# IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR**

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-415-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

---

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

## Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- "A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais", em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.

- "A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia". No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.

- "A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional". O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reemprendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- "A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero". O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- "A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso". Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- "A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional". O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandado explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaing’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do due process of law, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objeta a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- "O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento". O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- "Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro." O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- "Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada". A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comercio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comercio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

# O DOGMA DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS E A INTERFACE ENTRE ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS: EFEITOS DAS DECISÕES DA CVM SOBRE O PROCESSO PENAL

# THE "INDEPENDENCE OF THE INSTANCES" DOGMA AND THE INTERFACE BETWEEN ADMINISTRATIVE ILLICTS AND MARKET ABUSE CRIMES: EFFECTS OF THE REGULATORY AGENCY DECISIONS ON THE CRIMINAL PROCEDURE

**Marcelo Costenaro Cavali** [1]
**Alessandra Gomes Faria Baldini** [2]
**Vanessa Piffer Donatelli da Silva** [3]

**Resumo**

O presente trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

**Palavras-chave:** Direito penal, Independência e interdependência entre instâncias, Non bis in idem, Mercado de capitais, Ilícitos administrativos, Crimes

**Abstract/Resumen/Résumé**

The authors propose the overcoming of the dogma of the "independence of the instances", accepted by most of the Brazilian judges. They argue that this relationship is, in fact, one of interdependence. New interpretative proposals are suggested regarding the effects generated by administrative decisions in the criminal procedure. The solutions presented will be tested in the context of the capital market, a fertile field of overlap between administrative and criminal offenses.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Criminal law, Administrative sactions, Independence and interdependence between instances, Non bis in idem, Capital market, Criminal offenses

---

[1] Professor dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Nove de Julho e da FGV-SP. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Juiz Federal.

[2] Mestranda em Direito pela Faculdade Nove de Julho. Especialista em Direito pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal (FESMPDF). Juíza Federal Auxiliar no Supremo Tribunal Federal.

[3] Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho. Bacharel em Direito pela Universidade Braz Cubas. Especialista em Direito Empresarial pela UniFMU. Advogada.

## 1. INTRODUÇÃO

No livro *Competing For The Future*, Gary Hamel e C. K. Prahalad descrevem uma experiência comportamental com primatas (HAMEL; PRAHAL, 1994). Quatro macacos são colocados em uma sala. No meio da sala há um poste, no alto do qual se pendura um cacho de banana. Ao escalar o poste para alcançar as frutas, o primeiro símio recebe, de um chuveiro fixado no teto, um banho de água gelada. Assustado, desiste de seu intento. Um por um, os demais macacos também se aventuram e, atingidos pela ducha fria, descem frustrados do poste. Ainda repetem algumas tentativas, nenhuma bem-sucedida.

Com os macacos já condicionados, um dos indivíduos originais é substituído por outro. Ao tentar subir o poste, o novo macaco é detido pelos colegas. O novo integrante da capela entende a mensagem: não suba no poste. Paulatinamente, são substituídos todos os membros originais da sala. Nenhum deles jamais levou o jato de água gélida e o chuveiro foi até mesmo retirado do teto; ainda assim, os novos macacos não se arriscam a buscar as bananas, aceitando, sem contestação, o mandamento oriundo da tradição: não suba no poste!

Nós, juristas, por vezes nos comportamos como os macacos desse experimento. Aceitamos, sem refletir, dogmas que, nascidos em outro tempo e repetidos à exaustão, passam a ser brandidos como se fossem evidentes e desobrigados de fundamentação – como os mitos de que não se deve tomar banho depois do almoço ou comer manga com leite. Como os novos símios da experiência, não sabemos como a tradição nasceu, mas a seguimos sem questionamento.

Um exemplo desse tipo de atitude temos no princípio da supremacia do interesse público, que viveu intocado em seu palacete real, até que, uma vez caída a ficha, a doutrina apontasse a nudez do monarca[1].

O objetivo deste pequeno artigo é o de delatar outro desses reis despidos: o "princípio da independência entre as instâncias", de acordo com o qual "as decisões civis ou administrativas não vinculam o exercício da jurisdição penal"[2]. Assim, "eventual improcedência de demanda ajuizada na esfera civil ou de procedimento administrativo instaurado não vincula ação penal instaurada em desfavor do agente"[3].

---

[1] A respeito desse tema, confira-se a coletânea de artigos reunidos em SARMENTO, 2007.
[2] Apenas a título de exemplo, já que a jurisprudência nesse sentido é caudalosa, cf. AgRg no HC 509.346/RN, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 12.05.2020, DJe 18.05.2020.
[3] HC 306.865/AM, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 10.10.2017, DJe 18.10.2017.

Porém, nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Se não há uma completa independência entre as instâncias, existe, sim, alguma vinculação entre elas. Daí que prefiramos falar em interdependência entre as instâncias. Neste artigo procuramos demonstrar os limites da vinculação existente, examinando duas questões distintas: i) a necessidade de se aguardar o término da apuração administrativa para legitimar a persecução penal; e ii) a vinculação das conclusões obtidas na esfera administrativa para o âmbito penal. Também será analisada vinculação das decisões penais para o processo administrativo sancionador.

Para demonstrar o acerto das soluções apresentadas, as propostas oferecidas serão testadas no campo do mercado de capitais, onde existe clara sobreposição entre ilícitos administrativos e penais, especialmente no que toca à manipulação do mercado e ao uso indevido de informação privilegiada – punidos criminal (respectivamente, nos termos dos arts. 27-C e 27-D da Lei n° 6.385/1976) e administrativamente (respectivamente, na forma da Instrução CVM n° 08/1979 e Resolução CVM n° 44/2021).

## 2. O PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM* VEDA A IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS PELO MESMO FATO?

Se entendermos ilegítima a imposição de dupla punição, penal e administrativa, em razão do mesmo fato, o campo da controvérsia sobre a interação entre as duas esferas diminui substancialmente. Se a conduta somente puder ser punida em uma das esferas, serão muito menos recorrentes as hipóteses em que a decisão administrativa terá efeito no âmbito penal e vice-versa – até porque, normalmente, haverá apenas decisão penal ou administrativa.

Não pensamos, porém, que exista, no ordenamento jurídico brasileiro, uma vedação a essa possibilidade de duplo sancionamento. Pelo contrário, há regras constitucionais que apontam expressamente, ao menos em determinados setores, para a admissibilidade do duplo sancionamento pela mesma conduta[4].

É verdade que, no direito comparado e na doutrina, existe um movimento cada vez mais forte de reconhecimento da inviabilidade desse duplo sancionamento.

Na Europa, o art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê que "ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado,

[4] Na seara ambiental, o § 3º do art. 225 da Constituição; de modo semelhante, no que tange à improbidade administrativa, confira-se o § 4º do art. 37 do texto constitucional.

nos termos da lei.", ao passo que o Protocolo 7º, art. 4º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe que "ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado".

Com base nestes dispositivos, tanto o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) têm afastado o duplo sancionamento, penal e administrativo, em vários âmbitos regulados, notadamente no do mercado de capitais. Isso ocorreu, por exemplo, no caso *Grande Stevens*, em que o TEDH entendeu que a aplicação de sanções penais e administrativas a acusados de manipulação de mercado seria ofensiva à Convenção Europeia dos Direitos do Homem [5].

Entendimento semelhante foi adotado pelo TJUE, no Caso *Garlsson Real Estate* (Processo C-537/16), também envolvendo a Itália e igualmente relacionado à manipulação de mercado[6]. O TJUE conclui que o cúmulo de procedimentos e sanções representa uma restrição ao art. 50, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Dever-se-ia verificar, no entanto, se essa restrição poderia se justificar no caso concreto. Isso seria possível, conforme a Corte, se cada sanção visar "finalidades complementares que tenham por objeto, se for caso disso, aspectos diferentes da mesma conduta ilícita em causa"[7].

Vê-se, portanto, que, na Europa, tem-se formado uma jurisprudência restritiva à dupla punição, penal e administrativa, pelos mesmos fatos. O mesmo não ocorre nos EUA, onde existe previsão constitucional expressa de vedação do *bis in idem* – em princípio, apenas no âmbito criminal. A Quinta Emenda à Constituição dos EUA (1791) estabelece que nenhuma pessoa poderá ter a vida ou a integridade física colocada em risco por duas vezes em razão da mesma conduta. Trata-se da vedação do duplo risco (*double jeopardy*), mencionada, por vezes, também em julgados do nosso Supremo Tribunal Federal[8].

A Suprema Corte dos EUA manteve, por muito tempo, entendimento consolidado no sentido de que a *double jeopardy clause* não seria apta a impedir a punição do mesmo fato

---

[5] *Grande Stevens et autres c. Italie* (Affaire n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10) (2014) ECHR, 4 de março de 2014. Cf. a íntegra da decisão em: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-141370#{"itemid":["001-141370"]}. Acesso em: 31.05.2021.

[6] *Garlsson Real Estate* (Processo C-537/16). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0537. Acesso em 31.05.2021.

[7] No mesmo sentido, mas relacionado ao ilícito de uso indevido de informação privilegiada, foram as decisões proferidas pelo TJUE nos casos Di Puma e Zecca (Processos C-596/16 e C-597/16).

[8] Por exemplo, STF, Ext 967, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 16.11.2006, DJ 07.12.2006.

na esfera penal e no âmbito extrapenal, seja civil ou administrativo[9]. Esse panorama foi parcialmente modificado em *United States v. Halper*[10]. Tal precedente, porém, decidido tendo em consideração peculiaridades do caso concreto, segundo a doutrina "não foi mais do que um pontinho na tela de análise da cláusula do duplo risco"[11].

Na doutrina brasileira devem ser referidos, especialmente, os trabalhos de COSTA (2013) e SABOIA (2014)[12]. Particularmente, entendemos que não é possível extrair a proibição absoluta da aplicação de sanções penal e administrativa para o mesmo fato diretamente de princípios como a legalidade e a tipicidade ou de fundamentos de pouca densidade conceitual, como a dignidade da pessoa humana. À luz do postulado da proporcionalidade em sentido estrito, porém, os princípios da vedação de *bis in idem* e da eficiência administrativa apontam para a necessidade, *de lege ferenda*, de estabelecimento de uma política sancionadora integrada e, *de lege lata*, de utilização de mecanismos que possibilitem uma aplicação proporcional das sanções previstas[13].

Esse papel cabe, primordialmente, ao legislador. Num futuro não tão distante, espera-se que alterações legislativas estabeleçam distinções claras entre as condutas que merecem apenas a sanção administrativa e aquelas, mais graves, que exigem a repressão penal. Até lá, parece-nos que uma saída jurisprudencial que decida pela sujeição da conduta exclusivamente a um ou outro processo punitivo, fundada na proibição de bis in idem, mostra-se demasiado subjetiva. O caminho mais consentâneo com os princípios envolvidos, considerada a regulação legal atual, é a mitigação das sanções aplicadas em uma esfera no momento da dosimetria da pena na outra ("princípio do desconto").

Nesse sentido, prevê o art. 22, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que "as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato". Já na esfera

---

[9] Cf., por exemplo, *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S. 391 (1938), *Unites States* ex rel. *v. Marcus Hess*, 317 U.S. 537 (1943), *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519 (1975), e *Missouri v. Hunter*, 459 U.S. 359 (1983).

[10] *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989).

[11] "*Hudson* thereby rendered *Halper* little more than a blip on the screen of double jeopardy analysis" (RUDSTEIN, 2004, p. 165).

[12] A professora da USP defende que o fundamento mais firme e seguro para o reconhecimento do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa reside no princípio da proporcionalidade (COSTA, 2013, 183). Já a professora da UFRN sustenta que "mesmo premente a necessidade de estabelecimento de critérios legais de coordenação das esferas punitivas estatais, é possível que a doutrina e a jurisprudência construam parâmetros processuais ou procedimentais e materiais que potencializem o princípio do *ne bis in idem*, independentemente de previsões normativas explícitas" (SABOYA, 2014, p. 284).

[13] A respeito do tema, cf., com mais detalhes, CAVALI, 2018, p. 241-265.

administrativa, a Instrução CVM nº 607/2019 dispõe, em seu art. 62, p. ún., que "o Colegiado considerará na dosimetria as demais sanções relativas aos mesmos fatos, aplicadas definitivamente por outras autoridades, cabendo ao acusado demonstrar, até o julgamento do processo pelo Colegiado, o cabimento dessa circunstância".

Sendo admissível a dupla imposição de sanções, portanto, o problema da vinculação ou não das decisões administrativas para o juiz criminal persiste. O alardeado princípio da independência das instâncias seria a solução para esse problema?

## 3. A INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS É UM PRINCÍPIO?

Conforme entendimento hoje prevalecente na teoria geral do direito, princípios e regras se diferenciam pela forma de aplicação. As regras são aplicadas de modo absoluto, num modelo de "tudo ou nada": preenchida a hipótese de incidência de uma regra, a produção dos efeitos do seu consequente normativo é automática. Havendo colisão entre regras, uma delas será considerada inválida.

Em contraposição, os princípios não trazem diretamente a solução para o caso concreto, enunciando apenas fundamentos a serem conjugados com as diretrizes extraídas de outros princípios. Princípios estabelecem fins, valores, cuja realização deve ser buscada pelo intérprete, de acordo com as possibilidades normativas e fáticas. Possuem uma "dimensão de peso" inexistente nas regras, de modo que, em caso de conflito entre eles, deve-se atribuir, no caso concreto, maior densidade a um deles em detrimento do outro – sem que, porém, qualquer deles reste totalmente anulado[14].

A independência das instâncias não é um princípio. A desvinculação do resultado do processo penal às decisões civis/administrativas – assim como o atrelamento dos processos civis/administrativos às sentenças penais – não é um fim ou um valor em si mesma.

Pelo contrário, se existe algum valor ligado a essa questão é o da segurança jurídica que joga em favor de uma vinculação entre as esferas, de modo a evitar incoerências sistêmicas. Nesse sentido, talvez se possa dizer que a vinculação (ou interdependência) entre as instâncias é, essa sim, um princípio. Seria inadmissível, por exemplo, que uma sentença penal absolutória transitada em julgado, fundada na ausência de participação do acusado no fato, fosse ignorada pela esfera administrativa.

---

[14] Sobre essas definições, conferir os trabalhos de DWORKIN, 2002, p. 36-43; e ALEXY, 1993, p. 81-115. No Brasil, cf., especialmente, ÁVILA, 2005, p. 52-78.

Na maior parte dos casos, porém, a escolha pela vinculação ou não da decisão, em um sentido ou outro, é neutra do ponto de vista principiológico. Se admitida a possibilidade de dupla imposição de sanções, e atribuídas competências distintas nas esferas penal e administrativa, cabe ao legislador estabelecer os casos em que haverá vinculação entre elas. Somente nas hipóteses em que não houver regras claras sobre o tema haverá espaço para considerações de natureza principiológica. A existência e a profundidade da interdependência, portanto, dependem do regime estabelecido pelas normas que regulam as relações entre as esferas penal, administrativa e civil.

## 4. A RECONSTRUÇÃO DO RELACIONAMENTO ENTRE AS ESFERAS PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL A PARTIR DE REGRAS

Em verdade, pois, o que se pretende enunciar com a menção a um suposto princípio da independência das instâncias é um conceito (relativo) construído a partir de regras.

Em primeiro lugar, regras de atribuição de competência. Se o exame da Constituição, das leis e dos atos normativos de um Tribunal conduz à definição do juízo competente para o julgamento de uma causa, cabe ao magistrado responsável analisar todas as questões controversas para o julgamento da causa. De sua parte, a competência para a análise de imputações de infrações administrativas compete à autoridade legalmente indicada.

Em segundo lugar, regras processuais de interação entre as esferas penal, administrativa e civil. Vejamos, inicialmente, os casos em que a decisão penal vincula as esferas civil e administrativa – que não constituem o tema central deste trabalho.

### 4.1. EFEITOS DA DECISÃO PENAL SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O art. 935 do Código Civil dispõe que a responsabilidade civil é independente da criminal, ressalvada a decisão do juiz criminal sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor. Para ser integralmente compreendido, esse dispositivo depende da análise de outras normas, previstas no Código de Processo Penal.

O inciso I do art. 386 do CPP se refere à hipótese em que restar “provada a inexistência do fato”. Concluindo o juízo penal, onde as exigências probatórias são as mais rígidas do ordenamento jurídico, pela inexistência material do fato, a sentença absolutória produzirá efeitos na esfera administrativa. Assim, se a CVM, por exemplo, aplicar a sanção

pela prática de um ilícito administrativo e, no processo penal, concluir-se que as condutas imputadas, na realidade, não foram sequer realizadas, o processo administrativo sancionador deverá ser anulado, cancelando-se as penas porventura aplicadas e surgindo para o acusado o direito à restituição do valor eventualmente pago[15].

O inciso II do art. 386 trata da absolvição pela falta de prova da existência do fato. Neste caso, a sentença penal não será vinculante, pois a ocorrência ou não do fato não foi categoricamente atestada pela jurisdição penal. Do mesmo modo, se a absolvição se der por "não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal" (CPP, art. 386, V) ou por "não existir prova suficiente para a condenação" (CPP, art. 386, VII), a absolvição penal não produz efeitos na esfera administrativa, dada a ausência de manifestação conclusiva do juiz penal sobre estes pontos. A despeito de a acusação não ter logrado atingir o patamar probatório mínimo necessário para a condenação penal, é possível que subsista a punição administrativa, já que, nesta esfera, a exigência de suficiência de prova é menos rigorosa.

Tampouco a hipótese em que se reconheça "não constituir o fato infração penal" (CPP, art. 386, III) afetará o processo administrativo. A circunstância de a conduta não preencher todos os elementos do tipo penal não impede que esteja caracterizada a infração administrativa, sendo da CVM a competência para realizar essa análise.

Já quando restar "provado que o réu não concorreu para a infração penal" (CPP, art. 386, V), essa decisão será vinculante para o processo administrativo sancionador. Aplica-se, na hipótese, a regra do art. 935 do CC, ou seja, não se pode questionar mais sobre quem seja o autor do fato, pois esta questão foi definitivamente decidida no juízo criminal.

Finalmente, o inciso VI do artigo 386 prescreve a hipótese de absolvição sumária quando "existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência". Trata-se das causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade.

As causas de exclusão da ilicitude estão reguladas expressamente num dispositivo próprio, o art. 65 do CPP, segundo o qual "faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito

[15] A lógica é a mesma daquela que informa, *contrario sensu*, o enunciado da Súmula nº 18 do STF: "Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público". Ou seja, não subsiste a punição administrativa em caso de absolvição criminal, salvo se houver falta residual.

cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito". Nestes casos, pois, reconhecida a excludente de ilicitude pelo juízo criminal, estará a CVM vinculada à decisão.

Em relação às causas de exclusão da culpabilidade, o Código Civil não prevê a irradiação de efeitos civis derivados do seu reconhecimento pelo juízo criminal. Daí que se sustente o cabimento da ação civil *ex delicto* "mesmo que o agente tenha sido absolvido por incidência de erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica, inimputabilidade por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto (incluindo a menoridade penal) ou retardado, ou por inimputabilidade por força de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior" (BADARÓ, 2016, p. 219-220).

O processo administrativo sancionador, contudo, não possui objetivo reparatório, mas tem – como o penal – finalidade preventiva e punitiva. Por isso, a ele se aplica também o princípio da culpabilidade, a afastar a responsabilidade objetiva (HUERGO LORA, 2007, p. 337). Assim, o reconhecimento pelo juízo criminal de causas excludentes da culpabilidade deve ser levado em conta no âmbito administrativo sancionador.

Finalmente, vale registrar que a sentença penal absolutória somente irradiará efeitos sobre a esfera administrativa se reconhecer categoricamente a caracterização de alguma das hipóteses de exclusão da ilicitude e da culpabilidade; se a absolvição for baseada em "fundada dúvida" sobre a sua existência (CPP, art. 386, inciso VI, parte final), a CVM e o CRSFN não restarão vinculados à conclusão do juízo criminal.

Em síntese, portanto, a decisão do juiz criminal não vincula o juiz cível, nem os órgãos sancionadores administrativos, salvo se: (a) reconhecida a inexistência do fato; (b) comprovada a ausência de autoria ou participação do réu na infração penal; (c) demonstrada a existência de uma causa excludente da ilicitude. Se caracterizada alguma dessas hipóteses, porém, o julgador cível ou administrativo deve observar a decisão do juízo criminal.

## 5. ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL

A situação é mais complexa quando se trata da vinculação do juiz criminal às decisões proferidas nas esferas cível e administrativa. Para enfrentar a questão, é necessário, antes, examinar o tema da acessoriedade administrativa do direito penal. Essencialmente, podem ser apontadas três formas de acessoriedade administrativa: a) acessoriedade conceitual, em que a lei penal se vale de conceitos previamente empregados no direito administrativo; b) acessoriedade ao ato administrativo geral, hipótese em que a lei penal fixa

como pressuposto de incidência a infringência a normas administrativas de caráter normativo geral (como decretos, resoluções e portarias); e c) acessoriedade ao ato administrativo individual, na qual a lei penal não remete a um conceito ou a um ato administrativo de alcance geral, mas a um ato administrativo de caráter concreto (como uma licença, uma autorização etc.) (GRECO, 2006, p. 159-161).

Na *acessoriedade conceitual*, o tipo penal não exige – ao menos não expressamente – que ocorra a infringência de um ato administrativo geral ou concreto, mas simplesmente se vale de um conceito empregado no Direito Administrativo. Por exemplo, o crime de falso testemunho prevê sua caracterização, entre outras hipóteses, se alguém faz afirmação falsa em processo administrativo (CP, art. 342). Processo administrativo é um instituto fundamental do Direito Administrativo, ramo jurídico de onde se extrai o seu conceito.

Exemplo clássico de *acessoriedade ao ato administrativo geral* temos na previsão legal do tráfico de drogas. O art. 33 da Lei nº 11.343/2006 tipifica diversas condutas relacionadas ao comércio ou fornecimento de drogas sem autorização ou "em desacordo com determinação legal ou regulamentar". A "determinação regulamentar" referida pelo tipo penal consiste no regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, veiculado pela Portaria nº 344/1998 da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Na *acessoriedade ao ato administrativo individual*, a lei expressamente alude a um ato dessa espécie, como no art. 7º, IV, da Lei nº 7.492/1986, que tipifica a conduta de emissão, oferta ou negociação de títulos ou valores mobiliários "sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida".

Há normas que conjugam as três formas de acessoriedade administrativa. O delito previsto no art. 27-E da Lei nº 6.385/1976, por exemplo, incorpora conceitos do direito do mercado de capitais, como os de administrador de carteira, agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários e agente fiduciário; alude a atos normativos de caráter geral, ao remeter à exigência "por lei ou regulamento"; e refere-se a ato administrativo individual, quando demanda que o agente não esteja "autorizado ou registrado na autoridade administrativa competente".

Cada forma de acessoriedade produz vinculação diversa ao aplicador da lei penal. A acessoriedade ao ato administrativo individual representa o caso mais simples. A tipicidade penal está completamente submetida ao ato administrativo. Pense-se no crime do art. 27-E da Lei n° 6.385/1976. Se a CVM concedeu a autorização para o exercício da atividade, não

há conduta penalmente típica. Mesmo que o juiz criminal possua entendimento diverso do adotado pela autoridade administrativa – no sentido, *v. g.*, de que a autorização não deveria ter sido concedida –, não foram preenchidos os elementos objetivos do delito, pois não houve exportação *sem* a autorização. Aqui, portanto, a vinculação é absoluta.

Tratando-se de acessoriedade ao ato administrativo geral, a situação é bastante semelhante. Retomemos o exemplo do crime do art. 27-E, mas agora no que se refere à exigência "por lei ou regulamento". A regulamentação das atividades de agente autônomo de investimentos se encontra na Resolução CVM n° 16/2021. O ato administrativo geral é vinculante para o juiz criminal. Não cabe ao aplicador do direito penal discordar da escolha do administrador: somente haverá tipicidade se o regulamento da CVM (ou a lei) exigir autorização para o exercício da atividade.

## 5.1. PECULIARIDADES DA ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA CONCEITUAL

O tema se torna mais espinhoso nas situações de acessoriedade conceitual. Neste caso, o tipo penal não exige, necessariamente, que ocorra a infringência de um ato administrativo geral ou concreto, mas simplesmente se vale de um conceito empregado no direito administrativo. São variadas, porém, as formas como são feitas tais referências.

A primeira hipótese em que isso ocorre é naqueles tipos penais nos quais há uma simples menção, como elemento normativo de caráter jurídico, a um instituto de direito administrativo. O já mencionado crime de falso testemunho se perfectibiliza quando alguém faz afirmação falsa em processo administrativo (CP, art. 342), conceito extraído do direito administrativo. Mas quem interpretará o conceito de processo administrativo, para fins penais, é a autoridade judicial[16].

Pode ocorrer alguma situação, no entanto, em que a determinação da presença de certo elemento objetivo do tipo penal seja, por expressa previsão legal, de competência exclusiva de uma autoridade administrativa.

O art. 1º da Lei nº 8.137/1990 exige, para a configuração do delito de sonegação fiscal, a ocorrência de supressão ou redução de "tributo", sendo a constituição do crédito

[16] Quem dirá, por exemplo, se um inquérito policial ou uma sindicância devem ser considerados processos administrativos, ao examinar a incidência do crime do art. 342 do CP, não é a autoridade policial ou administrativa que conduz a respectiva apuração, mas o juiz criminal.

tributário, por lei, privativa da autoridade administrativa (CTN, art. 142). Por essa razão é que se entende que, antes que a autoridade administrativa ateste a existência de tributo suprimido ou reduzido, é inviável se reconhecer juridicamente a caracterização do delito[17].

Neste último caso, a decisão da autoridade administrativa se equipara ao ato administrativo individual exigido diretamente pelo tipo penal. Se o Fisco entender que não existe tributo devido, não há crime, por ausência de realização de um elemento típicos.

A segunda hipótese de acessoriedade administrativa se dá nos crimes em que não há uma alusão direta a normas administrativas no tipo penal, mas elas são necessárias para a delimitação completa da regra incriminadora. Por exemplo, da manipulação de mercado não faz referência expressa à regulação da CVM. Contudo, o exame das normas que disciplinam a atuação dos agentes no mercado é que permitirá delimitar os limites de risco passíveis de serem assumidos e, portanto, os contornos da tipicidade objetiva.

A terceira hipótese de acessoriedade administrativa se verifica nos casos em que o tipo penal utiliza os mesmos conceitos que descrevem uma infração administrativa. É o que ocorre, por exemplo, em relação ao crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei n° 6.385/1976), que também é punido administrativamente (art. 155, §§ 1° e 4°, da Lei das S.A. e art. 13 da Resolução CVM n° 44/2021).

Em todos esses casos, se uma mesma conduta ensejar possíveis punições nas esferas administrativa e penal, questiona-se acerca da vinculação do juiz criminal à decisão (administrativa) sobre a ocorrência ou não da infração administrativa.

São, em verdade, dois os questionamentos possíveis. O primeiro diz respeito à necessidade de se aguardar o término da apuração administrativa para se legitimar o início da persecução penal. O segundo se refere à vinculação ou não das conclusões obtidas na esfera administrativa para o processo penal (que venha a ser) instaurado. Vejamos.

## 6. O TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA CVM É PRESSUPOSTO PARA A PERSECUÇÃO PENAL?

É lícito ao Ministério Público Federal, desde logo, oferecer denúncia, ou mesmo requisitar ou iniciar uma investigação criminal, assim que tomar conhecimento, em razão de

[17] Súmula Vinculante 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

comunicação da CVM, da existência de indícios de crime contra o mercado de capitais? Ou seria necessário aguardar o término do processo administrativo sancionador?

No caso do art. 27-E, a prévia manifestação da CVM sobre a necessidade de autorização para o exercício da alguma das atividades ali previstas é necessária para a persecução penal. Trata-se de acessoriedade ao administrativo individual, em que a vinculação do juiz criminal à decisão administrativa é absoluta.

Nos demais casos, relacionados à acessoriedade administrativa conceitual e ao ato administrativo geral, a conclusão da CVM ou do CRSFN sobre a efetiva caracterização da infração administrativa possui importantes repercussões para a esfera penal. Entretanto, não se tratando de acessoriedade a ato administrativo individual, os julgamentos da CVM ou do CRSFN não são condições necessárias para a caracterização do delito.

Diferentemente do que ocorre nos crimes tributários, em que existe um elemento normativo ("tributo") cuja verificação é de competência privativa da autoridade administrativa (CTN, art. 142), nos crimes de uso indevido de informação privilegiada e de manipulação do mercado não existe nenhum elemento normativo cuja aferição seja, nos termos da lei, de competência exclusiva da CVM ou do CRSFN. Estas instituições são especializadas no exame de questões técnicas, por vezes complexas, no âmbito do mercado financeiro, de modo que, não há dúvida, suas conclusões influenciarão sobremaneira o processo penal. Mas reconhecer essa influência é algo diferente do que afirmar a impossibilidade de início da persecução penal referente aos crimes contra o mercado de capitais antes do término do processo administrativo sancionador.

Assim, de posse da comunicação encaminhada pela CVM – ou mesmo de *notitia criminis* enviada por terceiros, como um investidor lesado, por exemplo –, poderá o Ministério Público Federal requisitar a instauração de inquérito pela Polícia Federal; conduzir, dentro das balizas fixadas na jurisprudência, diretamente a investigação; ou, caso forme desde logo *opinio delicti* positiva, oferecer a denúncia.

O oferecimento da denúncia imediatamente após o recebimento da *notitia criminis* afigura-se, entretanto, deveras excepcional, cabível somente naquelas hipóteses em que a autoria e a materialidade delitivas sejam efetivamente claras. Normalmente isso não ocorrerá nos casos de crimes contra o mercado, campo em que a regra é a complexidade da apuração das condutas envolvidas. Mas não há, repise-se, vedação legal para que isso ocorra.

O mais comum, porém, é que o Ministério Público Federal, com base na comunicação recebida, inicie a investigação, até porque, para fins penais, a prova haverá de ser mais robusta e a apuração da CVM eventualmente terá deixado, por exemplo, de individualizar as condutas de modo suficiente. Se a comunicação foi feita por terceiro, a razoabilidade e o bom senso impõem que seja feita consulta à CVM sobre a existência e o andamento de apuração administrativa sobre os fatos narrados.

Conquanto não exista impedimento legal a que o Ministério Público ofereça a denúncia antes do término do processo administrativo sancionador – ou mesmo sem que exista apuração da CVM a respeito dos fatos suspeitos –, se a questão se apresentar ainda controversa, do ponto de vista técnico, é possível que o juiz repute não caracterizada a justa causa para a ação penal (CPP inc. III, do art. 395), dada a ausência de lastro ou suporte probatório mínimo sobre a existência do crime. Considerados os aspectos técnicos envolvidos na comprovação do delito, a ausência de um parecer especializado da CVM pode tornar difícil a conclusão, ainda que provisória, sobre a demonstração da materialidade da infração penal. Afinal, o propósito da justa causa é justamente evitar que denúncias ou queixas infundadas ou mesmo sem uma viabilidade aparente possam prosperar.

O término do processo administrativo sancionador, em suma, não é pressuposto para a persecução penal nos crimes contra o mercado de capitais. A caracterização da tipicidade material dos crimes de uso indevido de informação privilegiada e de manipulação do mercado independem da conclusão definitiva da CVM ou do CRSFN a respeito das condutas examinadas. Não obstante, a depender da complexidade do caso concreto, o desfecho do processo administrativo será relevante para a comprovação da materialidade delitiva, podendo sua ausência, eventualmente, impedir a configuração da justa causa.

## 7. EFEITOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA SOBRE A ESFERA PENAL

Questão diversa é a de saber qual a influência das conclusões obtidas na esfera administrativa para o âmbito penal. Para o exame deste problema parte-se de cenário diverso. Não se trata mais de perquirir sobre eventuais condições para o desencadear da persecução penal. Aqui, pelo contrário, há que se supor o julgamento do processo administrativo sancionador pelo CRSFN ou, ao menos, pela CVM.

Não existe dúvida sobre a relevância das conclusões administrativas para o processo criminal. Mas não há, à falta de regra legal nesse sentido, uma vinculação da esfera penal à

apuração administrativa. O caráter sistemático do ordenamento jurídico impõe uma interação das esferas, de modo a afastar soluções contraditórias. Tal interação deve-se pautar pela observância da especialidade de cada âmbito.

Na busca por uma solução equilibrada, deve-se diferenciar o peso da decisão administrativa sobre a esfera penal em relação a *questões fáticas*, *questões técnicas* e *questões jurídicas*. Essa diferenciação, não se nega, é marcada por certa artificialidade, principalmente por duas razões. Em primeiro lugar porque a moderna teoria hermenêutica não admite uma interpretação da norma separada da realidade fática sobre a qual possivelmente incidirá (ENGISCH, 1996, p. 84-85). Em segundo lugar, a diferença entre questões técnicas e questões jurídicas está calcada na predominância dessas características (técnica ou jurídica), já que qualquer controvérsia envolvendo a aplicação da legislação referente ao mercado de capitais será de natureza jurídica. Ainda assim, acredita-se que a diferenciação possa apresentar resultados frutíferos, conforme se passa a expor.

## 7.1. QUESTÕES FÁTICAS

Questões fáticas são aqui entendidas como aquelas relacionadas, por assim dizer, à falta de melhor expressão, aos "fatos brutos", isto é, aos aspectos da realidade fenomênica diretamente apreensíveis pelos sentidos e passíveis de comprovação. A percepção administrativa sobre esses fatos não é, de maneira alguma, determinante para a esfera penal.

As conclusões da CVM sobre a efetiva ocorrência de uma conduta concreta – por exemplo, a disseminação de uma informação falsa – são integralmente questionáveis perante o Poder Judiciário, onde serão submetidas a amplo contraditório.

Do mesmo modo, não é definitiva, para a esfera penal, a conclusão administrativa sobre quem efetivamente realizou ou determinou a realização da conduta. Trata-se de apuração sobre a autoria delitiva, matéria tipicamente examinada no processo penal.

Não à toa, como visto, a verificação da materialidade e da autoria delitiva são campos nos quais ocorre exatamente o inverso, ou seja, a decisão penal é que é vinculante para a seara administrativa. Nem poderia ser diferente, pois é no processo penal, onde vigoram a ampla defesa e o contraditório em sua acepção mais profunda, o *locus* propício para a produção das provas necessárias à conclusão mais robusta possível sobre a matéria fática.

De todo modo, se a conclusão acerca da efetiva ocorrência de um determinado fato for negativa ou, se positiva, a participação de determinados agentes restar afastada, a ação

penal somente terá condições de ser instaurada e prosseguir validamente se houver robustas provas em contrário produzidas já na fase investigatória. O problema aqui é também de caráter processual: é logicamente inviável que se admita uma denúncia – ou que se permita o prosseguimento da ação penal já instaurada – baseada unicamente em um procedimento administrativo sancionador que não aponta elementos mínimos de materialidade e autoria.

## 7.2. QUESTÕES (EMINENTEMENTE) JURÍDICAS

Mais complexo é o exame das questões técnicas e jurídicas apreciadas pela CVM e pelo CRSFN. Neste ponto, é importante diferenciar matérias em relação às quais o conhecimento técnico detido pelos órgãos reguladores do mercado de capitais se mostra de importância mais destacada, ao lado de outras em que a solução depende mormente de métodos interpretativos tipicamente jurídicos.

Exemplos de questões eminentemente jurídicas no exame do tipo penal do art. 27-D são encontrados na interpretação do significado de termos como "informação privilegiada", "ainda não divulgada ao mercado" e "vantagem indevida". No exame da manipulação de mercado são encontrados na interpretação do significado de termos como "operações simuladas", "outras manobras fraudulentas", "vantagem indevida", "lucro" e "dano a terceiros". Não se trata de expressões utilizadas unicamente no mercado de capitais, nem exigem especial conhecimento técnico, sendo, pelo contrário, típicas da linguagem jurídica.

Assim, se a CVM e o CRSFN entendem que uma determinada informação deve ser considerada "relevante", o juiz criminal não está vinculado a este entendimento ao julgar a ação penal referente ao delito do art. 27-D. A se entender de modo contrário, a aplicação da sanção administrativa conduziria, quase que automaticamente, à condenação penal.

E se a conclusão da CVM for, ao contrário, pela ausência de caracterização do ilícito administrativo, em razão da interpretação jurídica que conferir a determinado instituto? Esta situação é mais controversa. A caracterização dos ilícitos administrativos de manipulação de mercado e de uso indevido de informação privilegiada é pressuposto da ocorrência dos crimes dos arts. 27-C e 27-D da Lei nº 6.385/1976, mas o contrário não é verdadeiro. Isto é, toda conduta penalmente típica caracterizará uma infração administrativa, mas nem toda infração administrativa representa, *ipso facto*, um delito.

Esse reconhecimento não implica, porém, conceder à CVM ou ao CRSFN a exclusividade – ou sequer a prevalência – na compreensão jurídica dos institutos previstos

na regulação do mercado de capitais. Nenhuma autoridade administrativa possui – não apenas no mercado de capitais, mas em nenhum âmbito jurídico – a prerrogativa de interpretação definitiva sobre a legislação que lhe incumbe aplicar. A última palavra será do Poder Judiciário, dada a inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

A inafastabilidade do controle jurisdicional está fundada na independência do Poder Judiciário. Os juízes gozam de garantias – como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (CF, art. 95) – que lhes garantem um ambiente de imparcialidade e independência muito maior do que o de órgãos reguladores, públicos ou privados.

O Presidente e os diretores da CVM, por exemplo, são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais. Mas seu mandato é de apenas cinco anos, vedada a recondução (Lei n° 6.385/1976, art. 6°, §1°). Os conselheiros do Conselhos de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) – também escolhidos entre pessoas "com reconhecida capacidade técnica e notório conhecimento especializado nas matérias de competência do Conselho" (Decreto n° 9.889/2019, art. 3°) – exercem mandatos de três anos, permitindo-se até duas reconduções consecutivas (Regimento Interno do CRSFN, aprovado pela Portaria MF nº 68, de 26 de fevereiro de 2016, art. 2, §1°).

A estrutura desses órgãos permite, em grande medida, a existência de uma "porta giratória", em que os diretores da CVM e os conselheiros do CRSFN são recrutados no mercado já com a perspectiva de, após servirem por um período, a ele retornarem. Além disso, agências reguladoras estão sujeitas à "captura" de seus membros, o que "ocorre quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a reproduzir atos destinados a legitimar a consecução de interesses privados dos segmentos regulados" (JUSTEN FILHO, 2002, p. 369-370).

Para sermos justos, não há indícios de que a CVM e o CRSFN tenham agido de modo indevido no exercício de suas atribuições. Mas não se trata de examinar a atuação individual de quem exerce essa função pública – de contar, enfim, com a boa-fé das pessoas –, mas do desenho institucional mais adequado para garantir o melhor funcionamento do mercado.

Diferentemente dos membros da CVM e do CRSFN, os juízes possuem prerrogativas que lhes garantem, institucionalmente, independência completa do mercado. A vitaliciedade, em especial, afasta eventuais preocupações do julgador com a "receptividade" que suas decisões poderão ter no mercado quando ele eventualmente se aposentar.

Isso não significa que as agências reguladoras não possuam a atribuição de, ao definir as regras de atuação dos participantes do mercado, delimitar o risco permitido/proibido relativo ao seu setor. Se determinada conduta for autorizada pela regulação, estará excluída da imputação objetiva do tipo penal. O que não cabe aos reguladores é dar a última palavra sobre a interpretação dessas normas.

A partir dessas premissas, poder-se-ia concluir que o entendimento da CVM ou do CRSFN pela ausência de caracterização do ilícito administrativo, em razão de uma dada interpretação jurídica, não se comunica de modo algum para a seara penal?

A resposta é negativa. O entendimento adotado gerará reflexos, que se mostrarão diversos de acordo com a situação posta. Qualquer resposta que desconsidere as peculiaridades do caso concreto levará a soluções inadequadas. É simplista se afirmar peremptoriamente uma subordinação do processo penal ao processo administrativo.

Pense-se em hipótese na qual, após a CVM ter oferecido representação ao Ministério Público em razão de ter constatado a suposta ocorrência de um ilícito administrativo, a própria CVM ou o CRSFN concluem pela inexistência de caracterização da infração, em razão de divergência na interpretação de uma norma ou de diverso enquadramento dos fatos.

Somente o exame dos fatos narrados na denúncia e dos argumentos utilizados nas decisões administrativas é que permitirá verificar a extensão da comunicabilidade dos fundamentos decisórios para o âmbito criminal.

Pense-se, por exemplo, em um caso no qual se examine se uma informação, surgida no curso de um processo de tentativa de aquisição das ações de uma companhia, deve ser considerada relevante. Imagine-se que a conclusão adotada pela CVM seja pela inexistência de informação relevante. Pode o juiz criminal concluir, diferentemente desse entendimento, que a informação era, de fato, relevante, tanto do ponto de vista administrativo como penal, proferindo sentença condenatória: o ilícito administrativo é pressuposto para a configuração do crime, mas não é das autoridades administrativas a palavra final sobre a interpretação das normas e o enquadramento jurídico dos fatos apurados.

É evidente que, neste caso, os fundamentos utilizados pela CVM devem ser detalhadamente enfrentados pelo juiz criminal, sobre quem recairá um ônus adicional na

fundamentação da comprovação do injusto penal. Caberá notadamente ao Ministério Público apontar razões relevantes para afastar o entendimento adotado no âmbito administrativo[18].

Mas também é despropositado reconhecer como automaticamente prejudicada a ação penal só em razão da decisão administrativa em sentido contrário.

## 7.3. QUESTÕES (EMINENTEMENTE) TÉCNICAS

Já as questões técnicas são aquelas estritamente relacionadas ao conhecimento especializado dos reguladores do mercado de capitais. Saber, *v.g.*, se a divulgação de uma manobra fraudulenta ou uma informação efetivamente movimentaram os preços de um determinado valor mobiliário é questão tecnicamente complexa, cuja resposta demanda a consideração de diversas variáveis atuantes no processo de formação de preços no mercado.

Mesmo em casos como este, não se pode afirmar, de forma peremptória, que o juiz criminal está absolutamente vinculado à decisão administrativa. Entretanto, para contrariar o entendimento adotado em relação às questões técnicas, o juiz possui um ônus argumentativo enorme, devendo fundamentar de maneira excepcionalmente convincente as razões pelas quais discorda do entendimento dos órgãos especializados.

O exame realizado pela área técnica da CVM corresponde a verdadeira prova pericial realizada na fase investigatória. Conforme BADARÓ, referindo-se ao exame pericial, a força probante dessa prova "decorre da capacidade técnica de quem elabora o laudo e do próprio conteúdo deste, e não da fase procedimental em que a perícia se realizou" (2016, p. 445).

Assim como ocorre com um laudo pericial, a avaliação da CVM a respeito de uma questão técnica não vincula necessariamente o juiz, que pode aceitá-la ou rejeitá-la, no todo ou em parte (CPP, art. 182). Porém, do mesmo modo que se passa em relação ao laudo pericial, a rejeição das conclusões administrativas neste ponto dependerá de uma motivação judicial bastante convincente, notadamente porquanto o juiz não possui os conhecimentos especializados da CVM, devendo justificar racionalmente sua discordância, apontado as razões pelas quais diverge do entendimento da agência reguladora do mercado de capitais.

---

[18] Examinando um caso de gestão fraudulenta, o Superior Tribunal de Justiça, partindo da premissa de que o tipo penal do art. 4º da Lei n.º 7.492/86 pressupõe a violação às normas do mercado, consignou, inicialmente, que o exame administrativo não vincula a apuração criminal; não obstante, proferida decisão no procedimento administrativo sancionador no sentido de que os atos praticados pelos gestores da instituição financeira obedeceram à regulamentação própria da atividade, a denúncia deveria apontar *circunstâncias especiais* para se ter como possível a prática de atos fraudulentos a permitir o enquadramento do tipo penal. Tendo a denúncia se limitado a repetir a acusação administrativa, careceria a ação penal de justa causa. Cf. HC 245.916/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 11.04.2013, DJe 13.09.2013.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

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

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: RT, v. 14, n. 58, jan.-fev. 2006.

HAMEL, Gary; PRAHALAD, C. K. *Competing for The Future*. Cambridge: Harvard Business School Press, 1994.

HUERGO LORA, Alejandro. *Las sanciones administrativas*. Madri: Iustel, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002

RUDSTEIN, David S. *Double jeopardy*: a reference guide to the United States Constitution. Westport: Praeger, 2004.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem:* história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.