

2. ESPECIAL: 20 ANOS DO CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

2.2

APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NOS JULGADOS DO CRSFN

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Objeto do direito administrativo sancionador: distinção entre sanção administrativa e medida de polícia – 3. Unidade do *jus puniendi* estatal: princípio da culpabilidade – 4. Tipos penais e tipos infracionais – 5. Devido processo legal.

1. Introdução

A extensão do devido processo legal ao processo administrativo, na Constituição Federal de 1988, e a edição da Lei 9.784/99 foram determinantes para a consolidação, no Brasil, do direito administrativo sancionador como disciplina autônoma. Este ramo do direito, informado por princípios garantistas comuns ao direito penal, embora sem se confundir com ele, tem tido ampla aplicação no Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Procura-se aqui verificar como tem se dado essa aplicação em alguns julgados desse Conselho.

2. Objeto do direito administrativo sancionador: distinção entre sanção administrativa e medida de polícia

O direito administrativo sancionador tem por objeto, obviamente, a aplicação de sanções pela Administração. Sanção administrativa é qualquer mal infligido pela Administração a um administrado, com finalidade puramente repressiva, em decorrência de conduta ilegal apurada em processo administrativo. Nela, divisam-se quatro elementos fundamentais: “a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito aflitivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo)...; c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica;” e d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal).¹ A sanção administrativa

⁽¹⁾ Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo Sancionador*, RT, 2000, p. 56.

é, portanto, um castigo que “implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamentos, ligados, em seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito administrativo”.² Tal juízo resulta num efeito aflitivo, já que a sanção tem por finalidade intimidar e reprimir.

A Administração pode também aplicar medidas de polícia, as quais, mesmo que coercitivas e por vezes ligadas ao cometimento de algum ato ilícito, não se confundem com as sanções porque dotadas de elementos objetivo e teleológico diversos, ou seja, não têm efeito aflitivo e, tampouco, finalidade punitiva. Visam, antes, a conter, a coibir abusos de direito individual, com a finalidade de restabelecer a legalidade e preservar o interesse público. Assim, quando a Administração veda determinada conduta por falta de amparo legal ou determina a correção de certa prática, não há falar em sanção administrativa. Mesmo as medidas de polícia coativas, que podem apresentar elementos comuns às sanções, ostentam elemento teleológico distinto, não se sujeitando aos princípios que regem o direito administrativo sancionador.³

A distinção entre sanção administrativa e medida de polícia tem norteado a definição das competências do CRSFN. Foi com base nela que o Conselho declarou-se incompetente para julgar os recursos atinentes à desclassificação e à descaracterização de operações de crédito rural, os quais não se enquadravam na competência para apreciar operações de crédito rural referida no art. 2.º, I, e, do Dec. 1.935/96.⁴ Por isso, somente com a edição do Dec. 5.363/2005 é que o CRSFN passou a ter competência para julgar os recursos de decisões do Banco Central “referentes à desclassificação e à descaracterização de operações de crédito rural e industrial, e a impedimentos referentes ao Programa de Garantia de Atividade Agropecuária – Proagro”.⁵ Do mesmo modo, o CRSFN considerou-se incompetente para julgar apelo interposto contra decisão do Banco Central que determinou o refazimento e a imediata substituição das posições anteriormente informadas à autarquia acerca dos recursos captados na forma da Resolução 63/67, em razão de irregularidades constatadas em seu repasse.⁶ Por versar sobre medida de polícia, e não sanção administrativa, entendeu-se que a irresignação refugia à competência do CRSFN.

3. Unidade do *jus puniendi* estatal: princípio da culpabilidade

Fábio Medina Osório, entre outros doutrinadores de renome, postula a unidade do *jus puniendi* estatal. Não há diferença substancial entre as normas pe-

(2) Op. cit., p. 74.

(3) Op. cit., p. 98.

(4) V. p. ex. os recursos 1.414 (Proc. Adm. 9300228330), 1.424 (Proc. Adm. 9300228336) e 1.432 (Proc. Adm. 9200023966).

(5) Art. 2.º, II, d, do Dec. 1.935/96, com a redação dada pelo Dec. 5.363, de 31.01.2005.

(6) Recurso sem número (Proc. Adm. 9800864626).

nais e as normas administrativas repressoras: os ilícitos nelas definidos distinguem-se, sobretudo, pelas penas que lhes são abstratamente cominadas. Em consequência, é possível aplicar princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, em reforço das garantias individuais.⁷

Dentre esses princípios destaca-se o princípio constitucional da culpabilidade, que pressupõe a inevitabilidade do ilícito, isto é, a possibilidade de o fato ser evitado, e remete às noções de exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa, as quais lastreiam as clássicas excludentes de ilicitude, como a legítima defesa, o estado de necessidade ou o estrito cumprimento de dever legal. No direito punitivo, portanto, a responsabilidade é sempre subjetiva. A Constituição Federal, ao assegurar a dignidade da pessoa humana, os princípios da pessoalidade e da individualização, o devido processo legal e os demais direitos e liberdades fundamentais estatuídos no direito internacional e no próprio texto constitucional, não admite a responsabilidade objetiva na seara punitiva, seja penal, seja administrativa.⁸

Mesmo que a lei, em certas situações, expressamente afaste a necessidade de prova da culpa para a caracterização do ilícito administrativo,⁹ não há responsabilidade objetiva, mas inversão do ônus da prova. A autoridade tem o ônus de provar a autoria e a materialidade do ilícito, mediante a apresentação dos indícios que comprovem o nexo de causalidade entre a conduta e a lesão ou o risco de lesão ao bem jurídico protegido pela norma sancionatória administrativa, mas não precisa provar a culpa do acusado. Cabe a este apresentar os contra-índícios que excluam a ilicitude de sua conduta. O administrado pode sempre apresentar contraprova, no sentido de que seu agir não era evitável ou de que não se revestia de antijuridicidade. O princípio da culpabilidade tem por corolários, ainda, os princípios da pessoalidade e da individualização da sanção.

A análise dos julgados do CRSFN revela que tal entendimento tem sido fundamental para delimitar a responsabilidade dos administradores de instituição financeira, nos processos oriundos do Banco Central, ou de administradores de companhias sujeitas à fiscalização da CVM.

No Recurso 5.144,¹⁰ por exemplo, o CRSFN manteve, em parte, decisão que “especificou (...) as respectivas responsabilidades dos administradores, considerando as atribuições de seus cargos e o período de seus mandatos. O fato de ter a condenação se baseado na culpa in vigilando não a transforma em responsabilidade objetiva. Já é entendimento pacífico neste Colegiado que as responsabi-

(7) Op. cit., p. 102.

(8) Op. cit., p. 319.

(9) Um exemplo, colhido no direito da concorrência, é o art. 20 Lei 8.884/94, o qual dispõe que os ilícitos anticoncorrenciais serão caracterizados independentemente de culpa.

(10) Proc. Adm. 0001019626, acórdão 5289/04, j. em 18.08.2004.

lidades dos administradores de instituições financeiras podem ocorrer por culpa *in vigilando* ou *in eligendo* de acordo com as atribuições estatutárias dos respectivos cargos. A responsabilidade estatutária ocorre mesmo que o administrador não tenha participado diretamente da operação”. Na decisão de primeiro grau, o Banco Central anotara que “as atribuições e responsabilidades dos membros da Diretoria e do Conselho de Administração estão previstas no estatuto do [banco], sendo, portanto, descabido o argumento que vê aqueles órgãos como meros homologadores das posições externadas pelos setores técnicos. Cada um dos intimados tinha poderes para se opor à aprovação das operações, por meio de voto dissonante, caso não concordasse com as proposições em exame. No entanto, não foi o que ficou registrado nas atas das reuniões daqueles colegiados. Invariavelmente, as operações eram aprovadas sem que tivesse sido registrado qualquer óbice por parte dos presentes”.¹¹

Por outro lado, no Recurso 3.269,¹² absolveu-se o diretor de informática de instituição financeira por não ter sido caracterizada “participação relevante” nas infrações objeto do apelo. A Procuradoria da Fazenda Nacional havia consignado que a participação do recorrente “na diretoria da instituição não envolvia atividades ligadas às operações quer ativas quer passivas do banco ou à sua contabilidade, haja vista que exercia a função de diretor de sistemas, área de informática. A sua responsabilização, decorrente de apenas uma operação de cessão irregular de crédito na qual não teve participação direta, revela-se de extremo rigorismo, mesmo se for considerado o critério da culpa baseada na negligência *in vigilando*, merecendo o afastamento da sua penalidade”.¹³

Nesses dois exemplos, vê-se que o CRSFN admite a responsabilização do administrador por culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, sempre que se caracterize omissão dos deveres que lhe são atribuídos no estatuto social. A omissão pode ser provada por atas que não consignem oposição a operações que venham depois a ser investigadas. Mas esse rigor é temperado ao interpretar-se a causalidade na omissão de maneira restritiva e ao acolher-se a teoria da relevância jurídica, integrada em parte no Código Penal brasileiro, a qual postula que somente as condições tipicamente adequadas a produzir o resultado, ou seja, somente aquelas condições juridicamente relevantes em razão da finalidade protetiva da norma e das particularidades do tipo, podem ser consideradas na determinação de responsabilidade.¹⁴

(11) No Recurso 4.052 (Proc. Adm. 9900965314, acórdão 4.490/2003, j. em 19.10.2003), absolveu-se diretor financeiro que comprovou oposição a ordem arbitrária do presidente da instituição financeira, bem como a diligência devida para impedir que se concretizasse.

(12) Proc. Adm. 9600590469, acórdão 5.446/04, j. em 20.10.2004.

(13) Cf. também o Recurso 4.162 (Proc. Adm. 9800920096, acórdão 4.731/2004, j. em 09.02.2004), no qual foi absolvida diretora contábil que não participou da deliberação de conceder empréstimo vedado, apesar de ter efetuado o correspondente registro.

(14) Juarez Tavares, *Teoria do Injusto Penal*, Juarez Tavares, Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 209.

Já no Recurso 3.856,¹⁵ absolveu-se diretor, “cuja legitimidade passiva foi definida a partir da aposição de sua assinatura num único expediente (correio eletrônico), no mesmo mês em que passou a integrar a diretoria do banco recorrente, quando a infração já estava devidamente materializada, vale dizer, durante a gestão de seu antecessor, não indiciado nestes autos, o que atualiza estabelecer-se tratamento isonômico mediante cancelamento da punição”.

O Recurso 3.994¹⁶ foi provido quanto ao indiciado, “cuja posse do cargo de diretor da área de câmbio deu-se contemporaneamente à data de concessão do segundo e último empréstimo, sem condições de evitar-se a realização da operação – feita de resto em agência no exterior posteriormente fechada”. No parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, demonstrou-se que “a reclassificação do ilícito alterou a relação de pertinência subjetiva do processo quanto à pessoa física. Enquanto o fato esteve capitulado como infração ao item III da Resolução CMN 1.620/89, a qualificação jurídica do fato como ofensiva às reservas cambiais impunha a inclusão no processo do possível responsável, o diretor encarregado de câmbio. Quando, entretanto, o mesmo fato passou a ser qualificado como empréstimo vedado, proibido em norma que tutela outro bem jurídico (a solidez da instituição e do mercado), cessou de existir um mínimo de pertinência lógica e subjetiva a justificar a sanção administrativa”. Assim, mesmo que “o empréstimo vedado tenha se materializado mediante operações de câmbio, a esfera de ação pessoal do recorrente não coincidia com o campo de incidência da norma proibitiva e do bem jurídico tutelado”, não se justificando a punição infligida pelo Banco Central.

Nesses outros dois julgados, percebe-se que o CRSFN perfilha o entendimento de que, no direito punitivo, o injusto (tipo e antijuridicidade) é, nas palavras de Juarez Tavares, o “injusto pessoal, isto é, referente especificamente a determinado autor, em que se dá atenção ao fim que este autor persegue, à sua atitude, aos deveres que lhe são ou eram impostos, aos seus motivos e demais circunstâncias pessoais”. Com isso, não basta para a caracterização do ilícito a lesão objetiva a um bem jurídico. É preciso que se demonstre também o desvalor pessoal da ação, “corolário de um substrato de dever jurídico imposto a todos os membros da sociedade pelas normas jurídicas”.¹⁷

4. Tipos penais e tipos infracionais

Enquanto no direito penal predominam os tipos fechados, no direito administrativo são mais frequentes os tipos abertos. A prova da volição ou do elemento subjetivo é diferente no direito penal, que dá ênfase maior ao dolo ou ao dolo eventual, sendo os ilícitos de negligência, que envolvem culpa, uma mi-
no

(15) Proc. adm. 0001021357, acórdão 4.456/03, j. em 29.10.2003.

(16) Proc. Adm. 9800900968, acórdão 3.967/03, j. em 26.03.2003.

(17) Cf. Juarez Tavares, *Teoria do Injusto Penal*, Del Rey, 2ª ed., 2002, p. 141.

ria. Já no direito administrativo sancionador fala-se quase sempre em culpa ou, no máximo, em culpa grave como requisito necessário para a punição. No direito administrativo sancionador, de um modo geral, constata-se uma tendência à criação de tipos que reflitam ilícitos de mera conduta ou de perigo e que não exijam uma prova tão completa como nos ilícitos de resultado. Tais ilícitos têm uma apuração muito mais simplificada e admitem até ritos sumários de apuração, sendo, em princípio, mais adequados para garantir, por exemplo, a higidez do sistema financeiro do que os ilícitos de resultado, que demandam uma apuração mais lenta e custosa. Assim, em vista do princípio da eficiência administrativa, é possível justificar uma reorientação dos tipos infracionais administrativos, no sentido de uma simplificação.

O tipo sancionador administrativo, contudo, deve conter “grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada”, cabendo ao intérprete pautar-se “por critérios de razoabilidade e proporcionalidade na definição do conteúdo proibitivo da norma jurídica”.¹⁸ A falta dessa certeza foi provido o Recurso 3.640,¹⁹ arquivando-se o processo no qual a CVM aplicara multa por suposta infração à Instrução CVM 8. Tal norma contém um tipo de encerramento, ou tipo de reserva, necessário para os casos em que houver manifesta má-fé, manifesta intenção de causar dano ao mercado. No caso, contudo, não pôde ser aplicada, pois a revogação do art. 254 da Lei das S/A assegurava, na verdade, a licitude das operações tidas pela autarquia por ilícitas: “as operações de comercialização das ações da companhia – a primeira, através edital de oferta pública, motivada pela necessidade de o novo controlador manter percentual mínimo de investimento que rentabilizasse a mais curto prazo o aporte feito na compra da participação majoritária; a segunda, mediante leilão em bolsa de valores, para busca da gestão isolada da sociedade – não afrontaram as normas vigentes à época, pelo que a caracterização de prática não equitativa teria de decorrer de eventual conluio entre o novo controlador e o grupo de investidores qualificados que subsistira com os papéis após o primeiro certame, circunstância que não foi objeto de investigação neste processo administrativo”.

5. Devido processo legal

A Constituição, em seu art. 5.º, LV, assegura aos acusados em processo administrativo “... o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A EC 45/2004 acrescentou ao art. 5.º, o inciso LXXVIII, visando garantir a todos, no âmbito judicial ou administrativo, “... a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Não há dúvida, assim, de que o processo administrativo deve obedecer ao devido processo legal, tanto em sentido formal como em sentido material. Vale dizer: o processo

⁽¹⁸⁾ Fábio Medina Osório, cit. p. 217.

⁽¹⁹⁾ Processo CVM 5/99, j. em 26.10.2003, acórdão 3957/03.

administrativo deve obedecer pelo menos aos princípios do contraditório e da ampla defesa (sentido formal), devendo atentar, ainda, para requisitos substantivos, como os princípios da proporcionalidade e da eficiência (sentido material).

Quanto ao primeiro, é claro que subsistem procedimentos de natureza inquisitorial, como os inquéritos administrativos ou averiguações preliminares, que, espelhados nos inquéritos policiais, destinam-se a coligir os indícios e as provas minimamente necessários à instauração do processo administrativo. Neles não há e nem poderia haver contraditório. Mas nem por isso há prejuízo para o administrado. Ao contrário, sua existência justifica-se exatamente para que a Administração possa investigar as inúmeras informações e denúncias que recebe, formulando acusações somente quando estritamente necessário, sem impor ao administrado o ônus de se defender em processo administrativo. É o que se decidiu no Recurso 4.166: “os procedimentos investigatórios, tais como o inquérito policial, a fase inquisitorial dos processos da CVM e as investigações realizadas pelo Banco Central do Brasil, prestam-se a formar elementos de convicção necessários à instauração do presente e dispensam, por isso, o contraditório, que só se impõe no processo, formado após a intimação para apresentação de defesa”.²⁰

Em sentido material, o devido processo legal traduz-se no princípio da proporcionalidade, em seu duplo sentido de garantidor da adequação dos meios (sentido amplo) e de garantidor da proporção dos meios empregados (sentido estrito). O princípio da proporcionalidade é empregado como mecanismo de correção da aplicação da lei pela Administração, quando o sopesamento abstrato dos bens jurídicos tutelados pela norma não for adequado ao caso concreto.²¹ No Recurso 3.618, por exemplo, mitigou-se a multa infligida pelo Banco Central por sonegação de cobertura cambial, aplicando-se o princípio da proporcionalidade: “Pela leitura dos autos, pode-se inferir que a apelante se empenhou, embora com equívocos, em resolver comutativamente a pendência contratual no intuito de preservar a relação de comércio existente e a possibilidade de futuras exportações para o mercado importador. E nessa singradura o cumprimento do contrato de exportação de maneira menos onerosa às partes, mediante substituição de mercadorias defeituosas em atendimento a legítima expectativa de comprador estrangeiro, parece agregar valor intangível – que transcende a relação entre as partes – à própria política comercial de exportação do País, merecendo, por isso, sopesamento com o bem jurídico anunciadamente violado”.²²

(20) Acórdão 5275/04, Processo CVM RJ/2001/007686, j. no CRSFN em 18.08.2004.

(21) Hans Peter Bull, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. F. Muller, Heidelberg, 6ª ed., 2000, p. 116/117).

(22) Acórdão 3837/02, Proc. Adm. 9900931388, recurso j. em 26.11.2002.