**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS**

**ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

Renato Guimarães Carvalho

# DA INCIDÊNCIA DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO À PESSOA INDIVIDUAL E JURÍDICA NO ÂMBITO DOS MERCADOS REGULADOS – DEVERES DE COLABORAÇÃO

Projeto de Pesquisa apresentado como requisito para aprovação no Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

2023

## 1. Identificação e apresentação do problema

Um dos pontos que geram mais debates no direito penal econômico é a sua acessoriedade com outros ramos do Direito, justamente por oferecer tutela penal à setores altamente regulados, como o tributário, ambiental, concorrencial, societário, de mercado de capitais, o sistema financeiro nacional, dentre outros.

Os problemas da referida acessoriedade do direito penal econômico são tanto de ordem material quanto de ordem processual, na intersecção desse relacionamento entre o administrativo e o penal e processual penal.

Há, contemporaneamente, esse fenômeno da administrativização do Direito Penal, bem como uma hipertrofia do Direito Administrativo, mormente do Direito Administrativo Sancionador[1].

Fala-se em acessoriedade do direito penal econômico[2]. Decorrem daí diversas questões. Dentre elas, vislumbra-se a questão da dupla punição nos âmbitos administrativo e penal, a necessidade de conclusão do processo administrativo para início da persecução penal, o efeito da decisão administrativa no âmbito penal e o reverso, o compartilhamento de provas entre as esferas, além de problemas relacionados à tipicidade objetiva, sobretudo o preenchimento dos tipos penais por normas de natureza administrativa e extrapenal.

O presente projeto de pesquisa tem a finalidade de estudar a incidência do direito à não autoincriminação no âmbito extrapenal de setores regulados.

A pergunta de pesquisa que se buscará responder com o presente trabalho é a seguinte:

---

[1] COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem entre direito penal e direito administrativo sancionador. *In: Boletim IBCRIM*, n. 340, mar. 2021.

[2] TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas: Um 'Estado Hidra de Lerna'? JOTA, São Paulo, 1 ago. 2018.

**Há conflito entre os deveres extrapenais de colaboração e o direito à não autoincriminação?**

**As provas obtidas por meio desse tipo de colaboração devem ser admitidas no processo penal? Se admitidas devem ser valoradas?**

O ponto inicial da pesquisa deve abordar a origem histórica do direito à não autoincriminação, isso a fim de embasar o passo posterior, qual seja, o possível conflito com os deveres de colaboração/coação.

O direito à não autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* -, é um princípio secular no âmbito do processo penal. O direito de não produzir provas contra si, primeiramente, vincula-se com o direito de não prestar depoimento ou interrogatório quando este possa servir de material para incriminação, seja na seara preliminar do inquérito policial ou outro meio de investigação, seja na fase judicial no interrogatório judicial.

Todavia, referido direito ampliou-se para outros momentos da investigação e do processo, ou seja, não mais apenas está vinculado com o direito de ficar em silêncio, mas também de não participar ativamente de outros meios de prova que possam levar à incriminação.

Pode-se dar como exemplo destes casos o direito de não participar da reconstituição da cena do crime; o não fornecimento de material grafotécnico; o direito de não assoprar no bafômetro a fim de verificar níveis de álcool no sangue, bem como o fornecimento do próprio sangue (neste caso específico do bafômetro para teste de alcoolemia é possível realizar uma paralelo mais concreto com o objeto da pesquisa, uma vez que apesar do direito de não assoprar no bafômetro exista é cabível a aplicação de sanção administrativa para quem se negar a fazê-lo, como também ocorre no âmbito de setores regulados, como se demonstrará no momento oportuno); dentre outros.

Entretanto, referido direito restringe-se *a priori* ao âmbito do processo penal, não abrangendo outras esferas, como por exemplo, a administrativa.

Todavia, no âmbito do direito penal econômico há uma notória vinculação com a esfera administrativa em vários âmbitos, como o tributário, financeiro, ambiental, de mercado de capitais, licitatório, improbidade administrativa, dentre outros.

As pessoas jurídicas e físicas que atuam nestes ramos que são regulados por órgãos e agências reguladoras muitas vezes são instadas a fornecer informações aos entes reguladores de suas atividades, sob pena de multa, seja em um processo administrativo disciplinar ou sancionador, ou até mesmo antes da instauração de um processo, e estas informações, comumente são posteriormente utilizadas para embasar procedimentos investigatórios e processos na esfera criminal.

Nesse sentido, a presente pesquisa buscará investigar, por meio de revisão bibliográfica, se o direito à não autoincriminação incidirá nestes casos, nos quais as informações solicitadas por agências reguladoras possam vir a incriminar as pessoas físicas, e em casos restritos, jurídicas, que tenham o dever legal de fornecê-las.

Via de regra quem tem o dever de colaborar com os órgãos reguladores (CVM, Receita Federal, IBAMA, BACEN) é a pessoa jurídica relacionada com aquele determinado ramo de atividade, todavia, quem efetivamente colabora e fornece as provas e documentos solicitados pelos órgãos estatais é uma pessoa física que atua em nome da pessoa jurídica, podendo ela ser incriminada no processo penal. Neste caso, pode incidir o direito à não autoincriminação?

Outro problema ocorre quando a própria pessoa jurídica pode ser incriminada e tem o dever de colaboração. Neste caso será importante avaliar se o direito à não autoincriminação também é estendido para as pessoas jurídicas.

De qual modo estas informações podem vir a ser utilizadas e se podem ser utilizadas em um processo penal? Se está prova já deve ser considerada ilícita na sua obtenção, ou se a problemática se encontra no âmbito da valoração da prova no processo penal?

INTRODUÇÃO

ORIGENS DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

II.I. Direito ao silêncio no direito continental e canônico
II.II. Direito ao silêncio na common law
II.III. Direito ao silêncio no direito brasileiro

FUNDAMENTOS DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

II.I. Direitos fundamentais materiais
II.II. Direitos fundamentais processuais
II.III. Argumentos consequencialistas

O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

IV.I. O direito de não depor contra si mesmo
IV.II. O direito de não cooperar ativamente para a produção de provas
IV.III. O direito de não ser submetido a intervenções corporais abusivas

DEVERES (EXTRA)PENAIS DE COOPERAÇÃO

V.I. Regulação e deveres de cooperação
V.I.I. A regulação: competências normativas, fiscalizatórias e sancionatórias
V.II. Investigações internas e consequências da não cooperação
V.III. Criminalização da não cooperação
V.III.I. O tipo penal do art. 305 do CTB
V.III.II. O tipo penal do art. 1°, parágrafo único, da Lei n° 8.137/1990

(IN)ADMISSIBILIDADE, EM PROCESSO CRIMINAL, DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE COAÇÃO EM PROCESSO NÃO CRIMINAL

VI.I. O sujeito do direito à não autoincriminação e as provas obtidas mediante cumprimento de deveres de colaboração

VI.II. investigações internas

VI.III. Criminalização da não cooperação e não autoincriminação

CONCLUSÃO

**Bibliografia Preliminar**

Abaixo segue a bibliografia prévia consultada e a ser consultada para desenvolvimento do trabalho.


ACOSTA, Walter P. O processo penal. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1964.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. 4ª ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de – *Princípios fundamentais do processo penal.* Pref. Mário Masagão. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

ALVES, Roque de Brito. Dos indícios no processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: ou a insustentável indolência de um acórdão (n. 340/2013) do Tribunal Constitucional. Boletim de Ciências Económicas, v. LVII, t. I, p. 385-451, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra, 2006.

ASSIS, Lucas Calafiori Catharino de; CECCATO JUNIOR, José Antonio. O dever de colaboração no procedimento administrativo fiscal e o princípio nemo tenetur se detegere. Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, n. 3, p. 119-109, 1. quinz. fev. 2019.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. Curso de Direito Judiciário Penal. Dado na Faculdade Paulista de Direito. São Paulo: Edição Saraiva, 1958.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1983.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Do direito ao silêncio ao direito de não produzir provas contra si mesmo. 2021. 307 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

BENTO DE FARIA, Antonio. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. Garantismo Penal Aplicado. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CAVALI, Marcelo Costenaro. *Manipulação do mercado de capitais.* Fundamentos e limites da repressão penal e administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CAVERO, Percy García. Derecho Penal Económico, Parte General. Tercera edicíon: Juristas Editores, Lima, Junio, 2014.

CHOUKE, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na investigação criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CONDE, Francisco Muñoz. Búsqueda de la verdade en el processo penal, 2ª ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

CORDERO, Franco. Ideologie Del Processo Penale. Milano: Giuffré Editore, 1966.

_____. Procedura Penale. – Sesta edizone. – Milano, Giuffré Editore, 2001.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre- docência). Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965.

FELIX, Yuri. Novas tecnologias de prova no processo penal: o DNA na delação premiada. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FENANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini. As nulidades do processo penal / Ada Pelegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da Prova e Sentença Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual e sua conformidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal: parte general: sujetos procesales. – 1ª. ed. – Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

_____. Derecho procesal penal: fundamentos. 2ª. ed. – Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2002.

_____. Antología. El processo penal contemporâneo. 1. ed. Peru: Universidad Privada Antenor Orrego, 2008.

MALAN, Diogo Rudge. Direito ao Confronto no Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MALATESTA. Nicola Framino Dei. A Lógica das Provas em Materia Criminal. Lisboa: Livraria Classica Editora, 1911.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed. – Campinas: Millenium, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1982.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. - 2. ed. rev. atual. e ampl. com a obra "O valor da confissão como meio de prova no processo penal" – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4. ed. - Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2002. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Acesso em: 16 mar. 2023.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SILVA, Jesus María Silva Sanchez. La expansión del Derecho Penal: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Tercera edición: Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, Febrero, 2011.

WOLTER, Jurgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal/ Jurgen Wolter; organização, introdução, e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. – 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. *Ne bis in idem* e o cúmulo de sanções penais e administrativas: Um 'Estado Hidra de Lerna'?. JOTA, São Paulo, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo- de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>.

TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale. 20. ed. – Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

_____. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1988.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 4 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.