

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Pedro Luiz Chagas Costa

O processo administrativo das instituições financeiras à luz da Lei nº. 13.506/2017

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC/SP

Pedro Luiz Chagas Costa

O processo administrativo das instituições financeiras à luz da Lei nº. 13.506/2017

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Dr. Silvio Luis Ferreira da Rocha

São Paulo

2021

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: Pedro Luiz Chagas Costa

Data: 05/04/2021

e-mail: costapedro@uol.com.br / pedrocosta@villemor.com.br

Pedro Luiz Chagas Costa

**O processo administrativo das instituições financeiras à luz da Lei nº.
13.506/2017**

**Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito Administrativo, sob a
orientação do Prof. Dr. Silvio Luis Ferreira
da Rocha**

Aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

A presente dissertação possui como ponto nodal examinar o direito administrativo sancionador que incide perante às instituições financeiras no âmbito do Banco Central do Brasil. Isso porque, após a edição da Lei nº. 13.506/2017, o tema ganhou um marco legal, com diversas inovações em relação ao texto da cinquentenária Lei nº. 4.595/64 que regulava a matéria até então e, além de defasada no tempo, possui lacunas primordiais no tema do direito sancionador, ao deixar de abordar temas como o rito processual, tipologia das infrações e possibilidade de utilização de instrumentos consensuais. Consequência dessas lacunas foi a edição de diversas normas de caráter infra legal que acabavam norteando o processo sancionador no Banco Central, o que foi superado com a promulgação da nova lei. Assim, depois de analisar a evolução no direito sancionador no Brasil e como essa esfera do direito administrativo deixa de ter um papel somente retributivo para ter um caráter instrumental, o trabalho se concentra em analisar as inovações apresentadas pelo novo texto legal, bem como seus pontos frágeis que ainda carecem de evolução, juntamente com propostas de superação dessas fragilidades. Em seguida, o estudo apresenta pormenorizadamente o principal avanço do texto legislativo, consistente na inclusão de instrumentos de conciliação no âmbito do direito sancionador do Banco Central do Brasil. Por fim, a pesquisa apresenta os principais posicionamentos dos Tribunais Pátrios e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional a respeito da aplicação da nova legislação. Com isso, a pesquisa pode concluir que o tema apresenta flagrante evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, bem como que as penalidades aplicadas até o presente momento, não incorreram nos pontos frágeis da legislação. Entretanto, a pesquisa ressalta que os precedentes estudados até aqui estão sujeitos ao pluralismo político do poder público, bem como que há temas na legislação que ainda acarretam em insegurança jurídica aos administrados.

ABSTRACT

The present dissertation has the nodal point of examining the administrative sanctioning law that applies to financial institutions within the scope of the Central Bank of Brazil. This is because, after the enactment of Law no. 13,506 / 2017, the theme gained a legal framework, with several innovations in relation to the text of the fifty-year old Law no. 4.595/64 that regulated the matter until then and, in addition to being out of time, has fundamental gaps in the subject of the sanctioning law, by failing to address issues such as the procedural rite, typology of infractions and the possibility of using consensual instruments. The consequence of these gaps was the issuance of several rules of an infra legal nature that ended up guiding the sanctioning process at the Central Bank, which was overcome with the promulgation of the new law. Thus, after analyzing the evolution in sanction law in Brazil and how this sphere of administrative law ceases to have a purely retributive role to have an instrumental character, the work focuses on analyzing the innovations presented by the new legal text, as well as its weak points that still need evolution, together with proposals to overcome these weaknesses. Then, the study presents in detail the main advance of the legislative text, consisting of the inclusion of conciliation instruments within the scope of the sanctioning law of the Central Bank of Brazil. Finally, the survey presents the main positions of the Brazilian Courts and the Appeals Council of the National Financial System regarding the application of the new legislation. With this, the research can conclude that the theme presents a striking legislative, doctrinal and jurisprudential evolution, as well as that the penalties applied until the present moment, did not incur the weak points of the legislation. However, the research points out that the precedents studied so far are subject to the political pluralism of the public authorities, as well as that there are themes in the legislation that still cause legal uncertainty to the administrators.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. FINALIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	19
2.1. Infrações e sanções administrativas.....	20
2.2. Evolução do direito administrativo sancionador.....	28
2.3. O direito administrativo sancionador desde 1988.....	32
2.4. O processo administrativo sancionador.....	41
3. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....	53
3.1. Conceito e delimitação.....	53
3.2. Aspectos regulatórios	59
3.3. O Banco Central do Brasil como órgão de controle do sistema financeiro nacional.....	67
3.4. Relação das instituições financeiras com o direito administrativo: função social e interesse público	72
4. O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	83
4.1. Histórico da atividade punitiva do Estado em face das instituições financeiras	83
4.2. Características e análise crítica da Lei nº. 13.506/2017.....	86
4.2.1. No Banco Central do Brasil	89
4.2.2. Na relação com outras legislações	116
4.3. Análise crítica aos precedentes dos processos administrativos à luz da Lei nº. 13.506/2017	118
5. O ASPECTO CONSENSUAL DA LEI Nº 13.506/2017.....	123
5.1. Distinção do consensualismo no direito público e no direito privado.....	125
5.2. Instrumentos consensuais da Lei nº. 13.506/2017	130
5.2.1. Do termo de compromisso	132
5.2.2. Do acordo administrativo em processo de supervisão	136

5.3. Análise crítica de casos concretos.....	139
6. CONCLUSÃO.....	145
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151
8. ANEXOS.....	163

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente é importante esclarecer que a referência ao nome *processo* no título do trabalho, visa exclusivamente prestigiar o legislador que ao editar a Lei nº. 13.506/2017 estabeleceu no preâmbulo, bem como no artigo primeiro, que a nova legislação trata do processo administrativo das instituições financeiras.

Entretanto, como será visto no decorrer desse trabalho, a referida legislação possui um aspecto mais amplo e apresenta um marco legal para o direito administrativo sancionador perante o Banco Central do Brasil, que engloba o processo administrativo sancionador, mas também todo um regime jurídico de sanções e infrações perante o respectivo órgão de controle.

Assim, no rigor daquilo que se pretende pesquisar e expressar nesse trabalho, o título correto seria O Direito Administrativo Sancionador das Instituições Financeiras à Luz da Lei nº. 13.506/2017, posto que essa dissertação tem como elemento central de pesquisa a análise crítica do regime sancionador instituído pela legislação supracitada perante o Banco Central do Brasil, inclusive naquilo que diz respeito ao processo administrativo que está inserido dentro da competência sancionatória, tal como ensina Márcio Cammarosano.¹

Nesse mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho enuncia que nos processos administrativos que possuem como objeto a punição, a existência de uma infração administrativa prévia é pressuposto do processo, que por sua vez poderá acarretar em uma sanção administrativa.²

¹“Com efeito, no exercício de competências sancionatórias, também ao ensejo da função administrativa, o Estado e entidades que o compõem, de administração direta e indireta, só pode atuar mediante processo, nos termos estabelecidos em lei, ainda que admitidos minudenciamentos normativos quanto a ritos procedimentais. Mas os direitos e obrigações das partes, e outras disposições fundamentais, hão de ser os consagrados em lei. O processo deve ser o estabelecido em lei. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.) / CAMMAROSANO, Márcio. Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 212

²“Há processos que têm por objeto a averiguação de irregularidades ou situações ilegais na Administração e que, quando elas são comprovadas, dão margem à aplicação de punições a seus autores. São os processos com objeto punitivo. Evidentemente, se inexistente a comprovação, não há qualquer apenação a ser aplicada, de modo que o processo, nesse caso, desafiará o arquivamento. Vale a pena sublinhar, neste passo, que o processo punitivo reclama o pressuposto

Sobre o regime jurídico imposto pela Lei nº. 13.506/2017, Eronides Aparecido Santos³, elucida que a referida legislação representa um marco legal no tema, até então regido de maneira superficial pela Lei nº. 4.595/64 e por normas infra legais, bem como não há direito administrativo sancionador sem um processo administrativo que sirva como instrumento de garantia aos administrados.

Além disso, como bem lecionam Rachel Sztajn e Haroldo Verçosa, a Lei nº. 13.506/2017 teve como um de seus objetivos centrais o estabelecimento de políticas conciliatórias no Banco Central do Brasil. Supera-se assim a ideia até então vigente de que a punição do direito administrativo sancionador seria a melhor política legislativa.⁴

Assim, para que possamos explorar com a devida precisão e tecer as críticas necessárias ao regime instituído pela Lei nº. 13.506/2017, será necessária a análise conjunta de três amplos temas de direito administrativo e como esses temas se comunicam. Trata-se do seguinte: (i) direito administrativo sancionador; (ii) consensualismo na administração pública e (iii) aspectos regulatórios e administrativos das instituições financeiras.

Os dois primeiros itens acima, historicamente, são tratados na doutrina de direito administrativo de maneira dissociada, em capítulos avulsos nas obras e com pouca

da infração administrativa. Embora não seja conceituada no plano normativo, a infração administrativa somente se consuma quando há previsão legal. Assim, é de se destacar se o fato de que, sem um tipo legal e específico, não haverá infração e, conseqüentemente, sanção a ser aplicada. ” CARVALHO FILHO, José dos Santos, Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº. 9.784, de 29.1.1999, 5ª. ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Atlas, 2013.P. 27).

³ “Não obstante, com o fito de conciliar todo o arcabouço legal que gravita na esfera de regulação do Bacen e da CVM, a Lei 13.506/2017, ao longo dos seus 72 artigos, foi costurando alterações em outros diplomas legais de forma a tornar coerente todo o sistema sancionador que foi criado, conferindo dessa forma, senão a esperada segurança jurídica, ao menos a coerência legislativa àquelas que a ela se sujeitam. ” (DOS SANTOS, Eronides Aparecido et al. Processo sancionador: Banco Central e CVM – Lei n. 13506/2017. São Paulo: Editora Iasp. 2018. P. 209).

⁴ “A lei nº. 13.506, de 13 de novembro de 2017, que dispõe sobre o processo sancionador nos âmbitos de competência do Banco Central do Brasil (BCB) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), privilegia, no plano de política legislativa, os denominados acordos administrativos, na linha das delações premiadas, afastando, talvez, os ensinamentos de, entre outros estudiosos Cesare Beeccaria e Norberto Bobbio, relativos a punições ou incentivos negativos, como indutores de comportamentos socialmente desejáveis.” (SZTAJN, Rachel, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc et al. Processo sancionador: Banco Central e CVM – Lei n. 13506/2017. São Paulo: Editora Iasp. 2018. P. 17).

atenção para a maneira como se interligam. O último item raramente é tratado nas obras clássicas de direito administrativo ou de direito público em geral, provavelmente em razão de sua especialidade e por também se conectar fortemente com outras áreas do direito, principalmente do direito empresarial onde costuma ser estudada com maior profundidade.

O enfrentamento desses três temas possui inegável relevância na medida em que se percebe na sociedade considerável aumento na quantidade e no grau de sofisticação dos ilícitos praticados por agentes públicos e privados decorrentes de movimentação financeira ilícita. Tal fato social gera ao cidadão médio da sociedade brasileira, uma sensação de repulsa e pleitos pela severa punibilidade dos atores públicos e privados que dialogam com a administração pública.

Além disso, as instituições financeiras são consideradas pela maior parte da população – inclusive no meio jurídico - como mero agentes econômicos que pretendem a obtenção de lucro a qualquer custo, ponto de vista que não é acolhido nessa pesquisa.

Assim, nas palavras de Ivo Waisberg e Gilbeto Gornatti, as instituições financeiras possuem função social relevante e são responsáveis pelos ativos financeiros dos particulares que lhe confiam a guarda, ou seja, depositários da poupança nacional e guardiões de relevante interesse público, como será visto no decorrer desse trabalho.⁵

⁵ “O primeiro interesse afetado é o individual de cada depositante da instituição bancária, que pode ter seu depósito bloqueado e ficar sujeito ao concurso de credores para receber os valores depositados. Obviamente, não foi com intuito de proteger esse interesse meramente individual, que é também defendido por via reflexa, que a lei preocupou-se em dar tratamento jurídico diferenciado ao sistema bancário. A situação do depositante da instituição em crise, individualmente considerado, não se distingue em nada do credor de uma empresa não financeira, que pode vir a ter um prejuízo econômico no caso desta falir. O simples prejuízo decorrente de uma relação comercial não exige um procedimento diferente do que o falimentar, regulado pela Lei n. 11.101/2005. Portanto, não é o interesse individual do depositante o visado pelo ordenamento ao dar tratamento especial aos bancos. As condições supramencionadas apontam no sentido de ser o interesse da sociedade aquele que é protegido pela supervisão bancária. (...). Quanto ao interesse público material, é cristalino que as consequências da quebra do sistema sobre toda a sociedade, já expostas, não deixam margem a dúvidas quanto a sua presença, isto é, o interesse protegido, no caso em tela, é público por sua natureza. No sentido formal, consistente na disposição do legislador de que um determinado interesse seja público, as disposições constitucionais mostram claramente a preocupação do legislador brasileiro.” (Direito bancário: contratos e operações bancárias. 2ª Ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016. P.38. Ibid. p. 49/50).

Diante desse cenário social, o direito administrativo ganha cada vez mais destaque no cenário jurídico e social. Afinal, na medida em que busca uma punibilidade mais efetiva dos atores do mercado financeiro, a atividade da administração pública que acarrete em efeitos desfavoráveis aos administrados ganha destaque inevitável.⁶

Nessa toada, o direito administrativo sancionador, cujo estudo científico próprio, apesar de recente no Brasil como afirma Fábio Medina Osório, se solidifica cada dia mais como o sub-ramo do direito administrativo que estuda e regula o atuar da administração pública capaz de acarretar em sanções aos administrados.⁷

Ressalte-se que a atividade sancionatória da administração pública propriamente dita, não possui qualquer novidade. Afinal, a sanção é um elemento fundamental do Direito, sem o qual a norma jurídica não pode ser compreendida como afirma Márcio Cammarosano.⁸

⁶ “Costuma-se classificar os atos administrativos em relação à esfera jurídica do administrado em atos ampliativos de direitos e atos restritivos de direitos, se beneficiam ou prejudicam o administrado. Prefere-se utilizar as expressões ‘ato de efeitos favoráveis ao administrado’ e ‘ato de efeitos desfavoráveis ao administrado’ ao invés das já consagradas expressões ‘ato ampliativo’ e ‘ato restritivo de direitos’, tendo em vista que a classe dos atos favoráveis é maior que a classe dos atos ampliativos. Rigorosamente, nem o ato que indefere a aplicação de uma sanção nem o ato que substitui uma sanção mais gravosa por uma menos gravosa ampliam a esfera do administrado”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. V. 5. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. Pag. 150).

⁷ A expressão ‘direito administrativo sancionador’ é recente no campo de estudo do direito administrativo. Fábio Medina Osório em obra paradigmática sobre o tema reconhece ter lançado a primeira obra com essa nomenclatura, *verbis*: “há uma lacuna enorme em torno a esse assunto. Com a designação específica de Direito Administrativo Sancionador, que propõe um alcance mais ambicioso, inclusive em termos conceituais, às sanções veiculadas e tratadas por este ramo jurídico, a primeira obra de que se tem notícia no cenário nacional, é esta, lançada no mercado originariamente em 2000, salvo melhor juízo”. (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. P. 86).

⁸ “Tem sido frequente a referência, por estudiosos do Direito, ao denominado Direito Administrativo Sancionador ou sancionatório, o que pode levar os menos avisados a supor que se trata, ainda em caráter embrionário, de um novo ramo do direito público. Em rigor, o conceito sanção correspondente a uma das categoriais fundamentais do Direito, consistente na consequência desfavorável a que se sujeita quem descumpre o mandamento de uma norma jurídica” (op. cit. p. 208).

Entretanto, como será visto pormenorizadamente no capítulo seguinte, nos últimos anos a atuação administrativa sancionadora se consolida cada dia mais como um sub-ramo do direito administrativo através de uma teorização própria.

Afinal, como é de conhecimento daqueles que estudam o tema, no Brasil o direito sancionador foi historicamente estudado e aplicado sob forte influência do direito penal, seja porque esse ramo do direito público é inquestionavelmente mais consolidado, seja ainda porque representa com maior intensidade o conceito de sujeição ao qual os particulares estão sujeitos nas suas relações com o Estado, como bem afirma Heraldo Garcia Vitta ao distinguir os conceitos de sujeição geral e sujeição especial.⁹

Por sua vez, como afirma Fábio Medida Osório, é nos países do continente europeu que o direito administrativo sancionador apresenta sua maior evolução e foi esta a escola na qual recebeu sua teorização, notadamente no direito espanhol.¹⁰

No caso das instituições financeiras, objeto desse trabalho, a fragilidade das legislações que tratavam do direito administrativo sancionador é identificada pelo próprio legislador quando da apresentação do projeto que resultou na Lei nº. 13.506/2017, principalmente quanto ao âmbito do Banco Central do Brasil (“BACEN”), cuja legislação infra legal carecia de atualizações.¹¹

⁹ “Nesse ponto, importante distinguir os conceitos de sujeição geral e sujeição especial. Na sujeição geral, o Estado atua por meio da lei, expressando a vontade popular. Já na sujeição especial, a relação está no liame Administração/particular, cujos efeitos atingem apenas as pessoas vinculadas na relação, embora possam alcançar, reflexamente, outros indivíduos. ” (VITTA, Heraldo Garcia. Soberania do Estado e Poder de polícia. São Paulo: Malheiros.2011. P. 80)

¹⁰ “O Direito comparado constitui um sólido espaço de referências válidas, ao menos para início de debate. Isto porque é na Europa, fundamentalmente, que o Direito Administrativo Sancionador recebe sua teorização inaugural, em países como Itália, Alemanha, França. Portugal e Espanha, com matizes importantes num e noutro sistema. Não negamos, como sabido, que o Direito espanhol constitua a referência mais importante para esta obra, explorada à exaustão. ” (op. cit. p. 97).

¹¹ “O Projeto de Lei em tela preenche uma lacuna de fundamental importância para o processo administrativo sancionador tanto no Banco Central do Brasil (BACEN) como da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). No âmbito de atuação do BACEN, a presente proposição atualiza o arcabouço regulatório referente ao processo administrativo sancionador, que é majoritariamente previsto em normas infralegais e conta com mais de meio século de existência. Assim, com base na experiência institucional acumulada pelo Banco Central e na absorção das melhores práticas internacionais, entendemos que esta atualização sistemática das normas, conjugada a sua elevação ao plano legal, constituem um avanço imprescindível para fortalecimento da regulação e da

Assim, através da Lei nº. 13.506/2017 busca-se tanto unificar a legislação que trata sobre o tema, quanto alavancar ao status de lei federal matéria notadamente tratada por normas infra legais.

Esta pesquisa não desconhece que a Lei nº. 13.506/2017 também atualizou o arcabouço legislativo perante à CVM. Afinal, como será visto no decorrer desse trabalho, a organização do sistema financeiro nacional engloba diversos atores, entre eles o BACEN e a CVM, ambos tratados pela Lei nº. 13.506/2017.

Entretanto, é importante estabelecer desde já um importante corte metodológico: não será objeto de estudo nesse trabalho a atividade sancionadora da CVM, ainda que eventualmente possamos fazer algumas referências ao referido órgão em razão de possuir um sistema sancionador mais avançado que o do BACEN antes da edição da lei sob estudo.

O corte metodológico citado no parágrafo anterior possui três razões. Em primeiro lugar, justamente em razão da afirmação supracitada de que o regime jurídico administrativo da CVM é mais consolidado. Assim, ao nosso ver o BACEN carece de estudos aprofundados que tratem sobre o tema. A própria leitura da Lei nº. 13.506/2017 confirma essa afirmação, pois dedica a maior parte do seu texto ao BACEN.

Em segundo lugar, em razão da própria conceituação das instituições financeiras. Como será visto mais adiante, o conceito de instituição financeira carece de maior precisão na definição legal, bem como não engloba muitos dos atores regulados pela CVM, como as instituições pertencentes exclusivamente ao mercado de capitais.

Ou seja, a CVM possui como foco de atuação o mercado de capitais, que é apenas um dos quatro segmentos do sistema financeiro nacional, sendo os demais -

supervisão do sistema financeiro nacional. ”
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A7B75D32810CC2C203C4DA42203005C6.proposicoesWebExterno2?codteor=1609736&filename=PL+8843/2017. <Consulta em 13.07.2020>.

crédito, monetário e câmbio - regulados pelo BACEN, como afirma Nelson Eizirik em obra famosa.¹²

Nesse mesmo sentido são as palavras de Roberto Quiroga, para quem o mercado de capitais é denominado de mercado de desintermediação bancária caracterizado pelo fato de que a instituição financeira não exerce sua atividade típica de captação e repasse de valores, bem como não figura como parte ou anuente dos riscos da atividade¹³

Portanto, o presente trabalho apenas terá como foco a atividade das instituições financeiras em sua atuação *stricto sensu*, ou seja, na atividade bancária cuja definição será apresentada nos capítulos seguintes e que é regulada e supervisionada pelo Banco Central do Brasil.

A terceira e última razão para o corte metodológico aqui proposto está em evitar que o presente trabalho se torne demasiadamente extenso e seja capaz de tratar com a profundidade necessária um tema pouco tratado na doutrina de direito administrativo.

¹² “A CVM, como ente da administração pública, tem a sua atuação limitada pelos ditames legais. A Lei nº. 6.385/1976 atribui-lhe competência para disciplinar e fiscalizar as atividades ligadas a determinado segmento do sistema financeiro, o mercado de valores mobiliários. Dentre os quatro segmentos compreendidos no sistema financeiro nacional – o de crédito, o monetário, o de câmbio e o de valores mobiliários, este último encontra-se sob a fiscalização da CVM. Os outros três são regulados e supervisionados pelo Banco Central do Brasil” (EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B; PARENTE Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de capitais – regime jurídico. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2011. p. 263).

¹³ “Diferentemente do mercado financeiro, no mercado de capitais a mobilização da poupança se realiza, em regra, diretamente, isto é, detentor e tomador de recursos se relacionam diretamente. Nesse mercado, a entidade financeira não se intromete entre eles captando e repassando valores. Ao revés, ela sai do meio do fluxo de capitais; ela não figura como parte de qualquer espécie de relação creditícia. No mercado de capitais, a entidade financeira apenas figura como interveniente obrigatória, sem, porém, assumir riscos de crédito. Aquele que dispõe de recursos financeiros acaba por transferi-los aos necessitados de forma direta, sem qualquer intermediação. Daí porque o mercado de capitais também é denominado mercado da desintermediação bancária. Se no mercado financeiro o banco é o personagem principal, no mercado de capitais ele é coadjuvante obrigatório. No mercado de capitais, a entidade financeira apenas figura como interveniente obrigatória, sem, porém, assumir riscos de crédito. Aquele que dispõe de recursos financeiros acaba por transferi-los aos necessitados de forma direta, sem qualquer intermediação. Daí porque o mercado de capitais também é denominado de mercado da desintermediação bancária. Se no mercado financeiro o banco é o personagem principal, no mercado de capitais ele é coadjuvante obrigatório.” (Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética. 1999. p. 260).

Dito isso, sem a pretensão de esgotar o tema da atividade sancionadora do Banco Central do Brasil perante às instituições financeiras, o que se justifica em razão da norma sob estudo ainda ser recente, ou ainda pelas características peculiares que decorrem da conceituação e atuação das instituições financeiras, esse trabalho pretende abordar e responder as seguintes problemáticas:

- 1) Identificar como o regime jurídico de direito administrativo sancionador previsto na Lei nº 13.506/2017 atua perante às instituições financeiras no Banco Central do Brasil;
- 2) Demonstrar as problemáticas decorrentes da atuação administrativa sancionadora do Banco Central do Brasil à luz da Lei nº. 13.506/2017;
- 3) Analisar os mecanismos da atuação consensual do Banco Central do Brasil introduzidos pela Lei nº. 13.506/2017;
- 4) Apresentar e analisar como o poder judiciário e o conselho de recursos do sistema financeiro nacional enfrentam os problemas que surgem da aplicação da Lei nº. 13.506/2017;
- 5) Apresentar conclusões sobre os problemas localizados e propor soluções à luz dos aspectos jurídicos vigentes no direito brasileiro.

Nesse sentido, focar-se-á na necessidade de leitura ou releitura da atividade sancionadora da administração pública, para que direito administrativo sancionador das instituições financeiras à luz da Lei nº 13.506/17 e seus instrumentos de penalização não sejam capazes de constituir verdadeira pena de morte daqueles que praticam atividades financeiras.

Em suma, por meio desse trabalho, pretende-se trazer o tema para o centro da discussão jurídica, ampliando e sistematizando-o, para que se possa cooperar cientificamente nos estudos e debates que se voltam às interações entre os agentes do mercado financeiro e o Banco Central do Brasil.

Busca-se assim, oferecer à comunidade acadêmica, aos atores públicos e privados atuantes nesse nicho e a sociedade em geral, estudos e posições científicas a respeito dos problemas abordados.

2. **FINALIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Conforme visto no capítulo anterior, não há muitas dúvidas de que o tema deste trabalho está relacionado à atividade da administração pública que acarrete em efeitos desfavoráveis aos administrados, dentre os quais se destaca o direito administrativo sancionador.

Afinal, seriam poucas as razões para a edição de uma lei que regule o direito sancionador que incide sobre as instituições financeiras caso não houvesse íntima relação com a aplicação ou possibilidade de aplicação de uma sanção no âmbito administrativo que decorra do cometimento de uma infração pelo particular, como define Ruy Cirne Lima.¹⁴

Assim, antes de adentrarmos aos aspectos do direito sancionador como um sub-ramo do direito administrativo, é necessário tecer algumas breves considerações sobre o que se compreende atualmente como infrações e sanções administrativas. Após, passaremos a apresentar como o direito sancionador se apresenta nos dias atuais e principalmente qual o seu papel no sistema jurídico nacional e no processo administrativo previsto pela Lei nº. 13.506/2017.

Com isso pretendemos esclarecer que com a evolução científica, o direito administrativo sancionador deixa de ter um papel simplesmente retributivo no qual a aplicação da sanção possui uma finalidade estritamente punitiva, e passa a ter um papel instrumental de aproximação do infrator para evitar o cometimento de novas infrações, como inclusive já citamos no capítulo anterior.¹⁵

¹⁴ “Dizem penas administrativas as sanções de que se socorre a Administração Pública, em suas leis e regulamentos, para assegurar a observância das prescrições ou provimentos de ordem geral.” (Princípios de Direito Administrativo. 7ª Ed. Rev. Paulo Alberto Pasuqalini. São Paulo: Malheiros. 2007. P. 584).

¹⁵ Como será visto no capítulo seguinte, o papel retributivo da sanção administrativa tem sido atribuído pela doutrina que argumenta ser a finalidade punitiva o elemento central da sanção. É o que se extrai, por exemplo da leitura da obra de Fábio Medina Osório que (i) formula o conceito de sanção administrativa sob o elemento central do castigo ou dos efeitos punitivos; e (ii) exclui outras medidas que não poderiam ser caracterizada como sanção, como as medidas de polícia,

2.1. *Infrações e sanções administrativas*

Como citado na parte introdutória desse trabalho, a sanção é um elemento fundamental do direito, sem o qual o mesmo não pode ser compreendido. Kelsen, ao conceber o direito como ciência dotada de autonomia científica que confere ao Estado o monopólio da coação, descreveu as sanções como uma das espécies de atos de coerção que caracterizam a nova ciência, até então estudada como um ramo da sociologia.^{16_17}

De acordo com Kelsen, as sanções apresentariam uma concepção mais estrita, revelada através da aplicação de uma pena, e uma concepção executória, quando a sanção se apresenta através da compensação de um ilícito. Para o Autor ambas as concepções representam no direito, a realização compulsória de um mal.¹⁸

rescisórias, ressarcimento ao erário, coativas, preventivas e responsabilidade na gestão. (op cit. p. 102/118). Em sentido contrário, Rafael Munhoz de Mello, ressalta que as sanções administrativas podem obedecer a diversas classificações, sendo as principais de natureza retributiva ou ressarcitória (Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003 p. 29).

¹⁶ “Se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica especificado. Atos de coerção são atos a executar mesmo contra a vontade de quem por eles é atingido e, em caso de resistência, com o emprego da força física. Como ressalta da investigação precedente, devem distinguir-se duas espécies de atos de coação: Sanções, isto é, atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, como, por exemplo, a pena de prisão prevista para o furto; e aos atos de coação que não tem este caráter, como por exemplo, o internamento compulsório de indivíduos atacados por uma doença perigosa ou que são considerados perigosos por causa da sua raça, das suas convicções políticas ou do seu credo religiosos, ou ainda a aniquilação ou privação compulsória da propriedade no interesse público.(KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 123).

¹⁷ De acordo com Cláudio de Cicco: “Os historiadores do pensamento jurídico lembram que Hans Kelsen escreveu sua famosa obra Teoria Pura do Direito numa época em que os sociólogos postulavam ser o direito mero ramo da sociologia, negando sua autonomia como ciência. Diante dessa tendência, teria ele procurado elaborar uma teoria de um direito puramente jurídico, sem nenhuma vinculação nem com a sociologia, nem com a moral, nem com a política. Além disso, o Círculo de Viena definia como ciência somente o estudo não subjetivo experimental. Para que o direito pudesse ser aceito como ciência, Kelsen reduziu-o ao sistema de normas logicamente encadeadas, objetivamente observadas, sem conteúdo moral, político. Para isso teve que, no caminho aberto, como já vimos, por Hobbes, no século XVII, dar ao Estado o monopólio do processo da nomogênese e da coação.” (História do Direito e do Pensamento Jurídico. São Paulo: Saraiva. 2017. P. 291/292).

¹⁸ “As sanções no sentido específico desta palavra aparecem no domínio das ordens jurídicas estaduais – sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como execução (execução forçada). Ambas as espécies de sanções consistem na realização compulsória de um

Assim, na doutrina kelseniana as sanções representam a consequência prática e efetiva da coação decorrente de um ato designado pela ordem jurídica positiva como um ilícito ou delito.¹⁹

No direito pátrio, Miguel Reale apresenta o tema da sanção relacionando-o as leis naturais. De acordo com Reale, o que distingue o direito das demais ciências é justamente a possibilidade de ser violado, quando então o direito atua de forma mais intensa através da aplicação da sanção, ou ao conferir efetividade às garantias que busca guardar.²⁰⁻²¹

No âmbito do direito administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Garcia do Amaral, esclarecem que o tema das infrações e sanções compõem um

mal ou – para exprimir o mesmo sob a forma negativa – na privação compulsória de um bem. ”. (KELSEN, Hans. op cit. 123/124).

¹⁹ “Como já se depreende do que foi dito, a ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou o pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de coação estatuído como sua consequência representa a consequência do ilícito ou sanção. Somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coação estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito; apenas pelo fato de um ato de coação ser estatuído pela ordem jurídica como consequência de uma ação ou omissão por ela determinada é que este ato de coação tem caráter de uma sanção ou consequência do ilícito. ” (Ibid. p. 124).

²⁰ “As leis naturais não são sancionadas, nem sancionáveis, porque as consequências por elas previstas resultam necessariamente do fato em seus nexos causais. As leis morais ou jurídicas não se podem, porém, compreender desprovidas de sanção. Examinemos melhor o assunto que é de manifesta importância, visto como aqui surge o problema do dever, cujo cumprimento é exigido em razão de um bem, que se quer salvar. Houve quem tentasse estabelecer as bases de uma Ética sem sanção, mas a tentativa é reputada, em geral, falha. Não é possível conceber ordenação da vida moral sem se prever uma consequência que se acrescente à regra, na hipótese de violação. Parece paradoxal, mas é verdadeiro que as leis físicas se enunciam sem se prever a sua violação, enquanto as leis éticas, as jurídicas inclusive, são tais que seu inadimplemento sempre se previne. É próprio do Direito a possibilidade, entre certos limites, de ser violado. ” (REALE, Miguel. Introdução à Filosofia. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Cap. V. Posição 894. Edição do Kindle. posição 3887)

²¹ Fazendo referência ao filósofo italiano Antonio Rosmini, Reale explica que “as leis que proíbem o homicídio ou o furto são violadas diariamente, e, nem por haver homens e grupos que violem ditas leis, elas devem deixar de existir. Ao contrário, nós podemos dizer, como disse um grande filósofo da Itália no século passado, Rosmini, que o Direito brilha com esplendor invulgar onde e quando violado. É exatamente no momento da violação da lei jurídica que ela resplande com mais intensidade, provocando a tutela, a garantia, a salvaguarda daquilo que se estima valioso. ” (Ibid. Posição 3893).

“núcleo mínimo” e necessário para que o particular compreenda seus limites e possíveis penas.²²

Destaque-se ainda a abordagem de Celso Antônio Bandeira de Mello, que dedica um capítulo de sua obra mais famosa ao tema. De acordo com o ilustre professor, sanções e infrações são temas que devem ser estudados em conexão, sob pena de possível imprestabilidade do raciocínio concluído.²³

A própria definição do Autor sobre o conceito de infrações e sanções confirma a afirmação supra. Afinal, para o Autor a infração é um pressuposto necessário da sanção, sem o qual a mesma não é aplicada. Já a sanção é uma “providência gravosa” da administração em caso de infração administrativa.²⁴

²² “No campo do Direito Administrativo Sancionador, não se pode compreender a atividade punitiva do Estado sem que prevista em lei em sentido formal, posto que a imposição de penalidades administrativas a particulares significa atingi-los em suas atividades, seus bens e seu patrimônio, restringindo, portanto, direitos individuais. Marças Justen Filho ensina que “não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções”. Compõem um núcleo mínimo a ser previsto em lei em sentido formal a conduta que delimite o campo daquilo que é proibido que é permitido e a correspondente sanção a ser imputada ao administrado.” “A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014.0FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em 17.11.2020

²³ “Infração e sanção administrativa são temas indissoluvelmente ligados. A infração é prevista em uma parte da norma, e a sanção em outra parte dela. Assim, o estudo de ambas tem que ser feito conjuntamente, pena de sacrifício da inteligibilidade quando da explicação de uma ou de outra. (op. cit. p. 898)

²⁴ “Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera. ” (*ibid idem*). Já sanção administrativa “é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria administração. Isto não significa, entretanto, que a aplicação da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, senão for paga, só poderá ser judicialmente cobrada. ” (op. ci. p. 899).

Ressalta Celso Antônio que o tema das infrações e sanções exige cautela para não causar uma aflição social, bem como não pode ser utilizado como represália ou como instrumento de captação de proveitos econômicos para o Poder Público.²⁵⁻²⁶

Por sua vez, Daniel Ferreira destaca que o tema das infrações administrativas deve ser estudado a partir da Teoria Geral da Infração Administrativa, formulada a partir da Teoria Geral do Delito do direito penal. De acordo com o Autor, essa teoria permite analisar separadamente o encadeamento de situações que acarretam

²⁵ “Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um mal, objetivando castigar o sujeito, leva-lo à expiação pela nocividade de sua conduta. O direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Donde não entram em pauta intentos de represália, de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente. É claro que também não se trata, quando em pauta sanções pecuniárias – caso das multas –, de captar proveitos econômicos para o Poder Público, questão radicalmente estranha à natureza das infrações e, conseqüentemente, das sanções administrativas. Estas considerações, sem embargo de serem óbvias, necessitam ser explicitamente afirmadas e relembradas, pois se estiverem constantemente presentes no espírito do intérprete evitarão equívocos em relação a tópicos interessantes ao tema das infrações e sanções administrativas.” (op. cit. p. 900)

²⁶ Infelizmente em muitas oportunidades o poder público acaba por utilizar a sanção administrativa como instrumento de captação financeira. Ao nosso ver, é o que ocorre recorrentemente na aplicação de multa pela Portaria nº. 45/2015 do Procon do Estado de São Paulo, que não raramente ultrapassam milhões de reais de maneira, ao nosso ver, contrária aos critérios da lei. Como se sabe, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, estabelece no art. 57 critérios de gradação das penalidades administrativas a serem impostas em caso de violações àquele dispositivo de lei, quais sejam, gravidade da infração, vantagem auferida pela prática e condição econômica do fornecedor. Assim, ao editar o ato administrativo regulamentador da portaria normativa Procon nº 45 de 12/05/2015, para fins de conferir concretude aos critérios previstos na supracitada lei, deveria o agente público ter observado os critérios ali estabelecidos, ou ao menos, quando da aplicação da Portaria no caso concreto, deveria o agente público fazer a devida ponderação para evitar sanções que claramente violam o prosseguimento de atividades empresariais. Infelizmente, não é difícil localizar exemplos na jurisprudência em que isso não ocorre. Muito embora o parágrafo único do art. 29 da Portaria, mencione que a dosimetria da pena considerará os critérios definidos pelo art. 57 do CDC, contrariamente ao ditado pela norma do microsistema, em realidade toma em conta tão somente a condição econômica do fornecedor e sua respectiva aplicação por critério de subsunção à uma fórmula matemática prevista no art. 33 e que apenas prevê cálculos de soma e multiplicação para estabelecer a pena base. A análise da fórmula, permite concluir que não se analisa à gravidade da prática contrária ao Código do Consumidor, mas leva tão somente em consideração o porte econômico do fornecedor e a vantagem eventualmente auferida, relegando a gravidade da infração para o anexo I, da referida portaria normativa, através da qual o administrador público estabeleceu o enquadramento das infrações sem fazer qualquer relação com os critérios da lei federal e sem estabelecer qualquer critério de ponderação com a gravidade da infração. De acordo com a supracitada Portaria, uma prática enquadrada no grupo I pode ser mais ou menos grave do que outra enquadrada nos grupos II ou III. Já a natureza da infração por si só não é mais ou menos grave. A gravidade decorrerá necessariamente do impacto e dos danos provocados pela infração. Aqui está a ponderação que o Procon deveria ter feito quando da edição do ato administrativo regulamentador da Portaria, ou ao menos quando da aplicação da norma administrativa.

em uma infração, a partir da conduta do agente, da antijuridicidade da conduta e da reprovabilidade perante a administração pública.²⁷

Logo, a ausência de um desses elementos impede a administração de perseguir os demais, o que facilitaria tanto a persecução por parte da administração pública, quanto o exercício da defesa por parte do particular, o que resulta na utilidade da conceituação da infração.²⁸

Já ao tratar das sanções administrativas, Daniel Ferreira conceitua-as como “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude da inclusão de uma pessoa física ou jurídica num ilícito regularmente sindicável nesse âmbito”.²⁹

De acordo com o Autor, a sanção administrativa não possui necessária relação com a finalidade de impor determinada situação desfavorável ao particular, em razão da possibilidade de se sancionar determinado sujeito passivo por infrações cometidas por terceiros, como ocorre na infração de trânsito no qual o infrator não é necessariamente o proprietário do veículo que poderá ser sancionado. Logo, a situação

²⁷ “De todo modo, é possível aprofundar ainda mais esse exame e, com lastro na Teoria Geral do Delito, ferramental próprio do Direito Penal, formulou-se uma Teoria Geral da Infração Administrativa, cuja prestabilidade é a de permitir a conferência, em cada caso concreto, se efetivamente ocorreu, ou não, comportamento reprovável de alguém perante a Administração Pública, à luz da Constituição da República. Por meio dessa teoria formula-se um conceito analítico, estratificado, que apresenta a infração administrativa em camadas, por partes. Isto é, demonstrando que para haver infração administrativa numa situação concretamente considerada é preciso constatar-se, sucessivamente e na ordem, conduta de uma pessoa física ou jurídica, que precisa ser típica, mostrar-se antijurídica e, por conta disso tudo, fazer-se reprovável pela Administração Pública. ” (Infrações e Sanções Administrativas: Panorama Geral. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 8)

²⁸ “E na falta de comprovação empírica da existência do primeiro estrato nem é preciso seguir na investigação do segundo e assim por diante, o que facilita o atuar de quem incumbido de apuração do ilícito e/ou da imposição da sanção administrativa, bem como da própria defesa, de modo a atender aos reclamos dos princípios da razoável duração do processo, da eficiência, do devido processo legal e mesmo da dignidade da pessoa humana. ” (op. cit. p.9)

²⁹ Op. cit. p. 23

desfavorável imposta pela administração seria um efeito da sanção, mas não seu objetivo.³⁰

Daniel Ferreira esclarece ainda que a aplicação das sanções é automática caso o particular não apresente defesa na esfera administrativa. A título de exemplo, o Autor cita o caso das infrações de trânsito e das infrações tributárias. Assim, defende o Autor que a regra é pela inexigibilidade de culpa ou dolo para caracterização da infração e, pois, de dispensabilidade da Administração Pública provar sua existência, o que se resume ao comportamento em si (não pagamento do tributo), sem prejuízo de a lei fazer particular exigência num ou outro sentido.³¹

Apesar do posicionamento do Autor citado no parágrafo acima ser acompanhado por parte da doutrina em obras de seriedade irrefutável, entendemos que o mesmo contém algumas lacunas que decorrem da tentativa do Autor em resolver o tema de maneira objetiva e resultam em opiniões ao nosso ver com pouca flexibilidade na sua aplicação.

Assim, para fins desse trabalho, consideramos a posição de Fábio Medina Osório, para quem a aplicação da sanção pela administração pública deve ser avaliada à luz do grau de intensidade do ilícito e do bem jurídico a ser protegido pela administração.

³⁰ “Nesse contexto, por óbvio que a sanção pode não repercutir em castigo, como pode até redundar em castigo excessivo, porque alguns a sentirão como um verdadeiro mal e outros a assimilarão como simples e irremediável gravame patrimonial. Daí sustentarmos que o castigo pode ser o efeito da sanção, mas que não se confunde com a sua finalidade.” (Op. cit. p. 24)

³¹ “O que pode até soar estranho para um jurista, de fato não causa alvoroço para os cidadãos, já acostumados à imposição de sanções – de trânsito e tributárias, particularmente – sem que isso ocorra. (...). Nos dois exemplos, se não for apresentada defesa administrativa por conta da autuação, como feita, será dispensável qualquer outra providência por parte da Administração Pública, e restará sacramentado, nessa esfera, o entendimento de que houve infração administrativa e, pois, que a sanção correspondente é de se impor ordinariamente, sem prejuízo de eventual revisão judicial. (...) De conseguinte, a regra é de inexigibilidade de culpa ou dolo para caracterização da infração administrativa e, pois, de dispensabilidade de a Administração Pública provar sua existência, resumindo-se esta ao comportamento em si (não pagamento do tributo), sem prejuízo de a lei fazer particular exigência num ou noutro sentido. (Infrações e Sanções Administrativas: Panorama Geral. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 5/6).

Não se trata assim somente da análise da conduta do infrator, mas também de outros fatores como lesão ao erário e princípios que regem a administração pública.³²

Ressalta o Autor, que não se pode fazer distinções radicais no tema das infrações administrativas, seja pela possibilidade que a aplicação da sanção transcenda o âmbito de proteção que a administração deve ter ao proteger o interesse público, seja ainda pela possibilidade de caracterizar aflição social maior do que naturalmente possui.³³

Em complementação ao raciocínio acima, Celso Antônio Bandeira de Mello cita onze hipóteses nas quais a infração seria considerada inexistente ou não sancionável. Trata-se, basicamente, das seguintes hipóteses: (1) fato da natureza (força maior); (2) caso fortuito; (3) estado de necessidade; (4) legítima defesa; (5) doença mental; (6) fato de terceiro; (7) coação irresistível; (8) erro; (9) obediência hierárquica; (10) estrito cumprimento do dever legal; e (11) exercício regular de direito.³⁴

Importante notar que os próprios Autores citados nesse capítulo, em posições ao nosso ver complementares, esclarecem a possibilidade de a lei criar

³² “O interessante é que as variações de proteção dependem de múltiplos fatores. Há distintas gravidades de ações ou omissões ilícitas no âmbito do Direito Administrativo Sancionatório. Essa maior ou menor gravidade das infrações depende, em regra de escolhas legislativas discricionárias, de valores sociais dominantes, da tipificação e sancionamento dos comportamentos proibidos. Uma corrupção não é o mesmo que um mau uso de verbas públicas. Um ilícito doloso não é idêntico a um culposos. As finalidades das sanções administrativas variam, também, conforme se trate de infrações, mais graves, atentatórias, com grande necessidade, à ordem pública, ou infrações mais restritas, menos graves, atentatórias ao âmbito interno da instituição lesada, ainda que, em alguma medida, toda infração administrativa agride, em maior ou menor intensidade, a ordem pública. Com efeito, o certo é que toda infração administrativa agride a ordem pública, seja pela repercussão externa de qualquer lesão ao erário ou aos princípios que regem a Administração Pública ou o Estado, seja pela lesão comunitárias decorrente de conduta que haveria de ser fiscalizada pelo Poder Público (um serviço controlado ou gerenciado pelo Estado). (op. cit. p. 151).

³³ “Não se pode em matéria de infrações administrativas, efetuar absoluta e radical distinção entre ordem interna e externa, pois toda lesão, inclusive disciplinar, deve possuir um mínimo de repercussão externa, vale dizer, ao menos uma real (e não arbitrária) importância institucional, o que se analisa pelos fins e pela imposição da instituição na sociedade. Ocorre, assim, que nas infrações puramente disciplinares não é comum a imposição de sanções que transcendam a proteção do âmbito interno da instituição. As sanções restringem-se a esse terreno, embora tenham um caráter afliitivo ao agente e, indiretamente, protetor de interesses sociais e públicos, garantindo, pois também, o restabelecimento do direito violado, a preservação da ordem pública, embora, aqui, em menor medida e intensidade do que ocorre em outros campos. (*ibid idem*).

³⁴ Op. cit. p. 901

instrumentos alternativos à aplicação da sanção, bem como para que a sanção cumpra sua função social.

Assim, para Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do objetivo pelo qual o tema da sanção deve ser estudado e aprofundado, defende veementemente que a sanção possui uma função exemplar para a sociedade, no sentido de evitar a reincidência.³⁵

Por sua vez, Daniel Ferreira faz importante distinção quanto as competências legislativas e administrativas no tema da sanção administrativa. Assim, enquanto as leis em vigor comumente apresentam a sanção como resposta ordinária, a própria lei pode autorizar outro tipo de tratamento que atenda ao interesse público a ser protegido. Cita o Autor como exemplos, a Lei do CADE (8.884/1994) e a Lei dos Crimes Ambientais (9.605/1998) que possuem instrumentos que afastam a aplicação da sanção.³⁶

A partir desse raciocínio, passamos no subcapítulo seguinte a esclarecer como o direito administrativo sancionador deve avançar para que a aplicação da sanção seja um instrumento capaz de evitar o cometimento de novas infrações, ideia trabalhada pelos Autores citados nesse capítulo e que pretendemos aplicar quando da análise pormenorizada da Lei nº. 13.506/2017.

³⁵ Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade. (op. cit. 9. 900).

³⁶ Por conta da provada incursão de alguém em comportamento, típico, antijurídico e reprovável administrativamente, a sanção administrativa é a resposta ordinária. Isto é, trata-se, em regra, de atividade vinculada, que não permite à autoridade competente tomar qualquer outra providência que não impor ao sujeito infrator (ou ao responsável pela infração) a sanção administrativa correspondente. Demais disso, o servidor (competente) que tiver notícia do suposto cometimento de infração administrativa está obrigado a apurá-la de imediato, sob pena de responsabilização. Todavia, pode a lei decidir em contrário, autorizando que outro tipo de tratamento-resposta reintegre a ordem jurídica violada ou melhor salvguarde os interesses públicos. Por exemplo, desde a égide da antiga Lei do CADE (Lei 8.884/1994) era permitido ao suposto infrator das normas de proteção da concorrência firmar um termo de cessação da prática sob investigação,⁶⁸ assim afastando a potencial sanção administrativa. Em outro giro, a Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) viabiliza (há mais de uma década) “a firmação de Termos de Ajustamento de Conduta como forma de agilização na recomposição do dano ambiental”,⁶⁹ permitindo conversão de multa em prestação de serviços de recomposição do meio ambiente degradado. (op. cit. p. 30)

2.2. *Evolução do Direito Administrativo Sancionador*

Apesar de seu estudo científico recente sob a denominação de direito administrativo sancionador, a atividade da administração pública que acarreta em sanções aos administrados não é nenhuma novidade.³⁷

Antes de 1988, o Brasil viveu uma fase ainda frágil do direito administrativo sancionador, que se revelava como expressão do Estado ditatorial, onde o contraditório e ampla defesa, quando havia, eram meras formalidades que precediam a aplicação da sanção.

Mais que isso, entendemos que o direito sancionador reflete a evolução do de poder de polícia, cujo conceito tradicional é visto como perigoso por Augustín Gordillo por representar um princípio geral de coação e poder estatal, não compatível com o Estado de Direito.³⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello, além de acolher o posicionamento supracitado de Gordillo, vai além e leciona que o uso da expressão poder de polícia

³⁷ A expressão ‘direito administrativo sancionador’ é recente no campo de estudo do direito administrativo. Fábio Medida Osório em obra paradigmática sobre o tema afirma ter lançado a primeira obra com essa nomenclatura em razão de reconhecer a existência de uma “lacuna enorme em torno a esse assunto. Com a designação específica de Direito Administrativo Sancionador, que propõe um alcance mais ambicioso, inclusive em termos conceituais, às sanções veiculadas e tratadas por este ramo jurídico, a primeira obra de que se tem notícia no cenário nacional, é esta, lançada no mercado originariamente em 2000, salvo melhor juízo”. (op. cit. p. 86).

³⁸ “Em lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal (“policía”, “poder de policía”) al que luego se le buscarían restricciones em los derechos individuales de los habitantes, lo correcto es, em los sistemas constitucionales que estructuran positivamente a su Estado como “Estado de Derecho” (1), sentar la premisa opuesta, de que el principio general establecido son los derechos individuales, a los que luego, em los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrarán restricciones y limitaciones en la eventual coacción estatal. En conclusión, la ‘noción’ de policía es peligrosa: si algún argumento hubiera en derecho para sostenerla podría correrse el riesgo de hacerlo; pero si realmente no lo hay, debe evitarse que por comodidad, apego a lo ortodoxo, o desconfianza, se mantenga en vigor lo que ya há sido, y puede volver a ser, sepultura de la libertad.” (Tratado de Derecho Administrativo. Parte General Tomo 2. Buenos Aires: Ediciones Machhi. 1986. XII – 24).

engloba em torno de um só conceito, tanto as leis quanto os atos administrativos, ou seja, coisas absolutamente distintas.³⁹

Em completa exposição histórica sobre o tema, Heraldo Garcia Vitta recorda que nos séculos passados o Estado se “agigantou” mediante a concentração de poderes nas mãos da Coroa Francesa, dentre eles o de polícia, o que contribuiu para a formação da ideia de unidade do Estado, ainda que à época dotado da ideia de poder absoluto.⁴⁰

Até então, reconhece VITTA, sequer havia a noção de direito público como regime jurídico ao qual a soberania encontra-se submetida, o que somente veio a ocorrer na revolução francesa, quando se passa a reconhecer a “soberania do povo”.⁴¹

³⁹ “ Para caracterizar este setor de atividade estatal, compreensivo tanto das leis que delineiam o âmbito da liberdade e da propriedade (isto é, que dimensionam tais direitos) quanto dos atos administrativos que lhes dão execução, usa-se (e no passado usava-se muito mais que hoje) a equívoca expressão “poder de polícia”. Trata-se de designativo manifestamente infeliz. Engloba, sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos; isto é, disposições superiores e providências subalternas. Já isto seria, como é, fonte das mais lamentáveis e temíveis confusões, pois leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis (no Estado de Direito), dando-lhe uma sobrançeria que não possui, por ser imprópria de quem nada mais pode fazer senão atuar com base em lei que lhe confira os poderes tais ou quais e a serem exercidos nos termos e forma por ela estabelecidos. ” (op cit. p. 872).

⁴⁰ *Verbis*: “Já, na França, ao contrário, devido à resistência interna, houve necessidade de aniquilar todos os poderes que se opunham à Monarquia. Assim, a Monarquia Francesa esforçou-se para estender o domínio real, declarado, mais tarde, inalienável. Além do mais, ao contrário de outros regimes, nada impedia a Coroa Francesa de possuir terras (nulle terre sans seigneur); logo, ela detinha, ao mesmo tempo, poder real e poder senhorial. O “agigantamento” da Coroa traduziu-se em realizações práticas: o supremo Poder Judiciário, o poder de polícia, o poder militar e o Poder Legislativo foram reunidos nas mãos do rei. Ao final do século XIII apresenta-se pela primeira vez o princípio de que o rei é “sovrain” de todo o regime, embora para alguns também os barões tivessem idêntica qualificação. Tudo isso ocorre com o apoio de juristas da época, os quais afirmavam o poder do rei, notadamente quanto à suprema senhoria judiciária. Havia plenos poderes do rei da França; nenhum direito autônomo podia ser contraposto a eles. O entendimento de que tudo devia concentrar-se na Coroa foi reforçado com a ideia da unidade do Estado, à medida da necessidade de um centro unificador do poder. Portanto, o conceito de soberania do rei, na origem relativo e comparativo, transformou-se em absoluto: do superior surgiu o supremo. ” (op cit. p. 17).

⁴¹ *Verbis*: “Assim, a doutrina da soberania do povo alcança prestígio: importância prática, política. A Constituição dos Estados Unidos e a experiência da Revolução Francesa, com a teoria do poder constituinte inalienável, o qual pertence ao povo, são exemplos da aceitação prática da nova ideologia. Dentre as consequências dessa evolução histórica, citada por Jellinek, destaca-se o regime jurídico ao qual o conceito de soberania está submetido: direito público. ” (Ibid. p. 20).

Ainda assim, o estudo científico daquilo que conhecemos como poder de polícia, somente ganha relevância a partir do momento em que os juristas, notadamente na Europa, passam-se a distinguir as espécies de supremacia do Estado em geral e especial.⁴²

Nesse sentido, Garcia Vitta afirma que o poder de polícia não seria abarcado nas relações especiais de supremacia, pois estas decorrem das relações jurídicas. Exemplo das relações especiais ocorre quando a administração pública impõe normas internas a respeito do funcionamento de um hospital ou biblioteca pública. Já as normas de sujeição geral são aquelas que decorrem da atuação do poder legislativo e se aplicam à generalidade indistintamente, ou seja, não se aplicam somente àqueles destinatários internos, como ocorre na relação especial. É justamente na supremacia geral que se encontra o campo de incidência do poder de polícia.⁴³

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia explicam com precisão a necessidade que se observou na parte final do século XX, notadamente na Europa, de direcionar o estudo do direito administrativo sancionador de maneira independente da atividade de polícia do Estado notadamente as regulatórias das atividades econômicas e sociais, que modernamente no Brasil são exercidas pelas agências reguladoras.⁴⁴

⁴² “Essa importante doutrina – a qual discrimina duas espécies de supremacia do Estado, geral e especial – tem notáveis reflexos no poder de polícia do Estado.” (ibid. p. 63).

⁴³ Afirma Vitta: “Ao contrário da supremacia especial, cujos poderes administrativos, a rigor, advêm da relação jurídica, na supremacia geral os poderes da administração extraem-se diretamente da lei, na medida em que se refere à generalidade das pessoas indistintamente. Logo, a supremacia especial não se enquadra no conceito do poder de polícia. Poder de polícia e supremacia especial são conceitos distintos.” (Ibid. p. 94). E após discorrer sobre as diferenças de regime, conclui: “Fixamos entendimento no sentido de que o poder de polícia tem por fundamento a supremacia geral do Estado; é poder supremo de editar leis, concretizadas por meio de atos da administração.” (Ibid. p.95)

⁴⁴ *Verbis*: “Desde os três últimos decênios do século XX, na doutrina e na jurisprudência europeias, e, mais recentemente, nas que foram desenvolvidas no âmbito comunitário, tem-se difundido o esclarecido entendimento de que as sanções administrativas, tradicionalmente entendidas como circunscritas ao campo da atividade administrativa de polícia, são, em verdade, uma manifestação específica de um *ius puniendi* genérico do Estado, destinado à tutela de quaisquer valores relevantes da sociedade, transcendendo o âmbito da função de polícia para se estender às demais funções administrativas, incluindo as regulatórias, próprias do ordenamento econômico e do ordenamento social”. (op cit. p.2).

Nessa toada, ao tratar das sanções e infrações no mercado financeiro e de capitais, Antonio Carlos Verzola não se desvincula da análise do tema à luz do poder de polícia, apesar de trazer noção moderna de que esse poder se exterioriza em três momentos. Primeiramente, na hipótese em que o Estado autoriza ao particular praticar atividades sujeitas ao poder de polícia, em seguida quando o Estado fiscaliza essas atividades, e por fim no momento em que o Estado sanciona o particular.⁴⁵⁻⁴⁶

Como se vê, a atividade sancionadora da administração pública era estudada sob o prisma do Poder de Polícia até o final do século passado, cujo conceito tradicional, ao nosso ver, restringia a margem de discricionariedade da administração pública na aplicação de sanções. Atualmente, não há dúvidas que o direito administrativo sancionador possui alto grau de discricionariedade, decorrente do pluralismo político do Estado democrático, algo quase inexistente nas décadas que antecederam a CRFB/88.⁴⁷

Destaque-se que o pouco desenvolvimento do direito administrativo sancionador no Brasil antes de 1988 possui consistente justificativa: as ditaduras do

⁴⁵ *Verbis*: “Importante deixar assinalado que, em quaisquer daquelas hipóteses, a Administração Pública está se dirigindo à conduta dos administrados, pessoas naturais ou jurídicas que desenvolvam atividades sujeitas ao poder de polícia, consoante legalmente estabelecido, no sentido de autorizar o exercício das mesmas, promover a sua fiscalização e, eventualmente, impor as sanções que se fizerem devidas, em estrita observância à legislação de regência.” (Processos Sancionadores nos Mercados Financeiros e de Capitais – BACEN e CVM. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 33)

⁴⁶ Em dissertação de mestrado anterior à obra supracitada, Antonio Carlos Verzola, apresenta extensa exposição sobre os diversos conceitos existentes na doutrina a respeito do poder de polícia, e define-o através de duas vertentes, a preventiva e a repressiva, sendo esta segunda a sua atuação mais rígida, *verbis*: “Por fim e, diante de situações que assim o demandem, o poder de polícia se apresenta sob sua forma repressiva, por meio de ações concretas, consubstanciadas em atos de constrição e de restrição de direitos, materializadas em sanções administrativas das mais diferentes espécies, como se explicitará adiante, o que, a exemplo das outras formas de atuação acima expostas, vem a constituir a essência inerente ao poder de polícia, qual seja, promover a adequação dos interesses privados ao interesse público” (O poder de polícia e a atividade sancionatória nos mercados financeiro e de capitais. 2008. 217 f. dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. p.29)

⁴⁷ Por não ser tema desse trabalho, nos abstermos de ingressar na controversa discussão sobre o conceito de discricionariedade existente na doutrina. Para fins dessa obra, adota-se o conceito de Ricardo Martins para quem na discricionariedade “há duas ou mais soluções admitidas pelo Direito, globalmente considerado – possibilidade, essa, decorrente do pluralismo, no ordenamento jurídico brasileiro. Por força do Prêambulo da Constituição e de seu art. 1º, V, o pluralismo, no ordenamento jurídico brasileiro, é – na terminologia utilizada por Canotilho – um princípio estruturante. Ele impõe o reconhecimento de que cada pessoa tem sua própria concepção de bem, seus próprios valores; impõe, enfim, a admissão de uma pluralidade de opiniões.” (Efeitos dos vícios do ato administrativo. Ed. Malheiros. São Paulo: 2008. P.183)

século passado apresentavam um cenário desafiador para o desenvolvimento de novas ideias e trabalhos sobre o tema. Afinal, é público e notório que muitas das pessoas que se arriscavam em se manifestar contra a ditadura eram perseguidas pelo regime.

Entretanto, desde a promulgação da constituição de 1988, e com maior intensidade desde a publicação das Leis nº. 9.784 de 1999⁴⁸, Lei nº. 12.846/2013, (denominada de lei anticorrupção), o tema ganhou destaque inevitável no cenário jurídico e maior autonomia científica. Mais recentemente, através da introdução de novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁴⁹, conferiu importante robustez ao direito sancionador.

É o que passamos a demonstrar brevemente no subcapítulo a seguir, com o objetivo de demonstrar a evolução do direito administrativo sancionador desde a promulgação da Constituição de 1988, até os dias atuais, onde se desenvolvem modelos sancionatórios que devem nortear a aplicação da lei nº. 13.507/2017.

2.3. O direito administrativo sancionador desde 1988

Como visto no subcapítulo anterior, até o início deste século o direito administrativo sancionador sequer era estudado como um sub-ramo próprio do direito administrativo, o que somente veio a ocorrer através da evolução do conceito do poder de polícia que até então representava o poder punitivo da administração pública em face dos particulares.

Pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988, com seu conjunto de normas protetivas aos cidadãos perante o poder arbitrário do Estado, coloca o direito sancionador no cenário jurídico pátrio ao inserir todo um arcabouço de garantias e princípios que passam a nortear tanto o direito sancionador, como todos os demais ramos jurídicos.

⁴⁸ Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

⁴⁹ Lei nº. 13.655/2018.

Além disso, não se pode deixar de citar que o desenvolvimento desse sub-ramo do direito está intrinsicamente ligado ao limite do processo de criminalização decorrente do direito penal, de modo que o direito sancionador passe a ser uma alternativa própria no âmbito do direito público que permita com que o crime não ultrapasse os limites para os quais a teoria do direito penal foi desenvolvida.

Destaca-se nesses campos, os estudos do i. publicista Fábio Medina Osório, cuja obra consolidou as garantias constitucionais e infraconstitucionais aos administrados no direito administrativo sancionador. De acordo com o Autor o nascimento do direito administrativo sancionador está justamente na confluência dos princípios constitucionais comuns ao direito penal e ao direito administrativo, ambos ramos do direito público.⁵⁰⁻⁵¹

Entretanto, a doutrina ainda não é uniforme no sentido de conferir autonomia científica ao direito administrativo sancionador. E nem poderia ser, quando se percebe que o direito penal é consideravelmente mais consolidado que o direito administrativo sancionador, de modo que nos parece natural que se busquem princípios e diretrizes em comum com o direito administrativo para consolidar o direito sancionador no cenário nacional.

Nesse sentido, deve-se conhecer que parte da doutrina, notadamente a mais clássica, não vê distinção substancial entre ilícito administrativo e ilícito penal, que seriam espécie do mesmo gênero e a distinção comumente realizada entre elas seria uma mera razão de conveniência política, tal como defende Nelson Hungria.⁵²

⁵⁰ “A norma jurídica não se confunde com o texto legislativo. O sistema brasileiro adotou a teoria dos precedentes. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Há princípios constitucionais comuns ao Direito Público punitivo. Ao Direito Administrativo Sancionador se aplicam os princípios do direito penal e processual penal, com matizes, por simetria.” (OSÓRIO. Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 83).

⁵¹ “Tratar do Direito Administrativo Sancionador, de uma Teoria Jurídica sobre este conjunto de normas punitivas, equivale adentrar o completo universo do Direito Administrativo e suas fronteiras com o Direito Penal.” (Ibid. P. 81)

⁵² “Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou

Ruy Cirne Lima, em completa exposição sobre o tema, defende existir diferenças flagrantes entre as espécies, de modo que a confluência dos dois ramos de direito resulta no direito administrativo penal, onde subsistem do direito penal somente as noções de violação normativa e da reparação do mal causado, enquanto as demais bases são extraídas do direito administrativo.⁵³

coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. (...). A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório streptus Judicii. ” (HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945. P. 27)

⁵³ Tem, desta sorte, o Direito Administrativo Penal finalidade semelhante à do Direito Penal. Entre ambos, todavia, como entre qualquer ramo do direito e todo direito especial, as diversidades são flagrantes. Vale enumerar as principais. a) São incomunicáveis as penas criminais, restritas à pessoa do delinquente. Entretanto, a pena administrativa pode ser reclamada, quando sob forma de multa, não somente do infrator, senão também dos herdeiros deste ou, ainda, de quem lhe tiver adquirido o negócio, se ao negócio a infração se referir (Acórdão do STF, de 21.07.1929, *Revista de Direito*, t.96, p.94). b) Nenhuma pena criminal será aplicada, sem que, em ação penal o autor produza, acima de toda dúvida, prova do fato delituoso e da responsabilidade do réu. Costuma dizer-se, como corolário deste princípio, *in dubio pro reo*. Diversamente, porém, se passam as cousas, quando se trata de pena administrativa. Assim, o importador que não prova ter entregue ao despachante a importância para o pagamento integral dos direitos a que estejam sujeitas as mercadorias que despacha, não pode alegar ignorância das fraudes praticadas por esse preposto, em prejuízo do fisco (Acórdão do STF, de 26.7.1920, em Kelly, Manuel de Jurisprudência Federal, 4º suplemento, Rio de Janeiro, n. 1.168, pp. 230-231). c) A revisão das sentenças criminais somente é permitida em benefício do réu. Inversamente, a decisão das autoridades administrativas, que a alguém absolve de uma infração punível com penalidade administrativa, pode, embora definitiva, ser reformada pela própria Administração. Ressalva-se assim, entretanto, a decadência ou a prescrição especial em contrário. Assim, a decisão que deixa de impor uma pena administrativa, de caráter pecuniário, é uma decisão contra a Fazenda Pública, sujeita como tal a reconsideração e reforma *ex-officio*, ressalvada a prescrição de cinco anos, prevista pelo Código Tributário Nacional, para qualquer ação referente ao crédito tributário (art. 174), bem como o prazo de decadência, também de cinco anos, para a constituição do crédito tributário. Não é possível, por conseguinte, qualquer reconsideração ou reforma de decisão *ex-officio* depois desse prazo. d) Diversamente do que acontece à pena criminal, cumulam-se, de regra, na pena administrativa, punição e reparação, exceto quanto à responsabilidade pelo dano, exorbita dos lindes da responsabilidade fora do contrato. São as sanções administrativas, por esse traço, assemelháveis às penas que no Direito Canônico, vêm cominadas pelas *leges mere poenales*, das quais um dos sinais distintivos é a quantia da pena com a qual a reparação de cumula à punição propriamente dita (Lucio Rodrigo, *Prelectiones Theologico-morales Comillenses*, t. II, Santander, 1944, n. 249, p. 184). Não subsistem, no Direito Administrativo Penal, portanto, os princípios mais característicos do Direito Penal. Subsistem, certo, as noções fundamentais de violação da regra jurídica e da necessidade de reparação do mal assim causado. Mas os princípios de realização dessa restauração da ordem jurídica variam profundamente. Sob a inspiração própria do Direito Administrativo, é que se enunciam as bases práticas do Direito Administrativo Penal. Essa secção do Direito Administrativo não se identifica, desta sorte, com o Direito Penal, nem se

Rafael Munhoz de Mello, reconhece a existência de um núcleo comum entre direito penal e direito administrativo sancionador que devem ser observados quando o Estado manifesta seu poder punitivo, de modo que em qualquer uma dessas esferas é obrigatória a observância de determinado regime jurídico punitivo.⁵⁴

Esse núcleo comum, ao nosso ver, pode ser facilmente compreendido através das palavras de André Luiz Freire, que se propõe a estudar os ramos do direito público que aplicam sanções aos particulares como direito público sancionador, pelo Autor definido como “conjunto de normas de direito público que disciplina a atividade punitiva do Estado” e que engloba “desde a mais rigorosa – é o caso do direito penal – até a mais simples, como uma multa por entregar um livro fora do prazo numa biblioteca pública.”⁵⁵

Ressalta Freire, que ao tratar do tema direito público sancionador, o direito penal e o direito administrativo sancionador possuem destaque inevitável e “a distinção entre as sanções administrativa e as sanções penais não reside na finalidade visada. Ambas são punições com objetivos retributivos e preventivos”⁵⁶, diz o Autor.

reputa ramo deste último; acusa, sem dúvida, algumas feições dele, que lhe foi origem, mas encontra-se, por outro lado, indissolúvelmente integrada na economia de um outro sistema jurídico, a cuja organização definitivamente pertence e a cujo ritmo evolutivo para sempre obedece.” (op. cit. p. 584/586).

⁵⁴ “Muito embora seja também uma manifestação do poder punitivo estatal, ao lado da sanção penal, a sanção administrativa é tratada no direito brasileiro como se fosse medida punitiva de importância secundária, incapaz de atingir de modo grave a esfera jurídica dos particulares. Com efeito, nota-se na doutrina e na jurisprudência pátria certa resistência à aplicação, no direito sancionador, de princípios que há mais de dois séculos são utilizados no direito penal. Em certos aspectos, revela-se muito atual no Brasil a expressão que García de Enterría utilizou para qualificar o direito administrativo sancionador espanhol na década de 70: pré-beccariano. Não se trata de aplicar acriteriosamente os princípios do direito penal no campo do direito administrativo sancionador, mas sim de reconhecer que ambos os ramos jurídicos tem um núcleo comum, formado por princípios que derivam diretamente da opção constitucional por um Estado de Direito. Tais princípios devem ser observados em qualquer manifestação do poder punitivo estatal, seja ele exercido pelo Poder Judiciário, através da imposição de sanções penais, seja ele exercido pela Administração Pública, através da imposição de sanções administrativas.” (op cit. p. 25)

⁵⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). / FREIRE, André Luiz. Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 75

⁵⁶ *Ibid.* p. 77

Assim, esses dois ramos de atuação de direito público sancionador diferenciam-se em dois aspectos: (i) em razão da autoridade que aplica a sanção; (ii) no fato que o direito penal atua intensivamente contra a liberdade do indivíduo através da pena privativa de liberdade, exclusiva desse ramo do direito; e (iii) na existência no direito penal de medidas de segurança a inimputáveis e semi-imputáveis.⁵⁷

Os posicionamentos da doutrina, apenas corroboram a afirmação realizada no início deste capítulo no sentido de que ainda não é possível falar em autonomia do direito administrativo sancionador em relação ao direito penal. Assim, é inevitável buscar no ramo de direito público mais consolidado e que também possui caráter punitivo, diretrizes e fundamentos capazes de nortear a administração pública no tema da aplicação das sanções administrativas.

De todo modo, é possível perceber nos últimos anos, com o avanço do combate à improbidade administrativa e ao fenômeno da corrupção, que o desenvolvimento desse sub-ramo do direito administrativo através de sua própria autonomia científica, fica ainda mais em evidência no cenário nacional.

A promulgação de diversos diplomas legais como as já citadas Leis nº. 9.784/1999 (processo administrativo federal), Lei nº. 13.655/2018 (diploma alterador da LINDB) e Lei nº. 12.846/2013, denominada de lei anticorrupção, revelaram-se como

⁵⁷ “Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal se diferencial, em primeiro lugar, em razão da autoridade que aplica a sanção. No Direito Administrativo Sancionador está em pauta a função administrativa; logo, a autoridade que aplicar a sanção será um órgão ou entidade integrante da Administração Pública, isto é, será uma autoridade administrativa. Já a sanção penal será aplicada por uma autoridade no exercício de função jurisdicional, seja um só juiz ou colegiado de Juízes. A segunda diferença entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador reside no fato de que apenas no Direito Penal há penas privativas de liberdade, enquanto o primeiro só conhece a pena de prisão do militar (art. 5º, LXI, da CF). (...). O Direito Penal também, conhece as penas restritivas de direitos – que, apesar de qualificadas como “autônomas” pelo Código Penal, são substitutivas das penas privativas de liberdade (art. 44 do Código Penal) – e as penas de multas. Essas sanções penais não possuem uma natureza diferente das sanções do Direito Administrativo Sancionador, a não ser pelo fato de que são aplicadas por uma autoridade judicial. Uma diferença entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penas é que, neste, há a imposição de medidas de segurança a inimputáveis e, excepcionalmente, a semi-imputáveis que praticam fatos que se amoldam ao tipo penal. O Direito Penal não as considera “penas”, pois essas têm como fundamento a culpabilidade (isto é, a capacidade de agir de forma diferente), enquanto as medidas de segurança se fundam na periculosidade do agente.” (*Ibid.* p 77/78).

mola propulsora para que os atos da administração pública que acarretem em efeitos desfavoráveis aos administrados, passassem a ser visto com olhares científicos próprios.⁵⁸

Ressalte-se o cenário social do Brasil na última década, onde o tema da corrupção passou a ser mais debatido e visto como estratégico para os atores da atividade pública e privada, além de cada dia mais causar repulsa na população em geral. Sem dúvidas, podemos afirmar que principalmente a Lei nº. 12.846/2013 e seus instrumentos consensuais como o acordo de leniência e os mecanismos de integridade, colocaram o tema do direito administrativo sancionador em destaque no cenário nacional.⁵⁹

Como sub-ramo do direito administrativo, a atividade punitiva do Estado deve observar e aplicar a teoria do ato administrativo, cuja definição, ainda carente de definição legal e uniformização doutrinária apresenta evolução com o objetivo de conferir cada dia mais, uma autonomia ao exercício da função administrativa, dentre as quais se enquadra a atividade punitiva.^{60 61}

⁵⁸ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar o tema do controle administrativo, destacou a importância da Lei nº. 12.846/2013 ao ampliar o rol de sujeitos passivos a serem atingidos pela atividade controladora. Entretanto, ressalta o autor: “Sem embargo, ela nada dispõe sobre atos de corrupção e suas consequências; diversamente, ela inova no campo da moralidade administrativa, dispondo sobre a improbidade administrativa aplicável às pessoas jurídicas. Daí por que melhor seria qualifica-la como lei de improbidade administrativa das pessoas jurídicas”. (op. cit. p. 991).

⁵⁹ A respeito da relevância dos instrumentos trazidos pela lei anticorrupção, são as palavras de Márcio Pestana sobre o acordo de leniência: “A maior parte dos normativos previu essa possibilidade no âmbito penal, enquanto que, ao que nos consta, pouquíssimos normativos previram-na nos domínios administrativos, nesta estatística já incluindo-se aquele previsto na Lei Anticorrupção”. (Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013. Barueri: Manole, 2016. Pag. 149).

⁶⁰ Para fins deste trabalho, acolhe-se a posição de Ricardo Marcondes Martins que define ato administrativo como sendo: “Declaração, própria do exercício da função administrativa, por meio da qual um agente administrativo ou quem lhe faça introduz uma norma administrativa no mundo jurídico, vale dizer, enuncia um veículo introdutor de norma administrativa. Em síntese: ato administrativo é o nome dado a todo veículo introdutor de norma administrativa; veículo introdutor é, por sua vez, uma norma jurídica, concreta e geral, extraída da enunciação-enunciada das normas administrativas, que preceitua o dever de reconhecimento da norma introduzida no mundo jurídico. Por metonímia, a expressão “ato administrativo” refere-se tanto ao veículo introdutor como a norma introduzida.” (Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. op. cit.. p. 85).

⁶¹ De acordo com José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti: “A construção do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do Direito Administrativo foi pautada inicialmente na perspectiva de estudos da categoria central do instituto do ato administrativo, haja vista a fisionomia da sanção administrativa. Com efeito, no Estado de Direito, no regime da legalidade administrativa, o regime da produção dos atos administrativos ganha redobrado

Não se desconhece que a evolução do direito administrativo sancionador encontra-se intimamente ligada ao tema da contratualização do direito administrativo, notadamente em razão do tema da consensualidade, que será explorado mais adiante, o que poderia acarretar em questionamentos a respeito do afastamento administração pública da teoria do ato administrativo. *Data vênia*, não se pode concordar.

Ainda que modernamente venha se conferido um aspecto contratual ao direito administrativo sancionador em razão da inclusão de diversos instrumentos consensuais a disposição da administração pública, ao nosso ver, a administração não se afasta do ato administrativo ao celebrar contratos, dentre os quais se incluem os atos consensuais que serão explorados adiante.⁶²

Assim, sem se afastar do ato administrativo, este sub-ramo do direito se desenvolve em tempos mais recentes ainda sob um contexto amplo, no qual a atividade sancionadora está englobada dentro de políticas públicas de combate a ilicitude com vistas a atingir o interesse público em cada ramo de atividade.

Nesse contexto, destaque para a obra paradigmática de Alice Voronoff que apresenta propostas para a criação de uma teoria própria do direito administrativo sancionador. De acordo com a Autora, em posição acolhida nesse trabalho, o direito administrativo sancionador possui um forte viés instrumental, bem como possui como um

destaque, tendo em vista o que eles representam do ponto de vista quantitativo e qualitativo, em termos de produção da Administração Pública. Isto justifica a relevância da teoria do ato administrativo, relativamente aos seus elementos e pressupostos de validade. (Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.P. 89/90).

⁶² Ricardo Marcondes Martins, a quem nos filiamos sobre o tema do ato administrativo, ressalta que os contratos administrativos deveriam ser denominados de atos administrativos bilaterais, verbis: “Melhor seria se o signo ‘contrato’, não fosse utilizado na seara do direito administrativo. Realidades distintas devem receber denominações distintas. Porém, não há como ignorar os efeitos do uso reiterado do signo, da tradição linguística. A expressão “contrato administrativo” está consagrada pela tradição, e seria luta inglória pretender bani-la do léxico da disciplina. Assim, resta render-se, apesar da ambiguidade, à manutenção do signo e enfatizar: ele não se atrela à teoria dos contratos de direito privado; é, tão-somente, um rótulo, uma denominação atribuída aos atos administrativos bilaterais. ” (Estudos de direito administrativo neoconstitucional. Ed. Malheiros. São Paulo: 2015. p. 454/455).

de seus principais objetivos, integrar os atores ao sistema jurídico para que a aplicação da sanção evite o cometimento de novas infrações.⁶³⁻⁶⁴

Eis, portanto, a posição a que nos filiamos sobre o elemento central do direito administrativo sancionador: servir como política pública instrumental de defesa institucional para que não ocorra a infração. Supera-se assim a ideia de que a sanção administrativa era uma mera decorrência da infração. Nesse novo momento, a sanção passa a atuar com um duplo viés instrumental: sancionar para evitar nova sanção.⁶⁵

Nesse sentido é que a sanção não deve ser somente um ato administrativo punitivo, mas que sim um ato que proteja o interesse público violado pela infração cometida, inclusive se for somente em relação a interesses individuais dos particulares. Afinal, o atingimento do interesse público se revela como a atuação final da administração pública e, por permitir que atenda tanto a interesses coletivos, quanto a interesses

⁶³ Em obra paradigmática sobre o tema, Alice Voronoff apresenta propostas para a criação de uma teoria própria do direito administrativo sancionador, que analise se a sanção: “é uma reposta correta no contexto específico em que inserida e se foi calibrada (em tese e em concreto) de modo apropriado. Se ela é capaz de produzir os incentivos necessários ao alcance das finalidades buscadas a custos razoáveis, não apenas da ótica econômica, mas também material.(...) É por meio desse olhar que se deve refletir sobre a realidade brasileira. O direito administrativo sancionador no país carece de um discurso orientado a preocupações como as acima destacadas, não com vista à definição de um modelo único e ideal, mas de estratégias sancionatórias adequadas e possíveis aos diferentes contextos de atuação do Estado-Administrador (Direito administrativo sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum. 2018. P. 146).

⁶⁴. “Por exemplo: uma corporação disposta a cumprir a lei não deve receber o mesmo tratamento dispensado à associação que a representa se esta, ao contrário da empresa, adotar comportamento não cooperativo, voltado a incitar seus associados a resistir à regulação. Da mesma forma, uma postura de enfrentamento quanto a certo dirigente de companhia, recalcitrante quanto à adequação de sua conduta às normas, não impediria eventual relação amistosa do regulador com a empresa em si, orientando-a, inclusive, a adotar providências quanto ao referido gestor.” (*Ibid.* p. 146).

⁶⁵ “(...) a construção de uma boa política pública, lastreada em modelos regulatórios eficientes e operacionais, deve ser responsiva a tais cenários heterogêneos e cambiantes. Há quem busque lucro a qualquer custo; há quem atue por um senso genuíno de responsabilidade social; e há quem se comporte ora de uma forma, ora de outra. Daí que estratégias regulatórias unidimensionais e estáticas, baseadas ou em persuasão e autorregulação, ou apenas em punição, estão fadas ao insucesso. Enquanto as primeiras tendem a ser manipuladas por atores economicamente racionais, as segundas aniquilam o espírito cooperativo dos atores socialmente responsáveis.” (*Ibid.* pag. 140). E em seguida ressalta: “modelos predominantemente coercitivos tendem a operar como jogos de ‘gato e rato’. É que eles criam incentivos para que as empresas desafiem a regulação explorando suas lacunas, o que leva o Poder Público a responder com a edição de ainda mais regras e mais específicas (...).” (*Ibid.* pag. 141)

individuais, cada ator econômico ou social que interaja com a administração pública, terá um interesse público distinto a ser atendido pela administração.⁶⁶⁻⁶⁷

É por essa razão que o direito administrativo sancionador deve se desenvolver de forma individualizada para cada ator ou setor social que interaja com a administração pública. Em outros termos: modelos generalistas devem e podem ser evitados para que a aplicação da sanção não tenha resultados desastrosos, com caráter predatório ou perpétuo, e que no final não atenda ao interesse público que deveria proteger.

Portanto, a criação, aperfeiçoamento e aplicação de instrumentos que busquem trazer o infrator para dentro de uma política pública de aproximação do agente privado com a administração pública deve ser o objetivo do direito administrativo sancionador, que não pode servir como uma finalidade em si mesmo.⁶⁸

⁶⁶ Para fins deste trabalho, adota-se a posição de Luiz Roberto Barroso sobre interesse público: “Em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consoma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocadamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos. Mesmo quando não esteja em jogo um direito fundamental, o interesse público pode estar em atender adequadamente a pretensão do particular. É o que ocorre, por exemplo, no pagamento de indenização pelos danos causados por viatura da polícia a outro veículo; ou, ainda, no conserto de um buraco de rua que traz desconforto para um único estabelecimento comercial. O interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão.” (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Ed. Saraiva: 2015. 5ª Ed. Pag. 95).

⁶⁷ Nesse mesmo sentido, leciona Kleber Bispo dos Santos: “Por força do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, na ponderação efetuada pela Administração ou na ponderação e/ou revisão de ponderação feita pelo poder judiciário entre os interesses de apenas um particular e o interesse de muitos se dá uma primazia ao interesse de muitos. Todavia, isso não significa que sempre o interesse de muitos irá prevalecer; o interesse privado, pode, diante das circunstâncias, apresentar-se tão pesado que afaste o interesse coletivo; além disso, a prevalência do interesse público não deve atentar contra o núcleo essencial dos direitos fundamentais.” (SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de leniência da lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 100).

⁶⁸ Nesse sentido, são as palavras de Alice Voronoff para quem: “O direito administrativo sancionador, como o direito em geral, é instrumento do Estado Democrático de Direito a serviço de finalidades protegidas e previstas no ordenamento jurídico. Não se trata, portanto, de fim em si mesmo. Afirmar isso, contudo, não é óbvio nem irrelevante. Ao menos no campo do direito

Eis, portanto, a leitura que deve ser conferida a atividade sancionadora da administração pública no processo administrativo sancionador perante o BACEN, cujo regime jurídico administrativo será pormenorizadamente analisado nos capítulos seguintes.

Nunca é demais lembrar que um processo administrativo cuja a conclusão seja a sanção do administrado é prejudicial para todos os atores envolvidos. Afinal, a administração pública poderá ficar anos para conferir a efetividade de sanções através da movimentação da máquina administrativa e judiciária, hipótese na qual irá incorrer em custos que poderiam ser aplicados em políticas públicas que efetivamente trariam benefícios à população. Já o particular, destinatário final da atuação da administração, poderá permanecer por longo tempo sob medidas que geram aflição ao bem-estar de qualquer homem médio e que colocam em risco seu patrimônio e seus direitos civis.

Pretendeu-se demonstrar nesse capítulo o cenário do direito administrativo sancionador no pós-1988 e as vertentes a serem defendidas nesse trabalho. Em seguida, passaremos a tecer algumas breves considerações a respeito do processo administrativo sancionador que está englobado dentro do regime jurídico abordado nesse capítulo e que constitui um dos temas centrais da Lei nº. 13.506/2017.

2.4. *O processo administrativo sancionador*

Como já visto na parte inicial desse trabalho, o processo administrativo é um dos elementos essenciais do direito administrativo sancionador, na qualidade de instrumento de defesa e garantia dos administrados. Através desse instrumento, em caso de aplicação de penalidade pela administração pública, o particular terá direito a um

administrativo sancionador. É que, na literatura especializada, embora não se negue expressamente esse caráter instrumento, ele é usualmente negligenciado em função de construções teóricas que sugerem ser a sanção administrativa ora uma espécie de poder-dever implícito extraído do conjunto de competências da administração pública, ora uma resposta automática e necessária do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração; ou até uma decorrência do “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado. Como se fosse um mal necessário.” (op. cit. p. 103).

processo no qual o devido processo legal com contraditório e ampla defesa estarão assegurados.

Por essa razão, bem como pela existência de lacunas na lei e na doutrina sobre o tema, dedicamos este capítulo para tratar exclusivamente do tema, com o objetivo de esclarecer as diretrizes que devem nortear a aplicação da Lei nº. 13.506/2017 pelo administrador público.

A importância do processo administrativo como instrumento de defesa de garantias constitucionais, deve considerar que até pouco tempo esse instrumento não era majoritariamente reconhecido pela doutrina, que defendia ser o processo mecanismo exclusivo do poder judiciário, enquanto a esfera administrativa se limitava a realizar procedimentos.⁶⁹

José dos Santos Carvalho Filho, em posição acolhida nesse trabalho, esclarece que não obstante o processo judicial gozar de maior notoriedade há outras categorias de processo como o administrativo e o legislativo. De acordo com o Autor, o processo é instrumento da função estatal e não exclusivamente da função jurisdicional, que se exterioriza toda vez que a função estatal buscar um objetivo final como a sentença, a lei ou o ato administrativo.⁷⁰

⁶⁹ A respeito da relação entre processo e jurisdição, as palavras de José Roberto Bedaque são irretocáveis, verbis: “Tem-se, portanto, como direito processual aquele conjunto de princípios e regras que regulam o exercício da jurisdição, da ação, da defesa e do processo. Essas normas estão dispostas na Constituição Federal, nas Constituições estaduais, no Código de Processo Civil, em leis extravagantes e nas leis estaduais de organização judiciária. É a noção de direito processual determinada por seus elementos fundamentais, suficiente para distingui-lo do direito material.” (Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 11)

⁷⁰ “O processo costuma ser qualificado como instituto típico da função jurisdicional ou, na preferência de alguns processualistas, como instrumento da jurisdição. Através do processo é que os juízes exercem seu poder jurisdicional e, como regra, decidem os litígios entre as partes. A relação jurídica, todavia, na qual sobressai o desempenho da função jurisdicional é o processo judicial, que, sem embargo de ser o mais notório (e clássico, pelas antigas e ultrapassadas noções jurídicas), não é a única modalidade de processo (este considerado como categoria jurídica). É bastante usual ouvir-se a afirmação – de todo equivocada – de que o processo é o instrumento da jurisdição, como se fora essa a única forma de sua exteriorização. O que é instrumento da função jurisdicional é – isto sim – o processo judicial, que não exclui, como é óbvio, a existência de outras categorias de processo. A subcategorização do processo deve fundar-se na natureza da função estatal básica que nele é exercida. Se a função primordial exercida no processo é a legiferante, estaremos diante do processo legislativo, e nele estará também presente relação

Ricardo Martins ressalta que desde a CRFB de 1988, a ideia de vinculação do processo à jurisdição encontra-se superada e o processo administrativo é elemento essencial, tanto dos temas que norteiam a aplicação de sanção administrativa, quanto da própria atuação da administração pública.⁷¹⁻⁷²

jurídica entre vários agentes e órgãos, desta feita de caráter político, cujas atividades, desenvolvidas em sequência previamente determinada, têm por escopo a promulgação da lei. Assim como a sentença é o objetivo final do processo judicial, a lei é o fim último do processo legislativo.⁷⁸ Por outro lado, se a função é a administrativa, a relação jurídica traduzirá processo administrativo, sendo, da mesma forma, inafastáveis as características do processo em geral – de um lado, as atividades sequenciadas produzidas pelos figurantes da relação jurídica e, de outro, o objetivo final a que se destina. Como na via administrativa as autoridades não desempenham função jurisdicional, poderia supor-se (como supõem erroneamente alguns, já alertamos) não ser muito técnica a denominação processo administrativo. Contudo, tanto quanto o processo judicial, que visa a uma decisão, o processo administrativo tem igualmente objetivo certo, no caso a prática de ato administrativo final” (Manual de direito administrativo, 27ª. ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Atlas, 2014 P. 1112/1113).

⁷¹ “Com a Constituição de 1988 o tema recebeu novos ares. O constituinte não deixou dúvidas de que o termo processo não se restringe ao judicial. O processo administrativo é mencionado em diversos dispositivos do texto constitucional: art. 5, LXXII, “b”; art. 37, XXI; art. 41, §1º, II; art. 217, §2º; art. 247, parágrafo único; art. 26, §2º, do ADCT. O direito positivo, assim, obrigou, ao menos no Brasil, a uma revisão por parte da doutrina majoritária. A partir da promulgação do texto, por imposição constitucional, processo não é mais um instituto apenas da função jurisdicional. Esse – segundo Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari – é o critério normativo para adoção da expressão. Nessa nova fase, ninguém mais na doutrina nacional nega a aplicação do termo ao direito administrativo. Cada doutrinador, no entanto, passou a usá-lo com significado distinto, em completa falta de sintonia conceitual. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de direito administrativo neoconstitucional. Ed. Malheiros. São Paulo: 2015. p. 296/297).

⁷² Infeliz ressalva deve ser feita ao ensino jurídico, onde ao nosso ver o equívoco permanece. Na maior parte das faculdades de direito, a teoria geral do processo é estudada sob o enfoque do processo civil. O resultado disso é evidente e catastrófico: a formação dos juristas brasileiros é voltada para o processo civil, notadamente o processo contencioso. Ignora-se no ensino jurídico a importância de outras esferas processuais como o processo administrativo, legislativo e tributário. Assim, partindo do pressuposto que o processo civil nasceu para resolver conflitos decorrentes da relação civil, ou seja, entre particulares, sua base teórica se revela inaplicável as relações entre Estado e seu povo, tratadas pelo direito administrativo. Mas não é só. O ensino voltado ao processo civil fez com que esse instrumento passasse a ser visto por muitos juristas de inegável conhecimento jurídico como ramo autônomo do direito. Por isso é que, ciência sofisticada, o processo civil gera inúmeras respostas a uma pretensão posta em juízo, todas elas periféricas, epidérmicas, sem exame do mérito. Ou seja: o processo termina e o conflito continua, com certeza mais agravado ante a decepção de quem acreditou numa solução ditada pelo Judiciário. Essa é a situação presente. A sociedade demandista se submete à cultura do litígio, com cerca de cem milhões de processos para duzentas milhões de pessoas. Não se pretende aqui fazer uma crítica ao processo como instrumento de garantias aos administrados e jurisdicionados. Faz-se sim uma crítica a patologia causada pelo sufixo ‘-ismo’, que designa uma situação de intoxicação ou acolhimento extremo de movimentos sociais ou ideológicos. É o que no meio jurídico utilizamos para fazer referência a termos como processualismo e formalismo, que designam a existência excessiva de soluções processuais e de forma, em detrimento de soluções que alcancem o direito propriamente dito.

Apesar do processo administrativo ter ingressado no cenário jurídico desde a constituição de 1934, como ensina Romeu Bacelar Filho, foi somente na CRFB de 1988 que o tema ganhou notoriedade e deixou de ser instrumento que se aplicava no âmbito administrativo somente ao processo disciplinar.⁷³

Assim, desde a CRFB de 1988 o processo administrativo passa de simples instrumento dos processos disciplinares para a qualidade de direito fundamental, esculpido no art. 5º, LIV e LV da CRFB e instrumento de defesa do particular em face de qualquer atuação da administração pública.⁷⁴

Ressalta-se que o processo administrativo sancionador é somente uma das faces que esse instrumento pode vir a revelar. Há outras formas de eventualmente classificarmos o processo administrativo como, por exemplo, o processo administrativo disciplinar e o processo administrativo tributário.⁷⁵

⁷³ “O processo administrativo ingressou nos textos constitucionais mediante a consagração de um regime processual disciplinador da perda do cargo dos servidores públicos. Assim foi na Constituição de 1934 (processo administrativo regulado por lei, e no qual lhes será assegurada ampla defesa – art. 169); na Constituição de 1937 (art. 156, c); na Constituição de 1946 (processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa); na Constituição de 1967 (art. 103, II) e na Emenda 1/69 (art. 105, II). A variação ocorria nas condições exigidas para proteção constitucional dos servidores, no adjetivo anteposto ao processo administrativo (plena defesa, ampla defesa...). Todas referiam-se, no entanto, à exigência de processo administrativo somente para a hipótese de perda do cargo. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. V. 5. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 457).

⁷⁴ De outro lado, a Carta Magna inovou ao dispor no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), art. 5º LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Do ponto de vista da incidência das duas regras sobre o processo administrativo, de uma rápida leitura percebe-se que a do art. 5º, LV, tem campo de abrangência mais amplo que a do §1º do art. 41. Enquanto naquela está assegurado o processo administrativo com contraditório, ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes para todos os litigantes e acusados, nesta, assegura-se o processo administrativo com ampla defesa para o servidor público estável diante da perda do cargo. Por sua vez, o princípio do devido processo legal foi expressamente consagrado no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. ”. O art. 5º LV, situa o processo administrativo como garantia constitucional, fixando verdadeira regra geral de conteúdo (contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes) e de previsão de exigibilidade (em face de litigantes ou acusados). (*Ibid.* p. 459)

⁷⁵ Nesse sentido, acolhemos os dizeres de Marily Diniz do Amaral Chaves, para quem, “Dentre as classificações adotadas pela doutrina, temos que as espécies mais conhecidas de processo administrativo são: o processo administrativo disciplinar, o sancionatório e fiscal tributário. O

Outro tema elementar para se compreender o processo administrativo sancionador nos dias atuais e que frequentemente é abordado pela doutrina diz respeito a competência legislativa sobre o tema estabelecida pelos artigos 22, I e 24, XI da CRFB, que consequentemente estabelecem competência privativa da União para legislar sobre direito processual e competência concorrente entre União, Estados e Distrito federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual.

Romeu Felipe Bacelar identifica que a questão da competência para legislar sobre direito processual é da União desde a Constituição de 1946, de modo que o diploma constitucional atual inseriu como novidade o tema do procedimento em matéria processual. A questão da competência legislativa em direito processual passa a ter um cenário mais complexo, principalmente quando se percebe que o direito administrativo não está inserido de maneira *latu sensu* na distribuição de competências, mas somente de maneira *strictu sensu* através de algumas de suas matérias típicas como licitação (art. 22, XXVII) e desapropriação (art. 22, II).⁷⁶

processo administrativo disciplinar é o instrumento utilizado pela Administração Pública para apurar fatos que ensejam punições graves aos servidores, mediante as garantias do contraditório e da ampla defesa. (...). Processo sancionatório é o instrumento utilizado pela Administração Pública para apurar condutas ilegais praticadas pelo particular, que ensejam sanções ou causem prejuízo ao interesse do administrado. Processo administrativo tributário tem por finalidade a apuração e exigência ou dispensa do crédito tributário ou ainda sanções pelo descumprimento das obrigações tributárias principais ou acessórias. ” (Processo administrativo: conceito, princípios gerais, fases e modalidades. In Teoria geral do processo administrativo / Mônica de Almeida Magalhães Serrado. Alessandra Obara Soares da Silva (organizadoras) 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2013. P. 30).

⁷⁶ “Desde a Constituição de 1946, a União titulariza competência privativa para legislar sobre direito processual. Nova na Constituição de 1988 é a afirmação da processualidade administrativa e da competência legislativa concorrente em tema de procedimentos em matéria processual. O direito processual do art. 22, I da, CF/1988 não abrangia, nas Constituições anteriores, o processo administrativo, ante a inexistência de regra geral como o art. 5º, LV, da atual Carta Constitucional. Nas Constituições anteriores, como na atual, o art. 22, I, também não inclui o direito administrativo. Aliás, o direito administrativo não integra a expressa repartição de competência. Não será encontrado na competência exclusiva e privativa da União (arts. 21 e 22 respectivamente), na competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24), ou na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23), menos ainda na competência dos Municípios (art. 30). A Constituição insere determinados institutos de direito administrativo ora na competência legislativa privativa da União (...), ora na competência legislativa concorrente (...), ora na competência exclusiva da União. (op. cit. p. 478/479).”

Assim, conclui o Autor que o direito administrativo como matéria jurídica – tanto material, quanto processual – não se encontra inserido no arcabouço de competências instituído pelo texto constitucional – como se encontra o direito civil, por exemplo – razão pela qual o tema da competência legislativa se torna complexo e não uniforme.⁷⁷

Acrescente-se a isso que a CRFB de 1988 marcou o processo de descentralização do Estado e criação de agências reguladoras, além de órgãos e autarquias independentes como por exemplo os Tribunais de Contas e Procons através de legislações que buscam criar instrumentos de controle estatal de múltiplas competências, todos com poder de sancionador. Resultado desse processo é a existência atual de situação confusa

⁷⁷ “A incursão pelo conjunto de regras integrantes do Título III – Da Organização do Estado – prova a inexistência de regra genérica a respeito da competência legislativa em direito administrativo, e sim em desapropriação, licitação, concessão, e assim por diante. O direito administrativo material não está incluído no art. 22, I, da CF/1988; da mesma forma, o direito administrativo processual. Nesta linha de raciocínio, também não se pode aceitar a incidência do art. 24, XI, da CF / 1988 nos procedimentos em matéria processual administrativa. O art. 24, XI da Lei Maior só faz sentido quando aplicado de forma conjunta com o art. 22, I. Assim como a União dispõe de competência privativa para legislativa sobre processo judicial (e logicamente sobre o procedimento do processo), o art. 24, XI, da CF / 1988 objetiva conferir competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar quando a competência jurisdicional for exercitada não nos moldes do processo, mas do procedimento, vale dizer, quando a Constituição não exige o contraditório e a ampla defesa. Os Municípios não participam dessa competência concorrente justamente porque não há previsão de justiça municipal. Com esse raciocínio, não se nega a existência do direito administrativo processual, mas se afirma. A distribuição de competências do direito administrativo é fenômeno complexo na Constituição de 1988, deduzido a partir de um texto que privilegia de forma separada os vários institutos administrativos, mas enfocando-os unitariamente (na sua dupla face: material e procedimental / processual). (*ibid idem*).

em termos de organização e competência administrativa, como esclarece Sérgio Guerra em obras famosas.⁷⁸⁻⁷⁹⁻⁸⁰

Diante desse cenário, a Lei nº. 9784/1999 foi editada como uma tentativa de uniformizar o processo administrativo no país. Como lecionam José dos Santos Carvalho Filho e Juliana Bonacorsi de Palma, não obstante essa lei não incidir em face

⁷⁸ “ A atuação estatal alargou-se, e muito, desde a edição do Decreto-Lei 200/67 (Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências). Surgiram, no Brasil, inúmeras formas e categorias organizativas da Administração Pública, seja por meio de normas legais, seja por meio de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações diretas sobre a constitucionalidade de leis federais e estaduais. A situação acaba por criar certa confusão acerca dos modelos estatais atualmente em vigor, trazendo, em muitas situações, uma desorientação sobre as formas organizativas da Administração e, assim, insegurança jurídica nas relações do Estado com a sociedade. (GUERRA, Sergio. *Agências Reguladoras: da Organização Piramidal à Governança em Rede*. Belo Horizonte: Fórum, 212. P. 76).

⁷⁹ “O que constatamos na presente pesquisa é que o Brasil se encontra numa fase confusa, em termos de organização administrativa. São diversas situações, pouco compreensivas, ora criadas por novas legislações ordinárias, ora criadas por decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade de leis federais (Ibid. p. 226).

⁸⁰ “Ademais disso e diante de um furacão normativo – inflação legiferante – com inúmeras remissões a outras regras, que transforma o operador do direito em ‘jurista detetive’, já se registrou nessa obra que a lei (i) não consegue tudo prever diante das necessidades, complexidade e características da sociedade contemporânea multiclasse; (ii) é, em muitos casos, e em vista dos acordos e disputas entre partidos políticos e parlamentares, elaborada, propositadamente ou não, de maneira ambígua; (iii) muitas vezes é mal redigida, como se estivesse ‘o direito em estado gasoso’, provocando imprecisões e dificuldades para a aplicação do caso concreto; e (iv) contém inúmeras cláusulas gerais e inúmeros conceitos jurídicos indeterminados, nem sempre indispensáveis, que somados, conduzem a escolhas administrativas discricionárias e arbitrárias. Tudo isso contribuiu para ampliar a cada dia os espaços para as escolhas administrativas e, em igual ou maior escala, traz imprevisibilidade decorrente das decisões do Executivo e consequente insegurança jurídica. ” (GUERRA, Sérgio. “Discricionariedade, Regulação e Reflexividade – Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas” Ed. Fórum. 2015. P. 303).

dos estados e municípios, percebe-se uma iniciativa de buscar unidade processual em matéria administrativa⁸¹⁻⁸²

Mais recentemente, a introdução de dez novos artigos à LINDB incorporou robustez à legislação que cerca o tema com “regras de interpretação para guiar a aplicação do direito público”, como escreve Irene Nohara em uma das primeiras obras sobre a inovação legislativa⁸³.

Esses dispositivos legais, possuem o objetivo de nortear a atuação da administração pública, principalmente na sua atuação sancionadora e obviamente haverá por influir na aplicação do processo administrativo sancionador das instituições

⁸¹ “No Direito brasileiro, não há sistematização uniforme para o processo administrativo, como existe para o processo judicial. Algumas regras sobre aspectos do processo administrativo, como competência, prazos, requisitos etc., se espalham em diversos diplomas legais e até por atos administrativos normativos ou de organização como os decretos, regulamentos, regimentos e outros. Por isso, não se pode esperar uma rigidez absoluta para os processos administrativos. Entretanto, devem o intérprete e o agente administrativo incumbido do processo atentar primeiramente para os princípios norteadores da atividade administrativa em geral, isso sem deslocar sua atenção também para as regras legais ou regulamentares que possam disciplinar o processo. Em suma: mesmo sem sistematização uniforme, o processo administrativo recebe o influxo de princípios e normas jurídicas para que seja possível a sua conclusão dentro das regras gerais de direito. O Governo Federal, em boa hora, fez editar a Lei 9.784, de 29.01.1999, estabelecendo as regras para o processo administrativo e instituindo um sistema normativo que tem por fim obter uniformidade nos diversos expedientes que tramitam nos órgãos administrativos. A lei, todavia, tem caráter tipicamente federal, ou seja, destina-se a incidir apenas sobre a Administração Federal. Dentro desta, a disciplina é aplicável no âmbito da Administração direta e indireta e também aos órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União. Embora destinada somente ao Governo Federal, já é um início de uniformidade normativa, o que muito facilita os administrados. Estados e Municípios deveriam trilhar o mesmo caminho, instituindo, pelas respectivas leis, sistema uniforme de processo administrativo em suas repartições” (CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de direito administrativo, 27ª. ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Atlas, 2014, págs. 984/985).

⁸² “Assume o processo administrativo cada vez maior centralidade no direito administrativo, principalmente, após a edição da Lei federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999). Seu maior efeito reside na uniformização da atuação administrativa, com o reconhecimento de um *iter* geral no qual a decisão administrativa é racionalmente formada. O processo administrativo sancionador encontra-se especificado, via de regra, no regimento interno da correspondente agência reguladora, o qual disciplina também outros procedimentos em espécie, como o processo administrativo de outorga. Dessa forma, há a diminuição da discricionariedade, pela previsão de procedimentos sancionadores específicos conforme o setor regulado, dada a presença de maiores formalidades para a tomada de decisão no processo.” (Sanção e acordo na administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 95)

⁸³ NOHARA, Irene Patrícia. LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018. Pg. 1

financeiras perante seus respectivos órgãos de controle, cujo regime jurídico encontra-se inserido dentro da esfera do direito administrativo.

Assim, temos que a introdução na LINDB dos artigos 20 a 30, através da Lei nº. 13.655/2018, acrescentou normas que afetam a invalidação dos atos administrativos, notadamente aqueles que possuem efeitos desfavoráveis aos administrados, onde se encontra o processo administrativo sancionador, como reconhece Renan Marcondes Facchinato.⁸⁴

Por exemplo, ao comentar o artigo 20 que trata da motivação das decisões com base em valores concretos e das consequências práticas da decisão, os i. publicitas Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas, ressaltam que a motivação obrigatória das decisões prevista na lei de processo administrativo federal ganha mais robustez e aumenta o grau de exigência do aplicador da norma.⁸⁵

Entretanto, uma reforma mais profunda que de maneira definitiva uniformizasse o processo administrativo no Brasil, careceria de inevitável reforma constitucional dotada de ampla discussão jurídica e social.

⁸⁴ “Enfim, em 2015, foi proposto, no Senado Federal, o Projeto de Lei 349/2015, posteriormente recebido na Câmara dos Deputados sob o n. 7.448/2017, cujo objeto consistia na proposta de inclusão, no Decreto-lei 4.657/1942, de “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público”. Referido projeto foi aprovado e convertido na Lei Federal 13.655, de 24.4.2018, que incluiu, na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, as normas inseridas nos arts. 20 a 30 que dispõem sobre o exercício das competências decisórias afetas à interpretação e aplicação da lei em matérias de direito público, notadamente no que tange à invalidação de atos administrativos”. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.) / FACCHINATO, Renan Marcondes. *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 586).

⁸⁵ “Cuida-se de uma motivação para além da exigida pelo disposto no art. 50 da Lei nº. 9.784/1999. A prescrição que ora se comenta é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição. (Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019. p. 37).

Somente assim, ao que nos parece, seria possível alcançar a proposta da i. Professora Ada Pellegrini Grinover, que ao buscar maior unicidade legislativa ao tema do processo administrativo, propõe a criação de um código modelo com o objetivo de compilar princípios fundamentais e regras gerais que sejam passíveis de aplicação geral.⁸⁶

Enquanto aguardamos que forças mais robustas tratem da matéria, para fins deste trabalho, temos que a edição de lei que trate do processo administrativo das instituições financeiras é de competência da União, por força do artigo 192 da CRFB, bem como em razão da natureza federal do BACEN, conforme será tratado pormenorizadamente nos capítulos seguintes.

Por fim, conceituamos processo administrativo sancionador como o conjunto de atos administrativos capazes de gerar resultados desfavoráveis na esfera jurídica do administrativo. Adota-se assim a reunião de conceitos de processo administrativo para Celso Antônio Bandeira de Mello e seus efeitos quanto a esfera jurídica do administrado de acordo com a classificação realizada por Ricardo Marcondes Martins.

De acordo com Celso Antônio o processo administrativo é “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e

⁸⁶ A finalidade de um Código Modelo reside na compilação de princípios fundamentais e regras gerais que, com as adaptações necessárias a cada Estado, sejam passíveis de aplicação em todos os sistemas jurídicos que consagrem o Estado de Direito. Os códigos modelo não são novidade no espaço ibero-americano. Em 1967, nas Jornadas de Caracas e Valencia na Venezuela, surgiu a idéia de confecção de dois projetos de normas processuais com o objetivo de servirem de orientação às reformas legislativas a serem promovidas nos países latino-americanos. Iniciava-se, então, com o trabalho de juristas e comissões, a elaboração dos Códigos modelo de processo civil e processo penal. Em 2004, o Instituto Ibero-americano de Direito Processual, nas IXI Jornadas de Caracas, aprovou o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, e, em 2008, nas XXI Jornadas Ibero-Americanas, de Lima, aprovou-se o Código de Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero-América. O Código Modelo de Processos Administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América foi aprovado pela Assembleia Geral do Instituto Ibero-americano de Direito Processual por ocasião das XXIII Jornadas Ibero-americanas, ocorridas em Buenos Aires, em junho de 2012, cujo projeto fora concluído por Comissão da qual participaram os brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Ricardo Perlingeiro e Odete Medauar. Trata-se de proposta acadêmica bastante arrojada, não obstante os seus princípios e regras tenham sido construídos a partir da experiência recente de sistemas nacionais ibero-americanos e europeus. Destacam-se a seguir alguns dos seus tópicos, justamente os de maior impacto no direito brasileiro. (GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América.” *In* Revista de Processo. 2013. N°. 221. p. 177.183).

conclusivo”⁸⁷. Já para Ricardo Martins a classificação de efeitos desfavoráveis ao administrativo é a que mais precisamente define os efeitos do ato administrativo em relação a esfera jurídica dos administrados⁸⁸.

Este é o conceito de processo administrativo que deve nortear a administração pública na aplicação de sanções às instituições financeiras, cujo conceito e relação com o regime jurídico administrativo, serão pormenorizadamente expostos no capítulo seguinte.

⁸⁷ Curso de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo. Malheiros: 2019. p. 449.

⁸⁸ Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. op. cit. p.150.

3. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Conforme exposto na introdução, dentre os principais objetivos desse trabalho está a identificação do regime jurídico sancionador das instituições financeiras perante o BACEN, bem como os problemas decorrentes da edição da Lei nº. 13.506/2017 que regula esse regime jurídico.

Deste modo, antes de ingressarmos pormenorizadamente nos dispositivos da Lei nº. 13.506/2017, faz-se necessário estabelecer alguns conceitos e recortes no sentido de delimitar as análises que serão realizadas nos capítulos seguintes.

Por essa razão, passaremos nesse capítulo a apresentar o conceito de instituição financeira, o que obviamente afeta os destinatários da Lei nº. 13.506/2017. Além disso, apresentaremos as principais diretrizes regulatórias, que permitem com que o BACEN possua poder de controle sobre essas instituições. Por fim, demonstraremos como as instituições financeiras se relacionam com o regime jurídico do direito administrativo.

3.1. Conceito e delimitação

Infelizmente a história da atividade financeira não possui extensa literatura. De acordo com as lições de Lauro Muniz Barreto, há apenas indícios de que o início dessa atividade tenha ocorrido à época na qual o código de Hamurabi foi escrito, ou seja, na sociedade babilônica, por volta do século XVIII a.c., na Mesopotâmia.⁸⁹

⁸⁹ “Infelizmente, as notícias históricas sobre os Bancos e seu comércio são incompletas, podendo-se afirmar que até a presente data ninguém estará inteiramente elucidado sobre a atividade dos Bancos. As notícias são falhas, entretanto, elementos esclarecedores existiram, sem qualquer dúvida, conhecendo-se fatos e atos que impregnaram e inspiraram todo o movimento geral da economia bancária, embora pouco se conheça sobre a técnica bancária dos fenícios a não ser o fato destacado da importância histórica da invenção do alfabeto. (...). É bom ter-se presente que o Código de Hamurábi foi descoberto em janeiro de 1902, durante os trabalhos da missão arqueológica francesa dirigida por DE MORGAN. Aconteceu que, durante as escavações executadas nas proximidades de Lusi, antiga persépolis, localizou-se aquele Código, esculpido em escritura cuneiforme sobre uma estrela de diorite negra. O escrito foi, incontinenti, decifrado e traduzido em alemão pelo assirólogo tedesco, WINKLEN. Esta peça notável se encontra no Museu do Louvre, em Paris. Outros documentos foram descobertos na mesma ocasião relativos aos Reis AMMIDITONA e AMMIZADUGA da primeira dinastia babilônica. Tais documentos

O autor ainda esclarece que há ainda inúmeros registros de que até o século XIX, a atividade bancária teria sido fortemente regulada pela igreja, que combatia operações de crédito em determinados momentos históricos. Somente a partir do século XIX é que se percebe claramente, já nos Estados modernos, a existência de sistemas financeiros que contemplam operações de crédito.⁹⁰

No Brasil, Barreto esclarece que até o presente momento não houve definição do conceito de banco. Essa posição, ainda que escrita à luz do sistema constitucional anterior, permanece até os dias atuais, como será visto adiante. De acordo com o Autor, seriam insuficientes os dispositivos legais existentes até então, no artigo 3º da Lei nº. 14.728/21 (regulamento para fiscalização das casas bancárias) e no artigo 19 do Código Comercial de 1850.⁹¹

nos trouxeram ao conhecimento a comprovação da prática de empréstimos de dinheiro e do depósito de mercadorias em armazéns, reembolsáveis ao portador, conforme o modelo de recibo expedido pelo credor.” (Direito Bancário. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito Ltda. 1975. p. 3/4).

⁹⁰ Após extensa exposição sobre o tema da regulação exercida pela Igreja, o Autor conclui que “verifica-se, deste modo, a permanente atitude combatível da Igreja contra as operações de mútuo, destacando-se a tradicional orientação de não poder ser remunerado, por atentar contra os postulados da Igreja e contra as palavras de CRISTO, no Sermão da Montanha. 4-O panorama do direito vigente assinada suas correntes, a partir do século XIX, aceitando uma a licitude dos interesses, ou seja, o sistema da liberdade e legitimidade do empréstimo a juro. Ao lado desse existe o sistema do Código Civil Uruguaio (artigo 2.206), o da Lei Boliviana de 5/11/1840 e do Código Civil Italiano de 1865 (artigo 1.284), além da Lei Belga de 5/5/1965, e do Direito Espanhol. (ibid. p. 8).

⁹¹ “Em nosso país, o conceito de Banco não teve ainda nenhuma solução, quer doutrinária, quer legislativa. Nem concorre para qualquer esclarecimento a interpretação fiscal, sempre exagerada e arbitrária, ao considerar como privativas de Bancos, todas as operações do artigo 3.º da Lei n. 14.728, de 1921. Sob color de repressão de atividade bancária irregular, punem-se centenas de indivíduos, só porque realizaram alguns empréstimos a jutos, mútuos sob hipoteca, ou porque operaram com promissórias, letras de câmbio etc. Já resolveu, porém, o Supremo, que não deve o Juiz ampliar a lei, a ponto de abranger casos que ela não compreende em sua letra e em seu espírito, máxime em matéria de multa, de natureza repressiva, e que o comércio bancário não se estabelece pelo só fato de alguém efetuar alguns negócios de Bancos, como o desconto de títulos. Num caso que está na Revista Forense de outubro de 1943, Volume 96, mais uma vez a Justiça teve de impedir que o fisco deformasse os preceitos da Lei n. 14.728, por uma extensão arbitrária. Confirmou em seu voto o ilustre Ministro Orozimbo Nonato, o ponto de vista do Juiz, de que a lei visa o mutante profissional, e não o que pratica atos isolados, de empréstimos eventuais, em que não se encontra a habitualidade característica da profissão, aplaudindo também a sentença, quando traçou os limites da atividade bancária, que “é movimentação de crédito bancário, consistente no recebimento do dinheiro de uns, para colocação em mãos de outros”. (...) O nosso Código Comercial, no artigo 19 – um dos três incisos em que se fala da atividade bancária -,

Nelson Abraão reconhece que o sistema intervencionista sobre a atividade financeira data da norma nº. 14.728/1921, entretanto, há apenas um marco regulatório constituído a partir da Lei nº. 4.594/64 que rege o sistema financeiro nacional e apresenta a definição de instituição financeira.⁹²

Assim, de acordo com o artigo 17 da Lei nº. 4.594/64, o conceito de instituição financeira seria:

“Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual. ”

A terminologia ‘seria’ incluída no parágrafo anterior, tem uma razão proposital: a doutrina majoritária, com razão, rejeita o conceito supracitado em razão dos resultados desastrosos que sua aplicação literal poderia acarretar.

É o que se percebe pelas palavras de Ivo Waisberg, para quem nos termos expressos pelo supracitado dispositivo legal, qualquer pessoa que praticasse as atividades

apenas declara: “São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco” (*ibid.* p. 23/24)

⁹² “O sistema intervencionista em matéria de bancos, entre nós, data de 1921, tendo sido implementado pelo Decreto n. 14.728, de 16 de março. Sucedeu-o o Decreto-lei n. 7.923, de 2 de fevereiro de 1945, que criou a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), alterado pelo Decreto-lei nº. 9.140, de 5 de abril de 1946, até chegar-se à atual Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que “dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional”. Transformou a antiga Superintendência da Moeda e do Crédito em autarquia federal, sob a denominação de Banco Central do Brasil. Essa lei, que rege o Sistema Financeiro Nacional, constituiu-o basicamente do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central do Brasil, do Banco do Brasil S/A/, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e das demais instituições financeiras públicas e privadas. ” (Direito Bancário. 12ª Ed. atual por Carlos Henrique Abraão. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 39/40)

ali previstas sem autorização do BACEN, tal como determina o artigo 18, estaria sujeito as penalidades administrativas pelo órgão regulador.⁹³

No mesmo sentido, Eduardo Salomão Neto explica que a amplitude do conceito deixaria poucas atividades fora do conceito de instituição financeira e que todas as empresas aplicam no mercado financeiro recursos que recebem pela sua atividade típica, seja ela qual for.⁹⁴

Registre-se que muitas das atividades previstas na lei, também são realizadas cotidianamente por pessoas físicas economicamente ativas e sem que haja necessariamente uma pretensão empresarial. É o que se verifica, por exemplo, da atividade, “aplicação de recursos financeiros” prevista no *caput* do supracitado artigo.

Afinal, assim como fazem as pessoas jurídicas, é público e notório que o homem médio da sociedade aplica no mercado financeiro os recursos que recebe por seu trabalho. Aplicar à essas pessoas o mesmo tratamento conferido às instituições financeiras, seria um contrassenso jurídico.

⁹³ “O texto do artigo lido puramente indica que qualquer pessoa física ou jurídica que colete, ou intermedeie, ou aplique recurso próprio ou de terceiro de forma eventual ou permanente como atividade principal ou acessória está praticando ato privativo de instituição financeira. Isto é, qualquer um que colete, intermedeie ou aplique recursos sem autorização do BACEN está infringindo a lei. Obviamente, não poder ser assim, sob pena de inviabilizar-se o mercado financeiro e as atividades empresariais.” (Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comerciais: regimes especiais: intervenção, liquidação extrajudicial, regime de administração temporária – RAET. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. pag. 34).

⁹⁴ “A definição de instituição financeira dada pelo artigo 17 da lei nº. 4.595/64 é desmesuradamente ampla e, se interpretada literalmente, em seu sentido puramente gramatical, poucas atividades escapariam da reserva aberta em favor das assim chamadas instituições financeiras. De fato poucas são as atividades que não envolvem a coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros. Todas as empresas aplicam no mercado financeiro os recursos coletados através do exercício de sua atividade, emprestando-os, como forma de manter o valor e obter rentabilidade sobre seu capital de giro. Ao fazerem isso, estariam intermediando a aplicação de recursos, acessoriamente a sua atividade empresarial, e deveriam – pela estrita interpretação do artigo 17 da Lei nº. 4.595/64 – ser consideradas instituições financeiras. O mesmo ocorre sempre que uma empresa capta empréstimo para pagar salários ou adiantamento de salários de funcionários, ou que uma sociedade capta recursos junto ao público investidor através da emissão de debêntures ou ações. (Atividade Privativa de Instituição Financeira. São Paulo. 1998. p. 23 – Tese de Doutorado – Fadusp).

A própria jurisprudência, anterior ao texto da Lei nº. 4594/64 já inseria a habitualidade na prática de operações bancárias com o intuito de lucro como requisito para caracterização de instituição financeira, como esclarece Lauro Muniz Barreto ao comentar o acórdão proferido no Recurso 30.696, do 1º Conselho de Contribuintes de 1943. Esses requisitos não se encontram expressos na definição do art. 17 da Lei nº. 4594-64.⁹⁵

Diante disso, nos deparamos com uma problemática para fins de aplicação dos efeitos da Lei nº. 13.506/2017, qual seja, delimitar as pessoas destinatárias da legislação em relação ao processo administrativo sancionador no BACEN. Afinal, o artigo 2º é expresso no sentido de que a legislação se aplica “às instituições financeiras”, além das demais instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil e aos integrantes do Sistema Brasileiro de Pagamento.

Ainda que a legislação seja falha na conceituação de instituição financeira, entendemos que a doutrina usualmente apresenta elementos complementares com o objetivo de apresentar uma definição através da análise dos atos praticados pelas instituições financeiras.⁹⁶

É o que se constata pela classificação de Ivo Waisberg e Gilberto Gornatti em obra conjunta e pela definição de Roberto Quiroga Mosqueira. O acolhimento dos conceitos complementares desses autores, nos permite afirmar que a caracterização da pessoa como instituição financeira ocorre a partir da interligação, de forma habitual e com o intuito de lucro, de atos de captação (ou coleta) e repasse (ou aplicação) de valores

⁹⁵“Consideremos também a maneira pela qual a jurisprudência administrativa define e limita o conceito, em que se enquadram as operações bancária. O 1º Conselho de Contribuintes, em acórdão que proferiu em maio de 1943, no Recurso 30.686, deixou claro que a operação ou o comércio bancário se caracteriza pela habitualidade e movimentação do dinheiro com idéia de lucro. E o que caracteriza a habitualidade na prática das operações bancárias, é o volume dos empréstimos realizados e a sua natureza (Agravado de Petição 7890/41, do S.T.F.). Segundo essa jurisprudência, portanto, nem todo o empréstimo assume o caráter de operação bancária. Quem empresta esporadicamente dinheiro, mediante garantias de títulos, não está praticando operação bancária alguma, por faltar essa condição essencial de ‘habitualidade’, e ainda por não constituir um lucro ‘as garantias de título’” (op cit. p. 28)

⁹⁶ Situação semelhante ocorre na CVM, onde os destinatários da atividade de mercado de capitais regulados pela Lei nº. 6.385/76 são definidos através de sua atividade, conforme é possível verificar pela leitura do artigo primeiro da lei.

financeiros, capazes de gerar remuneração de ambos os lados, atividade esta que resulta naquilo que se conhece popularmente por *spread* bancário.⁹⁷⁻⁹⁸

A essa definição, acrescenta-se o extenso rol do art. 10 da Lei nº. 4595/64, que dispõe sobre as competências do BACEN. As pessoas que se encontrarem reguladas ou fiscalizadas pelo BACEN, invariavelmente serão enquadradas como instituição financeira para fins de Lei nº. 13.506/2017, dentre elas aquelas que se englobam no sistema brasileiro de pagamento, expressamente citadas no artigo 2º da lei sob exame.⁹⁹⁻

100

Eis, portanto, o conceito de instituição financeira adotado nesse trabalho para fins de aplicação da Lei nº. 13.506/2017. Em seguida, passaremos a explicar

⁹⁷ Nesse sentido, são as palavras de Ivo Waisberg e Gilberto Gornatti: “a classificação da instituição financeira dá-se, portanto, em razão dos atos praticados. Tal fato não indica que qualquer um que pratique esses atos, entendidos em seu conjunto como supra exposto, seja uma instituição financeira, pois pode tratar-se de outra entidade praticando um ato privativo e infringindo as legislações anteriormente apontadas. A instituição financeira é uma empresa que pratica esses atos de forma comercial, isto é, com habitualidade e intuito de lucro.” (Op. cit. 38).

⁹⁸ A citação acima é complementada pela definição dos atos das instituições financeiras realizada por Roberto Queiroga Mosqueira, *verbis*: “No mercado financeiro, a instituição financeira se intromete entre o cedente e o cessionário do crédito, viabilizando a mobilização na economia da poupança nacional. Quando capta valores junto ao público, a entidade financeira assume uma posição devedora perante o doador de recursos, já quando repassa os valores captados aos tomadores de crédito ela passa a integrar o polo credor da relação creditícia. Naquela revelam-se as denominadas operações passivas dos bancos, nestas revelam-se as operações ativas. Ao tomar recursos financeiros junto ao público poupador a entidade financeira acaba por remunerá-la com juros; ao colocar à disposição dos tomadores de crédito os respectivos recursos captados, estes, igualmente, a remuneram com juros. Da diferença entre os juros das operações passivas e os juros das operações ativas é que vivem as instituições financeiras. Costuma-se denominar tal ganho por *spread* bancário. Por sua vez, as relações de crédito passivas e ativas acima aludidas estão representadas por documentos, tais como, por títulos de crédito, contratos, valores mobiliários etc. (op. cit. p. 259)

⁹⁹ Como se constata pela leitura do art. 2º. da Lei nº. 10.214.2001 (regula a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro” – art. 1º), as entidades do sistema brasileiro de pagamentos não são necessariamente instituições financeiras, como é o caso, por exemplo, do emissor de cartão de crédito que se revela como intermediário entre o titular do cartão e o fornecedor de bens e serviços.

¹⁰⁰ Outra importante ressalva está na diferença entre bancos e instituições financeiras. Os bancos são apenas uma espécie das instituições financeiras, como afirmam Ivo Waisberg e Gilberto Gornatti, *verbis*: Dividiremos as instituições financeiras em: a) bancárias, que são as que possuem o poder de criar moeda, abrangendo os bancos comerciais e os bancos múltiplos (estes por possuírem uma carteira comercial); e b) não bancárias, que são os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as sociedades de crédito, financiamento e investimento, as sociedades de arrendamento mercantil, as cooperativas de crédito, as sociedades de crédito imobiliário e as associações de poupança e empréstimo.” (op. cit. P. 39).

brevemente como essas instituições são reguladas pelo BACEN. Afinal, a não observância de questões regulatórias fatalmente acaba por acarretar em processos administrativos sancionadores.

3.2. Aspectos regulatórios

Em um país com inúmeros problemas de ordem econômica como o Brasil, esperar-se-ia encontrar um sistema financeiro frágil, dotado de poucos mecanismos de proteção a poupança nacional e, conseqüentemente àqueles que confiam o depósito do seu patrimônio às instituições financeiras.

Não é o que ocorre na prática, como será visto nesse capítulo que possui basicamente dois objetivos, quais sejam (i) apresentar como é constituído o sistema que regula a atividade das instituições financeiras no Brasil, o que resulta na atuação do BACEN como órgão de controle (ou regulador) do sistema, ponto a ser explorado no capítulo seguinte; e (ii) apresentar as razões pelas quais é possível concluir que a regulação financeira é um ponto positivo da ordem econômica brasileira, como igualmente reconhece a doutrina sobre o tema.¹⁰¹

Antes, é necessária uma breve ressalva em relação as cautelas que o tratamento deste tema exige, na medida em que se percebe que muitas obras são publicadas no Brasil sobre o prisma de direito regulatório ou de Estado-regulador, escritas com base no art. 174 da Constituição e com pano de fundo na descentralização dos serviços estatais ocorridas desde o final do século passado. Nesse sentido, é necessário extremo cuidado para que não se subverta a regulação administrativa prevista no referido dispositivo constitucional em mero exercício de defesa dos interesses econômicos.¹⁰²

¹⁰¹Nesse sentido são as palavras de Sidney Soares Chaves, para quem, “o sistema financeiro brasileiro é considerado bem regulamentado e fiscalizado, principalmente quando comparado com os países em desenvolvimento.” (BARROS, José / DODL, Alessandra Von Borowski (orgs). O cooperativismo de crédito no Brasil: evolução e perspectivas. In. Desafios do Sistema Financeiro Nacional: o que falta para colher os benefícios da estabilidade conquistada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.69)

¹⁰² Nesse sentido, acolhe-se as palavras de Ricardo Marcondes Martins para quem: “Não se deve confundir a teoria do Estado- Regulador com a teoria jurídica da regulação administrativa. É a teoria do Estado-Regulador que propõe a substituição do “poder de polícia” pela “regulação”, e não a teoria da regulação. A primeira é comprometida com o neoliberalismo e defende o fim do

Esse trabalho não se posiciona contra os interesses econômicos decorrentes da atividade privada com o natural escopo de lucro, mas sim contra a subversão de institutos jurídicos que deveriam atender ao interesse público, como a regulação administrativa.

Deve-se lembrar que com a evolução do direito administrativo, supera-se o tradicional binômio poder-dever no qual se baseava a relação da administração com os administrados, que modernamente passa a ser tratada como uma relação dever-poder.

Como já visto no capítulo anterior, a teoria tradicional do poder de polícia se desenvolve e a aplicação de sanções aos particulares fica a cargo do direito administrativo sancionador, no qual se engloba a regulação administrativa exercida pelo Estado através das agências reguladoras e órgãos de controle.

Não se trata, portanto, daquilo que a doutrina vem denomina de teoria do estado regulador, mas sim de uma regulação exercida pelo Estado com base nas normas e princípios de direito administrativo, que não se afastam do interesse público desenvolvido através de um dever do Estado com os administrados.¹⁰³

Infelizmente a teoria da regulação administrativa se desenvolveu pelo interesse econômico decorrente da exploração das atividades até então prestadas diretamente pelo Estado pelos particulares, notadamente o capital estrangeiro. Fatalmente

Estado Social; a segunda é ideologicamente neutra. De fato, a Constituição brasileira, de indiscutível ideologia socializante, afirma, no art. 174, que o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica”. A regulação administrativa, prevista nesse dispositivo, é a atividade que se define pela finalidade, e não pelo meio de atuação: consiste na intervenção da Administração na atividade econômica dos particulares mediante direção (regulação por ordenação), indução (regulação por fomento) ou participação (regulação por exploração direta), sempre que possível de forma planeada, por meio da edição de normas concretas, com a finalidade de obter equidade ou eficiência econômica ou de tutelar os bens jurídicos justificantes da especialidade das atividades privadas sob regime especial.” (Estudos de direito administrativo neoconstitucional. Ed. Malheiros. São Paulo: 2015. p. 454/455).

¹⁰³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. V. 5. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. Pag. 46.

isso fez com que parte da doutrina subvertesse a regulação administrativa em benefício dos interesses econômicos.

Nesse momento histórico, ocorrido no final do século passado, há claramente um predomínio do poder econômico sobre questões jurídicas e o direito administrativo passa a ser analisado sob um viés negocial. Com o avanço das economias capitalistas e dos modelos liberais ao redor do mundo, bem como com a estagnação da concepção legalista do direito administrativo, enraizada no conceito de poder estatal, buscou-se – e ainda se busca - formas de garantir o avanço econômico sem esbarrar em fronteiras estatais.

Nesse cenário político e econômico, onde a presença da administração pública passa a ser vista como um entrave aos interesses privados, deixa-se de lado a preocupação científica com o direito público em geral, notadamente o administrativo e passa-se a conferir um caráter negocial a administração pública: concessões, privatizações e parcerias passam a ser o centro das atenções. É o que a doutrina capitaneada por Ricardo Martins denomina de terceira fase do ato administrativo.¹⁰⁴

Essa mudança de foco, onde passa-se a conferir um aspecto negocial a administração pública, não se deve somente aos interesses econômicos. Enraizada no conceito legalista e de poder perante os administrados, a administração pública passa a ser vista como burocrática e um entrave a realização do interesse privado. Nesse contexto,

¹⁰⁴ “Na terceira fase, o poder político foi sobrepujado pelo poder econômico. Ao contrário do que ocorreu na primeira, a Administração Pública passa a ser utilizada prioritariamente não para o exercício do poder político, mas para obtenção do lucro privado. Consequentemente, os negócios administrativos ganham total atenção; a preocupação da doutrina deixou de ser a busca de interpretações que façam do conjunto normativo um ordenamento coerente, e passou a ser a viabilização de negócios privados, a obtenção de lucro para os clientes ou parceiros. Em consequência, boa parte da doutrina passou a negar um regime jurídico unificado, obediente a princípios gerais, mas a admitir regimes setoriais, ainda que desprovidos de uma coerência global. Foi nesse cenário que se desenvolveu a suposta crise do ato administrativo. Como a preocupação é o ganho privado, as teorizações sobre norma jurídica, decisão jurídica, existência, validade e eficácia deixam de despertar interesse, sendo substituídas por lucubrações a respeito de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, correios. O interesse é o negócio com o particular, seja o negócio ostensivamente lucrativo, como ocorre nas parcerias e concessões, seja o negócio disfarçadamente lucrativo, como ocorre no Terceiro setor. A atenção é voltada a eles, para compreendê-los e viabilizá-los. O centro das atenções passou, pois, a ser a infraestrutura; os juristas passaram a teorizar sobre o que permite a negociação: parcerias em sentido amplo, contratos, convênios, concessões. (op. cit. p. 44/45).

os atos administrativos se afastam com frequência do dever administrativo e via de consequência do interesse público primário que deveria atender, como reconhece Celso Antônio Bandeira de Mello ao citar exemplos em sua obra mais famosa.¹⁰⁵

Assim é que são desvirtuados institutos que deveriam atender aos respectivos interesses públicos, como o exemplo apresentado pelo i. Prof. Sílvio Luiz Ferreira da Rocha a respeito da Lei nº. 11.079/2004, conhecida como lei de parceria público-privada e que permite que a remuneração da pessoa jurídica de direito privado seja subsidiada pelo poder público em até 70% (setenta por cento), ou ainda em valor superior em caso de autorização legislativa. Essa regra, afirma o Autor, desvirtua a concessão na forma como foi constitucionalizada¹⁰⁶

Portanto, a regulação que paira sobre o sistema financeiro nacional, que será brevemente analisada a seguir deve atender ao corte metodológico aqui estabelecido:

¹⁰⁵ O Autor apresenta exemplos nos quais constada uma “busca indevida de interesses secundários, todos extraídos, infelizmente, da desmandada prática administrativa brasileira. Assim: Poderíamos acrescentar que seria concebível um interesse da pessoa Estado em recusar administrativamente – e até questionar em juízo, se convocado aos pretórios – responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses à moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas estas hipóteses estará agindo contra o Direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir. Este proceder, nada obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica. Os interesses a que se aludiu são todos interesses secundários e que a pessoa governamental tem apenas segundo os termos em que o teria qualquer pessoa. Não são interesses públicos. Não respondem à razão de existir própria das pessoas governamentais em geral.” (Curso de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo. Malheiros, 2019. P. 67)

¹⁰⁶ “a concessão, na forma como foi constitucionalizada, é instituto cuja remuneração pela prestação do serviço está vinculada à cobrança de tarifa dos usuários; e, portanto, qualquer subsídio a ser assumido pelo Poder Público deve estar relacionado à política tarifária e à sua modicidade, enquanto expressão de um dos direitos dos usuários. Em outras palavras: o subsídio pelo Poder Público deve ocorrer apenas quando ele se revelar fundamental para assegurar (a) a continuidade do serviço e (b) a cobrança de tarifa módica e razoável do usuário, para que seu valor não inviabilize a tomada do serviço. Se o subsídio assumir proporções como a prevista na Lei 11.079 de 30.12.2004, ou mesmo, chegar à integralidade da remuneração do contratado, a nosso ver, a relação jurídica deixa de ser de concessão e se desnatura para prestação de serviço mediante contratação direta de terceiro. (Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros.2013.p. 566). E em seguida, conclui: “A nós, sem sobra de dúvida, parece-nos que a concessão administrativa, tal qual prevista pela Lei 11.079, de 30.12.2004, subverte o esquema organizatório-funcional administrativo constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte, de modo que deve ser eliminada do sistema, por declaração de inconstitucionalidade.” (Ibid. p. 572)

a regulação das instituições financeiras não pode se afastar do interesse público buscado por essas instituições. Caso contrário, incorrer-se-á no mesmo vício de defender-se à luz de argumentos baseados em retóricas, interesses egoísticos nem sempre atendidos pelo interesse público primário.

Ultrapassado esse recorte, deve-se voltar ao ponto inicial deste capítulo a respeito da força regulatória atualmente reconhecida ao sistema financeiro brasileiro, ainda que carecedor de reformas legislativas, seja para fins de esclarecer o conceito de instituição financeira, seja ainda para fins da edição da lei complementar prevista no art. 192 da Constituição, com vistas a conferir novo marco legal sobre o tema, ainda regulado pela Lei nº. 4.595/64.¹⁰⁷

Como visto na parte inicial deste capítulo, a história regulamentar da atividade financeira no Brasil é relativamente recente e data da parte final do século XIX. Nesse sentido, Augusto de Athayde reconhece que até então a atividade financeira era realizada primordialmente pela iniciativa privada e que somente em 1849, o Estado passou a regulamentar o funcionamento das casas bancárias.¹⁰⁸

A partir de então, explica Athayde, outras legislações foram editadas com o intuito de regular a atividade financeira como a legislação de liquidação extrajudicial

¹⁰⁷ Ainda que diversos projetos de lei complementar já tenham sido apresentados na câmara dos deputados e no senado federal, até a conclusão dessa pesquisa, não constam projetos que estejam em fase avançada de tramitação para fins de votação breve no congresso.

¹⁰⁸ “Tradicionalmente, no século XIX, a atividade bancária foi quase inteiramente deixada como a generalidade das atividades econômicas ao domínio da autonomia da vontade privada. É certo que desde 1849 o funcionamento das instituições financeiras foi sujeito a autorização do Governo (Resolução do Conselho de Estado de 03-01-1849). Mas para além desta exigência de autorização prévia, que se manteve, aliás até aos nossos dias através de todas as alterações do direito positivo, o século XIX conheceu apenas, no que respeita ao Direito Bancário, regras especiais sobre a falência dos Bancos (Decreto nº. 3.309, de 1869). De resto, e no âmbito dos amplos artigos 119 e 120 do Código Comercial tudo, (todas as operações bancárias, todos os aspectos organizacionais dos Bancos) era deixado, a livre autonomia da vontade privada. Neste contexto o Direito aplicável aos Bancos foi, essencialmente, Direito Comercial: os banqueiros eram comerciantes; as operações bancárias eram realizadas através de negócios jurídicos tipicamente mercantis (quer em função de critérios subjetivos quer em função de critérios objetivos). Com a autorização prévia cessava praticamente todo o contato entre Banco e Estado. Os outros momentos e aspectos da vida, da organização e do funcionamento de um Banco, desenrolavam-se no plano do Direito Privado. (Estudos de Direito Econômico e de Direito Bancário. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda. 1982. P. 153).

dos bancos de 1930, a criação da Superintendência da Moeda e do Crédito que antecedeu o Banco Central, em 1945 e legislação sobre a responsabilidade dos Diretores de instituições financeiras nos Decretos-Lei nº. 9328/46 e 1807/53.¹⁰⁹⁻¹¹⁰

Entretanto, reconhece o Autor que não obstante essas legislações, somente a partir da Lei nº. 4.595/1964, é que fica evidente a existência de uma estrutura jurídica das instituições financeiras no Brasil.¹¹¹

Assim, é que podemos afirmar que o marco regulatório das instituições financeiras ocorreu justamente através da Lei nº. 4.595/64. Não obstante a imprecisão conceitual sobre a definição de instituição financeira citada no capítulo anterior, cujas soluções doutrinárias possuem boa aceitação perante seus atores públicos e privados, consideramos que a legislação representa um avanço sistêmico na regulação financeira brasileira, como reconhece Nelson Eizirik ao tratar da substituição de normas esparsas pela lei nº. 4.595/1964.¹¹²

A importância da legislação em questão fica evidente quando se percebe pela leitura dos artigos 1º, 2º e 8º, que este marco legal determinou expressamente as instituições que constituem o sistema financeiro e criou o Banco Central do Brasil e o

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 154

¹¹⁰ Nesse mesmo sentido Eduardo Fortuna acrescenta outras legislações que poderiam ser incluídas nesse rol, ao afirmar que “até 1964, o Sistema Financeiro Nacional careceria de uma estruturação racional adequada às necessidades e carências da sociedade como um todo. A partir de então, foi ditada uma série de leis que possibilitou esse reordenamento”. Tratam-se dos seguintes diplomas: Lei da Correção Monetária (4.357/64), Lei do Plano Nacional de Habitação (4.380/64) e finalmente a Lei da Reforma do Sistema Financeiro Nacional (4.595/64). (Mercado Financeiro: produtos e serviços. 16ª edição. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed. 2005. p. 15).

¹¹¹ Nesse sentido, o Autor ressalta que “apenas a partir da publicação, em 1964, da Lei nº. 4.595 que constitui algo como a “lei fundamentalmente das Instituições Financeiras”. É nela que encontramos a estruturação jurídica de todo o sistema financeiro e as normas jurídicas fundamentais a que ficou submetida a atividade bancária e financeira em geral.” (*ibid idem*).

¹¹² “A Lei nº. 4.595/1964, conhecida como lei de reforma bancária criou o Banco Central do Brasil (BACEN) e substituiu o conjunto de normas esparsas que disciplinavam o mercado à época, promovendo uma profunda alteração no contexto do sistema financeiro nacional, especialmente com vistas a possibilitar a implementação da política monetária, creditícia e cambial, indispensável ao seu desenvolvimento.” (EIZIRIK, Nelson; op. cit. p. .259)

Conselho Monetário Nacional, ambos com importância inquestionável no desenvolvimento econômico brasileiro.¹¹³

Assim, a referida legislação constitui a base legal normativa do sistema financeiro, que se constitui através do tripé que define as políticas monetárias e financeiras através do Conselho Monetário Nacional, atualmente composto pelo Ministro da Economia, Presidente do Banco Central do Brasil e pelo Secretário Especial de Fazenda do Ministério da Economia (art. 8º da Lei nº. 9.096/95).¹¹⁴

Instituído pelo supracitado artigo 2º da Lei nº. 4.595/64, o Conselho Monetário Nacional trata-se do órgão que dita as diretrizes financeiras do país e trabalha de maneira articulada com os demais ministérios e órgãos que compõem o Sistema Financeiro Nacional, como explica Marlos Lopes Godinho Erling.¹¹⁵

¹¹³ Art. 1º O sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: I - do Conselho Monetário Nacional; II - do Banco Central do Brasil; III - do Banco do Brasil S. A.; IV - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; V - das demais instituições financeiras públicas e privadas.

Art. 2º Fica extinto o Conselho da atual Superintendência da Moeda e do Crédito, e criado em substituição, o Conselho Monetário Nacional, com a finalidade de formular a política da moeda e do crédito como previsto nesta lei, objetivando o progresso econômico e social do País.

Art. 8º A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e foro na Capital da República, sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios este constituído dos bens, direitos e valores que lhe são transferidos na forma desta Lei e ainda da apropriação dos juros e rendas resultantes, na data da vigência desta lei, do disposto no art. 9º do Decreto-Lei número 8495, de 28/12/1945, dispositivo que ora é expressamente revogado.

¹¹⁴ Ressalte-se que a composição do Conselho Monetário Nacional já sofreu diversas alterações de acordo com escolhas políticas, como se percebe pelas palavras de Eduardo Fortuna, *verbis*: Como órgão normativo, por excelência, não lhe cabem funções executivas, sendo o responsável pela fixação das diretrizes das políticas monetária, creditícia e cambial do País. Pelo envolvimento destas políticas no cenário econômico nacional, o CMN acaba transformando-o num conselho de política econômica. Ao longo de sua existência, o CMN teve diferentes constituições de membros de acordo com as exigências políticas e econômicas de cada momento (...). ” (ibid. p. 19).

¹¹⁵ Nas palavras de Marlos Lopes Godinho Erling, “trata-se do núcleo institucional de coordenação sistêmica da gestão pública de questões monetárias, financeiras propriamente ditas, fiscais e orçamentárias do país, em articulação com os demais Ministérios da Administração Pública Federal, o que o qualifica como instituição central responsável pela concretização do ideal de estabilidade financeira sustentável ao longo do tempo no Brasil. ” (Regulação do Sistema Financeiro Nacional: Desafios e Propostas de Aprimoramento Institucional. São Paulo: Almedina. 2015. p. 350).

Ou seja, trata-se do “órgão superior do Sistema Financeiro Nacional e tem a responsabilidade de formular a política da moeda e do crédito, objetivando a estabilidade da moeda e o desenvolvimento econômico e social do País.”¹¹⁶

Abaixo do Conselho Monetário Nacional, há quatro órgãos reguladores que aplicam as diretrizes por eles emanadas, quais sejam o Banco Central do Brasil (BACEN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (CNSP).¹¹⁷⁻¹¹⁸

Essa é a base da estrutura regulatória do sistema financeiro e a primeira justificativa para se afirmar que o sistema é bem regulado: a estrutura do sistema é consistente e pouco sofre com as mudanças políticas constantes no poder executivo, o que também se revela uma atitude política louvável em um país no qual é comum a intervenção política em questões técnicas das instituições públicas.¹¹⁹

Além disso, podemos citar a estabilidade monetária e o caráter técnico da atuação do Banco Central do Brasil, composto de profissionais qualificados, como outros

¹¹⁶ Disponível em: < <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/cmn> > Acesso em: 29 ago.2020.

¹¹⁷ Reconhece-se ainda a existência de outros Conselhos que ditam diretrizes financeiras como o Conselho de Seguros e Fundos Abertos de Previdência (CNSP), o Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC), o Comitê de Regulação e Fiscalização dos Mercados Financeiro, de Capitais, de Seguros, de Previdência e Capitalização (COREMEC) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

¹¹⁸ Eduardo Fortuna, adota classificação um pouco distinta e destaca ainda que o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional são as autoridades monetárias do sistema financeiro, sendo o primeiro um órgão normativo de fixação e políticas e diretrizes, e o segundo um órgão executivo com objetivo central de cumprir e fazer cumprir as diretrizes do primeiro. O Autor ainda apresenta outras autoridades do sistema financeiro que denomina de autoridade de apoio, no caso a CVM, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico que inquestionavelmente vem sendo o principal instrumento de financiamento de projetos e empreendimentos do país com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento nacional em termos de infraestrutura e melhoria na qualidade de vida da população mais frágil em termos econômicos e sociais. (op. cit. p. 19/26).

¹¹⁹ Nesse sentido, são as palavras de Marlos Lopes Godinho: “Não obstante, a estrutura de mercado do setor financeiro brasileiro está consolidada. Após passar por uma intensa reestruturação de mercado (PROER e PROES) e haver a entrada de bancos estrangeiros a partir da década de 1990, o sistema bancário apresenta sinais claros de estabilidade sistêmica, o que se evidencia do fato de que as intervenções efetuadas pelo Banco Central do Brasil no mercado, nos últimos anos, ocorreram somente em instituições de menor porte, sem quaisquer impactos sistêmicos.” (op. cit. p.127)

dois fatores que nos permitem afirmar que a regulação financeira é um ponto positivo da ordem econômica brasileira.

Dito isso, passamos a analisar pormenorizadamente os principais órgãos de controle do sistema financeiro nacional e que constituem objeto da lei sob estudo.

3.3. *O Banco Central do Brasil como órgão de controle do sistema financeiro nacional*

Como visto no capítulo anterior, o BACEN é um dos principais componentes do sistema financeiro nacional, detentor de inúmeras funções, dentre elas servir como órgão de controle do sistema e assim regular e punir as instituições financeiras que vierem a incorrer em ilícitos de caráter administrativo nos termos da Lei nº. 13.506/2017.

Afirma-se com convicção que a Lei nº. 4.595/64 concedeu ao BACEN inquestionável poder de polícia em face das instituições financeiras. Trata-se do órgão competente para aplicar penalidades no sistema financeiro e, portanto, verdadeiro órgão de controle do sistema financeiro nacional. A leitura dos artigos 9º e 10º, IX da referida legislação, não deixa dúvidas a este respeito.¹²⁰

Ressalte-se desde já que a expressão ‘órgãos de controle’ é utilizada em sentido distinto daquele que a doutrina tradicionalmente define como atividade de controle da administração pública e que se limita ao controle em face da administração.¹²¹

¹²⁰ Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...). IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas

¹²¹ Nas palavras de Maria Silvia Di Pietro, “pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.” (Direito Administrativo. 32ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 921).

O sentido que se pretende empregar a expressão órgão de controle e que claramente é aplicado pela Lei nº. 13.506/2017, está intimamente ligada a Lei nº. 12.846/2013, conhecida como lei anticorrupção, que positivou a atividade de controle exercida pela administração pública perante os administrados no tema do controle, como se percebe pelas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello.¹²²

Conforme já visto nesse trabalho, a teoria do direito administrativo sancionador encontra-se em plena evolução no Brasil, razão pela qual muitos de seus conceitos ainda não foram pacificados ou unificados pela doutrina e pela lei. Assim, entende-se que a atividade reguladora da administração pública perante os particulares, como atividade de controle encontra-se em consonância com as supracitadas legislações, notadamente a lei sob estudo.¹²³

Afinal é princípio geral da atividade econômica que seu exercício ocorra pelas pessoas privadas, de modo que cabe ao Estado atuar diretamente na economia apenas em caráter de exceção (arts. 172/173 da CRFB).

Além disso, é dever do Estado exercer o papel de regulador da atividade econômica (art. 174 da CRFB), o que ao nosso ver indica que a atividade exercida pelo

¹²² “Afora as leis já referidas, em tema de controle é de grande importância a Lei 12.846, de 1.8.2013, não só, mas também porque amplia o rol de sujeitos suscetíveis de serem alcançados pela atividade controladora. Esta lei passou a ser comumente qualificada como “Lei Anticorrupção”. Sem embargo, ela nada dispõe sobre atos de corrupção e suas consequências; diversamente, ela inova no campo da moralidade administrativa, dispondo sobre a improbidade administrativa aplicável às pessoas jurídicas. Daí por que melhor seria qualifica-la como lei de improbidade administrativa das pessoas jurídicas.” (Curso de Direito Administrativo. Op cit. p. 991).

¹²³ Também poderíamos denominar o BACEN como agência ou órgão regulador do sistema financeiro nacional, tal como anota Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito da CVM, em posicionamento ao nosso ver também aplicável ao BACEN, *verbis*: “Anote-se, derradeiramente, que há uma entidade cujas funções são de índole equivalente às das ‘agências reguladoras’ e à qual também veio a ser atribuído o qualificativo de autarquia “sob regime especial”, mas que não recebeu a designação de agência, pois foi mantido seu nome original: Comissão de Valores Mobiliários/CVM”. (Curso de Direito Administrativo. op. cit. p. 179).

BACEN é de controlar o sistema financeiro, ou seja, ser verdadeiro órgão regulador ou de controle do sistema.¹²⁴⁻¹²⁵

Ressalte-se a questão que envolve a definição da natureza jurídica dos órgãos do sistema financeiro nacional possui um problema político basilar: a lei complementar que deveria regulamentar o art.192 da CRFB/1988 até o presente momento não foi editada, razão pela qual, ratificamos os dizeres do capítulo anterior a respeito da base legislativa do sistema financeiro, ter se constituído através da Lei nº. 4.595/1964.¹²⁶

¹²⁴ Diante da imprecisão conceitual do direito administrativo sancionador, outras nomenclaturas poderiam ser utilizadas, entretanto, ao nosso ver, não alteraria o sentido de que se pretende conferir a atividade do BACEN. Sobre a imprecisão conceitual, destaque para Genaro R. Carrio, que em sua obra ‘Princípios Jurídicos Y Positivismo Jurídico’, arrola onze possíveis significados para a palavra princípio.

¹²⁵ Outra definição que merece destaque nessa obra é aquela utilizada pela doutrina de ‘órgãos sancionadores de corporações de Direito Público’, como afirma Fábio Medida Osório, *verbis*: “Não são apenas as autoridades públicas que podem impor sanções administrativas. Também as chamadas autoridades corporativas, que estão dotadas de poderes sancionatório no âmbito da fiscalização de algumas atividades profissionais, podem impor, nos termos legais, sanções administrativas. Se uma dada entidade é regulada pelo Direito Público, sendo obrigatória a filiação do particular nessa entidade para o exercício profissional, é comum que a legislação estabeleça poderes sancionatórios a esses órgãos fiscalizadores, poderes que se submetem ao Direito Administrativo Sancionador, ainda que a atividade fiscalizada se pautar por normas de Direito Privado, normas deontológicas, de ética institucional. A verdade é que há um interesse público superior a indicar a necessidade de regulação de algumas atividades por normas de Direito Público. Daí que essa regulação pública passa, em alguma medida, pelo Direito Administrativo Sancionatório, visto que se estabelecem estruturas de infrações e sancionamentos a determinadas condutas proibidas à luz de critérios publicistas, tendo em conta a superioridade do interesse público nessa atividade”. (op. cit. p.95/96)”

¹²⁶ Sobre a importância da Lei nº. 4.595/64, são as palavras de Ivo Waisberg: “Em 1964 foi realizada a reforma bancária, levada a efeito por meio da Lei 4.595, de 31 de dezembro. Essa lei, ressalvadas as críticas à técnica legislativa empregada, teve um resultado eficiente de modernização do mercado financeiro. Ela criou o Conselho Monetário Nacional, como órgão de cúpula do sistema, e o Banco central, como órgão executor da política monetária. ” (Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comerciais: regimes especiais: intervenção, liquidação extrajudicial, regime de administração temporária – RAET. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 64)

A referida legislação, ao nosso ver, foi recebida pela Constituição de 1988 como lei ordinária, como já definiu o Supremo Tribunal Federal, ainda que reconheçamos a existência de opiniões contrárias na doutrina.¹²⁷⁻¹²⁸

Seja como for, independente da nomenclatura que se atribua, não há dúvidas em se afirmar que o BACEN se constitui como órgão de controle do sistema financeiro nacional, o que lhe confere legitimidade para o processo administrativo sancionador previsto na Lei nº. 13.506/2017. Uma breve análise da estrutura e das funções desses órgãos, ratifica as afirmações produzidas nesse capítulo.¹²⁹

Criado pela Lei nº. 4.595/1964 na qualidade de autarquia federal o BACEN tem por finalidade a formulação, a execução, o acompanhamento e o controle

¹²⁷ A respeito da recepção da Lei nº. 4.595/64 como lei ordinária, fazemos referência ao julgamento do STF na ADIN n. 1.480-DF, cuja ementa é a seguinte: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL: AUTARQUIA: REGIME JURÍDICO DO SEU PESSOAL. Lei 8.112, de 1990, art. 251: INCONSTITUCIONALIDADE. I. - O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do regime jurídico da Lei 8.112, de 1990. II. - As normas da Lei 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no art. 192, IV, da Constituição. III. - O art. 251 da Lei 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional. IV. - ADIn julgada procedente. (ADIn 1.480-DF, rel. Min. Celso de Mello, 25.09.96.)

¹²⁸ Em sentido contrário, é o entendimento de Rachel Sztajn e Haroldo Verçosa, para quem “é notório haver a Lei 4.595/64 sido recebida pela Constituição Federal de 1988 na categoria de Lei Complementar que, evidentemente, não poderia ser revogada por lei ordinária, no caso precisamente de que trata este texto, instituidora do processo administrativo sancionador. (SZTAJN, Rachel, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc et al. Processo sancionador: Banco Central e CVM – Lei n. 13506/2017. São Paulo: Editora Iasp. 2018. P. 33)

¹²⁹ Nesse sentido, são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*: “Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal “Reforma Administrativa”, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (“agência”). (....). 23. O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. Em linha de princípio, a resposta não é difícil. Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II ns. 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem na forma da lei, prover de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35 a 38, ao tratar dos regulamentos. (Curso de Direito Administrativo. op. cit. p. 180).

das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior; a organização disciplina e fiscalização do Sistema financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Consórcio; a gestão do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e dos serviços do meio circulante, conforme definido no art. 2º do seu regimento interno.¹³⁰

Dentre suas competências privativas, conforme determinado no artigo 10 da lei nº. 4.595/1964, encontra-se o exercício do controle do crédito “sob todas as suas formas” (inc.VI¹³¹), o controle dos capitais estrangeiros (VII¹³²), fiscalização das instituições financeiras aplicação de penalidades (IX¹³³) e concessão das autorizações previstas no rol do inciso X¹³⁴.¹³⁵⁻¹³⁶

Ressalte-se que o rol de competências supracitado não é terminativo ou encerra o assunto das competências do BACEN. Pelo contrário, outras diversas competências poderiam ser acrescidas, entretanto, para fins deste trabalho, buscamos apenas demonstrar que é inequívoca a função de órgão de controle do BACEN sobre o sistema financeiro nacional.

¹³⁰ <https://www.bcb.gov.br/content/acesoinformacao/acesso_informacao_docs/RegimentoInter.no.pdf> Acesso em: 05 set. 2020.

¹³¹ VI - Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;

¹³² VII - Efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei;

¹³³ IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;

¹³⁴ X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: a) funcionar no País; b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior; c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários; e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento; f) alterar seus estatutos. g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário

¹³⁵ Marlos Lopes Godinho Erling critica o rol do artigo 10 por não estar em necessária conformidade com as diretrizes do CMN, *verbis*: “A fundamentação normativa primária de atribuição de competências privativas ao Banco Central do Brasil encontra-se, sem adequada sistematização legal, nas disposições dos arts. 10 e 11 da Lei nº. 4.595, de 1964, cuja atuação prática deve buscar conformidade com as diretrizes normativas pelo Conselho Monetário Nacional, nos termos do art. 9º da Lei nº. 4595 de 1964” (op. cit. p. 354).

¹³⁶ Concorde-se parcialmente com a crítica supracitada, pois é evidente que as competências do Banco Central devem seguir as diretrizes do CMN, conforme já visto nesse trabalho. Por outro lado, o rol dos artigos 10 e 11, ao nosso ver não se encontram dissonantes dos artigos 3º e 4º da Lei nº. 4595/1964, bem como não se tratam de normas terminativas. Apresentam diretrizes abertas e que permitem complementações de acordo com as diretrizes do CMN. Além disso, as diretrizes do CMN mudam constantemente, o que inviabilizaria em termos práticos a elevação das competências do BACEN ao patamar de lei federal, conferindo insegurança jurídica sobre os limites da atuação do BACEN.

Viu-se brevemente nesse capítulo e sem pretensão de esgotar o tema, como se comporta o BACEN na qualidade de órgão de controle do sistema financeiro nacional, o que lhe faculta inquestionável competência para processar e julgar o processo administrativo sancionador previsto pela Lei nº. 13.506/2017.

Em seguida, passaremos a analisar como esse órgão de controle se relaciona com o direito administrativo, notadamente naquilo que se refere a função social e o interesse público das instituições financeiras.

3.4. *Relação das instituições financeiras com o direito administrativo: função social e interesse público*

Parte da doutrina, de inquestionável conhecimento técnico, aponta que a fonte principal do direito que cerca as instituições financeiras, são normas de direito privado, notadamente àquelas atinentes ao direito civil e ao direito comercial, de modo que o direito administrativo seria uma fonte secundária e reflexa do sistema.¹³⁷

¹³⁷ Ao tratar das instituições financeiras bancárias, Nelson Abrão defende que essas instituições são regidas primordialmente pelo Direito Privado, entretanto, em posição ao nosso ver contraditória, ressalta a força primordial que o direito público, notadamente o administrativo exerce sobre essas instituições, *verbis*: “Fonte é todo o órgão revelador do direito. No que concerne particularmente ao Direito Bancário, há que se distinguir entre as fontes genéricas e específicas. Espécie do Direito Comercial que é, o Direito Bancário não pode deixar de ter, num sentido lato, os veículos informativos do gênero. Concernente ao Direito Civil, à lume do novo Código, não pode deixar nossa disciplina de recorrer supletivamente às suas normas, não propriamente como fonte, porém como direito comum que é aplicável a todo direito privado, quando não for afastado pelas regras do direito especial, em face da lacuna ou omissão deste. É inegável a serventia subsidiária do Direito Civil no que concerne aos contratos e obrigações, núcleo do Direito Bancário. O vigente Código Civil conferiu uma disciplina integrada, de conotação aglutinada da obrigação como um todo, sem diferenciais a circunstância, possibilitando regência material da parte primeira do Código Comercial, por ele revogada. Encontrando-se atualmente a atividade bancária sob o regime do controle estatal, é mais acentuada sobre o Direito Bancário que sobre o próprio Direito Comercial a influência do Direito Público. As decisões que manifestam a intervenção do Estado nas operações bancárias colocam nossa matéria sob a égide do Direito Administrativo. Finalmente, atividade bancária encarada como um todo submete-se a um feixe de regras originárias de um ramo novo do Direito, chamado Direito Econômico, do qual cada especialista dá uma definição diferentes e que parece ser para a maioria o direito de organização econômica pelos poderes públicos. ” (Direito Bancário. 12ª Ed. atual por Carlos Henrique Abraão. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 7/8).

Não obstante os pontos de vista dos renomados juristas, não é esse o ponto de vista acolhido nesse trabalho, ainda que se admita que os aspectos regulatórios em face da atividade financeira no Brasil são relativamente recentes, de modo que até o início do século XX, pouco se falava no tema, como explica Augusto Athayde.¹³⁸

Mas não é somente o maior grau intervenção sobre a atividade financeira, largamente positivada pela Constituição de 1988 conforme explicamos no capítulo anterior, que justifica a vinculação desse ramo de atividade ao direito público

A vinculação do estudo que envolve as atividades financeiras ao direito público também passa por uma mudança em como essas instituições são vistas perante a sociedade em geral. O desenvolvimento econômico e social do Brasil nas últimas décadas, permitiram com que a imensa população de baixa renda até então excluída do sistema bancário, passa-se a usufruir da atividade financeiras formal.¹³⁹

Assim, é que desde o final do século passado, os juristas passaram a concretizar que as instituições financeiras possuem papel mais relevante no cenário nacional, do que de simples agente do mercado financeiro. Nas palavras de Roberto Quiroga Mosquera, tratam-se na verdade de guardiãs da poupança nacional com obrigação de proporcionar segurança aos depósitos, custodiar valores, alocar créditos, dentre outras.¹⁴⁰

¹³⁸ “Só com o século XX surgem os primórdios do Direito Bancário moderno, coincidentes com uma sempre crescente intervenção pública no setor. A medida, na verdade, em que aumentam as preocupações intervencionistas da Administração Pública, cresce igualmente a produção de normas jurídicas aplicáveis às instituições bancárias e financeiras. (op cit. p. 154)

¹³⁹ A título de exemplo, os correspondentes bancários têm sido apontados como um dos principais instrumentos de inclusão financeira no Brasil. Apesar de não se caracterizarem como instituição financeira, operam como uma importante extensão dos serviços financeiros. Assim, conseguem prestar serviços financeiros em lugares onde há exclusão do sistema financeira, como uma espécie de braço da instituição financeira (fonte: <https://www.bcb.gov.br/Nor/relincfin/relatorio_inclusao_financiera.pdf> acesso em 25.09.2020)

¹⁴⁰ “O mercado financeiro e o mercado de capitais surgiram em decorrência do fluxo de capitais que é inerente a todas as comunidades sociais. Com efeito, os homens desde os primórdios da civilização começaram a relacionar-se e dentre as diferentes espécies de relacionamento temos as relações financeiras e de troca. Para suprir suas necessidades pessoais e familiares, o ser humano acaba por prestar serviços em troca de uma remuneração. Tal contrapartida se dava ou mediante o pagamento de bens de consumo ou, quando do surgimento da moeda, por intermédio de pagamento de pecúnia. Desse dado social, começa a emergir na sociedade um conjunto de

Desde modo, defende-se que o papel das instituições financeiras na sociedade vai além de simples agente de mercado, voltado para as classes de renda mais alta da população, com o objetivo de defender o interesse empresarial.¹⁴¹

Assim, temos que a atividade dos agentes financeiros possui forte contexto social de inquestionável interesse público, pois em primeiro lugar busca proteger o sistema financeiro para não quebrar a confiança dos usuários, que é a base sustentável do sistema, como afirmam Ivo Wansberg e Gilberto Gornati. Afinal, como já visto nos capítulos anteriores, o interesse público pode e deve atingir seus atores individualmente dentro de uma coletividade.¹⁴²

Afinal, na medida em que o princípio da supremacia do interesse público é o pilar do regime jurídico administrativo, como afirma Celso Antônio Bandeira de

relações de cunho comercial e financeiro que revelaram a circulação da riqueza entre os homens. Alguns em situações privilegiadas conseguiam poupar riquezas, enquanto outros eram necessitados delas. O excesso e a carência de capitais passaram a ser o verso e o anverso da mesma realidade econômica, qual seja, o fluxo de capitais. A poupança passou a mobilizar-se entre os doadores e os tomadores de recursos, fazendo desse trânsito de recursos uma atividade financeira rentável para alguns e onerosa para outros. Dentro dessa perspectiva econômica é que se inserem as normas conceituais do mercado financeiro e de capitais. Tanto um quanto outro cumprem uma função econômica importantíssima, qual seja, a mobilização da poupança nacional. ” (Op. cit. p. 258/259)

¹⁴¹ “No passado, os intermediários financeiros podiam atender de forma personalizada os clientes de alta renda. Com o passar do tempo, a constante evolução dos sistemas de tecnologia da informação e comunicação tem possibilitado a personalização da resposta também em mercados de baixa renda, haja vista a utilização de telefones móveis para prover a capilaridade aos serviços financeiros, com flexibilidade e baixo custo. (Barros, José / DODL, Alessandra Von Borowski (orgs). A regulação do sistema bancário brasileiro: que caminho seguir? *In*. Desafios do Sistema Financeiro Nacional: o que falta para colher os benefícios da estabilidade conquistada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pag. 45).

¹⁴² Em completa exposição sobre o tema, Ivo Wansberg e Gilberto Gornati sustentam que: “O que tranquiliza os depositantes é saber que nem todos irão ao banco retirar seu dinheiro ao mesmo tempo, e que, quando precisarem sacar algum valor, por ser este pequeno em relação ao valor da totalidade dos depósitos, o dinheiro estará lá. É, pois, uma questão de confiança no sistema bancário como um todo e no banco em si. Caso essa confiança se quebre e todos se dirijam ao banco para sacar seu dinheiro, o que se denomina “corrida ao banco”, o banco não poderá honrar seus compromissos e quebrará. A existência de um regime específico para as instituições financeiras no tocante à fiscalização de suas atividades e, em especial, os modos diferenciados de atuação, no caso de problemas de solvabilidade, decorre, obviamente, da intenção de proteger-se determinado interesse que demanda essa especial proteção. Qual é este interesse? ” (Direito Bancário: contratos e operações bancárias. Op. cit. p. 48/49).

Mello¹⁴³, não temos dúvidas em afirmar que antes de qualquer atuação no mercado privado, as instituições financeiras encontram-se primeiramente vinculadas a administração pública através de seus órgãos de controle, notadamente o BACEN, como principal órgão executor das diretrizes do Conselho Monetário Nacional e detentor do poder punitivo administrativo no mercado financeiro.

Nesse mesmo sentido, Augusto de Athayde apresenta três razões para que as instituições financeiras sejam analisadas e estudadas a partir do interesse público que norteia sua atividade. Em primeiro lugar, pelo fato dos bancos serem instrumentos auxiliares da vida financeira do Estado. Em segundo lugar, por serem instrumento da intervenção pública de fomento econômico. E por fim, por terem papel decisivo no controle do crédito.¹⁴⁴

Essa dimensão pública da atuação das instituições financeiras, não significa dizer que não possuem um essencial papel na dinâmica empresarial, ao estimularem a economia do país com seus serviços, linhas de crédito e seus agentes de mercado. Pelo contrário, significa somente dizer que a atuação empresarial está na atividade consequente da instituição financeira e não na precedente.

Em outras palavras: a instituição financeira, nasce e opera regida pelo regime jurídico administrativo e, no segundo momento, ao externar sua operação, atua no

¹⁴³ Nesse sentido são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*: “Visto o que é interesse público, pode passar-se ao exame do primeiro grande traço do regime-jurídico administrativo, isto é, a supremacia do interesse público sobre o privado. a) Supremacia do interesse público sobre o privado. Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a Superioridade do interesse da coletividade privando a prevalência dele sobre o do particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. (Curso de Direito Administrativo. 34. ed .rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019. p.70)

¹⁴⁴ “Mas, na ótica dos interesses públicos, (que é reflexo do aspecto anterior) também a atividade bancária assume importância fundamental por três razões principais: A) Os Bancos são instrumento auxiliares da vida financeira do Estado (colocação de títulos da dívida pública, recolhimento de taxas e impostos, etc.). B) Os Bancos são instrumentos da intervenção pública de fomento econômico: o Governo canaliza (tanto por intermédio de Bancos Públicos ou Mistos quanto de Bancos Privados) recursos com o objetivo de desenvolver setores econômicos ou regiões que pretende especialmente fomentar (mecanismos do crédito dirigido). C) Os Bancos, através da concessão de crédito, constituem um sistema de criação de moeda: o controle do crédito é, pois, um elemento decisivo no controle do volume da massa monetária e da chamada “demanda global”, e, portanto, da inflação.” (op. cit. p. 152).

mercado regida pelo regime jurídico de direito privado. As palavras de Eros Roberto Grau são precisas ao tratar do tema.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Em longa, porém completa explicação sobre o tema, o Autor corrobora com essa definição, nos termos seguintes: A disciplina da atividade de intermediação financeira, desde a configuração do Sistema Financeiro Nacional, definida pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, toma-a como vocacionada à realização de resultados econômicos que se projetem no conjunto social. Por isso a atividade dos intermediários financeiros [instituições financeiras] é ordenada de molde a consubstanciar autêntica ferramenta de execução das políticas monetária, creditícia e cambial implementadas pelo Estado. Aí o que se convencionou designar *intervenção do Estado*, o que importa resulte ele, para tanto, dotado de técnicas destinadas a operacionalizar determinados objetivos. A adoção das *técnicas de intervenção*² reflete-se, destarte, na definição de normas que assumem caráter diverso daquelas que compõem a *ordem pública*. E, no quadro normativo assim instalado, implementador da atuação intervencionista estatal, emergem vantagens e encargos, seja para os agentes econômicos que se integram - inclusive na condição de beneficiários de créditos - na estrutura juridicamente demarcada de determinada atividade ou setor, seja para o próprio Estado, ao qual incumbe a ordenação interventiva dessa mesma atividade ou setor. 03 - Sob tal caráter, que peculiariza as normas instrumentadoras das técnicas de intervenção, apresentam-se, em grande parte, aquelas inseridas nas Leis nº 4.595/64 e 4.728/65, que mais diretamente importam à hipótese que ora tenho sob consideração. A estrutura do Sistema Financeiro esteve - como está - desde a sua instituição, a serviço das políticas públicas de crédito e monetária. Nela, a definição de normas que ordenam não apenas a constituição de sociedades com atuação no setor, mas também o próprio atuar desses agentes econômicos, ou seja, o seu funcionamento operacional. Assim, o conjunto dos negócios e operações praticadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional subordina-se, na medida em que a elas há de estar adequado, para que se possa realizar, às políticas de moeda e crédito do Estado. As diretrizes e exigências dessas políticas compõem o cerne das normas que ordenam o sistema, normas que se desdobram naquelas emanadas pelos órgãos e entidades públicas que exercitam *capacidade normativa de conjunturas*. O impacto causado pela incidência de tais normas sobre o setor impõe não somente a reordenação das condições e requisitos sob as quais a exploração da atividade econômica empreendida pelas entidades integradas no sistema é desenvolvida, mas também a redefinição dos direitos, deveres e ônus de que gozam e a que se sujeitam ao empreendê-la. Desta sorte, paralelamente às limitações que cercam o dinamismo de tais entidades no mercado, marcadas pelo traço da ordem pública - e que se expressam na proteção do consumidor, na tutela da concorrência, na preservação do próprio mercado, enfim - sujeitam-se, em especial quando operem o crédito, a uma série de deveres e ônus, a fim de que possam executar os negócios e operações típicos de seu objeto social. Assim, da conjugação de direitos, deveres e ônus que se compõem na ordenação do Sistema Financeiro Nacional resulta a configuração de um regime jurídico próprio. 04 - Esse regime é marcado por peculiaridades que transformam a operacionalização do Sistema Financeiro em *matéria de interesse geral*: insisto em que as políticas monetária e de crédito são levadas a cabo essencialmente através do sistema financeiro - e, nele, pelas entidades constituídas por instituições privadas. Isso importa em que essas entidades façam as vezes de *longa manus* do Estado, na implementação de suas políticas públicas. Daí porque o exercício da atividade de dado de crédito, no setor, dependa de prévia autorização pública; o conteúdo das operações, ativas e passivas, que podem praticar seja normativamente determinado e, ademais, os contratos que celebram retratem com nitidez a correção das afirmações de RENÉ DAVID e de RENÉ SAVATIER: configuram verdadeiros instrumentos de política econômica, transformados menos em uma livre construção da vontade humana do que em uma contribuição das atividades humanas, coordenadas pelo Estado, à arquitetura geral da economia nacional. 05 - Assim, o que neste passo importa deixarmos bem vincado é o fato de que se aplicam ao Sistema Financeiro Nacional e a suas operações, além das disposições que se compõem no conjunto das normas de ordem pública, outras, integradas no quadro das técnicas de

Além disso, o interesse público conferido ao sistema financeiro, que se encontra englobado dentro da ordem econômica e financeira do Estado por força do Título VII da CRFB/88, encontra-se expresso em diversos dispositivos constitucionais.

No artigo terceiro, incisos II e III, a CRFB/88 constitui como objetivos do país o desenvolvimento econômico e o combate à pobreza, marginalidade e desigualdade cuja atividade financeira possui participação direta. Por sua vez os artigos 163, V e 192, determinam que a regulação financeira do Estado e deste sobre o sistema financeiro ocorrerá por lei complementar, espécie de lei que possui inequívoca função de complementar e dar eficácia a constituição.¹⁴⁶

Eis, portanto, que o processo administrativo das instituições financeiras, suas sanções e instrumentos consensuais deve perseguir o seguinte interesse público: de proteção ao sistema para evitar a quebra da confiança, para evitar ou mitigar sempre que possível o prejuízo de interesses individuais e coletivos daqueles que de alguma forma se utilizam do sistema financeiro, de acordo com os respectivos casos concretos.

O que isso significa dizer? Significa que ao aplicar eventual sanção administrativa nos termos da Lei nº. 13.506/2017, o agente público deve considerar à luz

intervenção. 06 - Dúvida nenhuma resta quanto ao fato de a organização estrutural do Sistema Financeiro Nacional, na medida em que desenha um esquema formal de atribuições e competências, dizer com objetivos de ordem pública, mesmo no que respeita à definição dos agentes que nela se inserem. (Liquidação e intervenção em instituição financeira - Anulação de ato administrativo complexo - Discricionariedade e revisão judicial. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, p. 388-390, jan. 1996. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46736/46725>>. Acesso em: 06 Ago. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v203.1996.46736>)

¹⁴⁶ Nesse sentido são as palavras de Alexandre de Moraes, para quem: “O art. 192 prevê, ainda, que a regulamentação do sistema financeiro nacional deverá respeitar os seguintes preceitos:

- O sistema financeiro nacional deverá ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país;
- A regulamentação do sistema financeiro nacional deverá ter como meta principal servir aos interesses da coletividade;
- Por expressa determinação constitucional, a previsão do art. 192 da Constituição Federal aplica-se também às cooperativas de crédito;
- A regulamentação do sistema financeiro nacional deverá especificar a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram” (Direito Constitucional. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.776)

da consequência prática de cada decisão se a punição a ser aplicada a determinada instituição ou agente financeiro, será benéfica ao mercado como um todo, inclusive aos usuários individuais, que devem se sentir protegidos de que a sanção aplicada será capaz de evitar o cometimento de novas infrações e assim manter o sistema incólume-

A afirmação supracitada encontra-se em consonância com a Lei nº. 13.655/18 (conhecida como Lei de Segurança Jurídica), que introduziu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dentre outros, o artigo 20 que dispõe o seguinte: Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Posteriormente, em seminário realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo o qual foi intitulado “Impactos da Lei n.º 13.655/18 no Direito Administrativo”, foram aprovados 21 “Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo”. Relevante ressaltar o primeiro dos enunciados acima referidos o qual diz o seguinte: 1. “As expressões ‘esfera administrativa, controladora e judicial’ contidas na LINDB abrangem o exercício de todas as funções estatais que envolvam aplicação do ordenamento jurídico. ”

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, explicam que o atendimento ao art. 20 da LINDB prescinde que o ato administrativo sancionador explique se: **(i)** o agente público dispõe de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, encontra-se no exercício de uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; **(ii)** a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e **(iii)** se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.¹⁴⁷

¹⁴⁷ “Cuida-se de uma motivação para além da exigida pelo disposto no art. 50 da Lei nº. 9.784/1999. A prescrição que ora se comenta é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável;

O Supremo Tribunal Federal em decisão de embargos de declaração na Ação Cautelar 3.637 – RO, ratificou a posição dos Autores supracitados, ao determinar que o processo legal decisório da administração pública deve obedecer aos ditames do art. 20 da LINDB, o que compreende o dever do agente público em explicar os três critérios citados no parágrafo supracitado.¹⁴⁸

A partir dessas premissas, temos que o exercício do poder sancionador pelo BACEN não impactará na relação de confiança das instituições financeiras com os usuários dos serviços e/ou colocará em risco sistêmico seus respectivos interesses individuais. Eis, portanto, o ponto nodal para que a administração pública decida no bojo do processo sancionador, se punir é de fato o melhor caminho naquele caso concreto e caso positivo, qual a extensão da sanção a ser aplicada.

Antes da punição, como já defendi anteriormente, deve ser considerado pelo agente sancionador a possibilidade de que a sanção não seja aplicada. É o que ocorre, por exemplo, caso o agente infrator consiga identificar o ilícito, comunicar ao BACEN, reparar o dano causado e aplicar instrumentos para que o ilícito não volte a ocorrer. Tais respostas por parte do infrator, resultam em ações que correspondam ao máximo de suas capacidades dentro de sua estrutura, e protegem o mercado de novas infrações, o que resulta no resguardo do interesse público ao qual as instituições financeiras encontram-se vinculadas.¹⁴⁹

(ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.” (Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança par a Inovação Pública. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019. p. 37)

¹⁴⁸ STF. Emb.Decl. na Ação Cautelar 3.637 Rondônia. Min. Rel. Edson Fachin. J. 13.09.2018.

¹⁴⁹ Nesse sentido, já defendi essa possibilidade ao tratar dos instrumentos de integridade na lei anticorrupção, *verbis*: Uma saída que pode ser pensada com algumas alterações na lei anticorrupção e sem que seja necessário alterar profundamente sua estrutura, é que os programas de integridade, quando aplicados de maneira eficaz, sejam um instrumento de exclusão das sanções e não um simples e abstrato fator de redução. Diz-se eficaz um programa de integridade, quando ele detecta, corrige e comunica o ato lesivo ao ente público lesado, além de reparar o dano causado. Afinal, ao assim proceder a empresa estará atuando no máximo de suas possibilidades dentro de sua estrutura. Essa atuação máxima que a empresa pode ter em seu âmbito interno é o ponto nodal a ser avaliado para verificar a eficácia do programa. Logo, ao avaliar o programa a administração pública deve fazer a seguinte pergunta: A aplicação do *compliance* fez a empresa atuar no máximo de suas possibilidades internas? Caso a resposta seja positiva, a exclusão das sanções é uma medida que deve ser prevista e lei e considerada pelo agente sancionador. (COSTA. Pedro Luiz Chagas; ROCHA. Silvio Luis

Caso todos esses fatores estejam presentes e for verificado que o agente infrator agiu no máximo de suas capacidades, a exclusão da sanção é um fator que deve ser considerado. Como será visto mais adiante, o diploma legal sob estudo não previu essa possibilidade após a instauração do processo administrativo, mas somente antes da instauração, o que já significa um considerável avanço legislativo.

Não se pode deixar de considerar que muitos dos atores previstos como destinatários das sanções na Lei nº. 13.506/2017 são pessoas jurídicas. Isso quer dizer que, como pessoa criada pela vontade humana que é, a pessoa jurídica apenas existe no mundo do direito e pela vontade externada por aqueles qualificados em seus estatutos, contratos, órgãos administradores e prepostos.¹⁵⁰

Ou seja, todo ato lesivo a ser sancionado em face dessas pessoas terá quase sempre a participação de um fator humano. E o homem como ser imperfeito que é por natureza, encontra-se sempre sujeito a falhas e disfunções. Um modelo sancionador capaz de identificar e corrigir essas falhas, é o que se pretende aplicar no processo administrativo da Lei nº. 13.506/2017 para que o BACEN não se desapegue da busca pelo interesse público.

Obviamente que a possibilidade de exclusão das sanções não deve ser aplicada em todo e qualquer caso, mas principalmente naqueles em que o ato lesivo for cometido de maneira isolada, ou seja, sem o comprometimento do sistema e da confiança depositada pelos usuários. Situações como essas, como inclusive já defendi

Ferreira. O programa de integridade como instrumento de exclusão das sanções administrativas na lei anticorrupção. Plenum Direito Administrativo. Editora Plenum. Ano VII, n. 25 (jan./mar. 2020). Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2020. P. 156).

¹⁵⁰ Nesse sentido, são as palavras de Caio Mário ao tratar da natureza da pessoa jurídica à luz da teoria da realidade jurídica: “o direito se constitui por causa dos homens – *hominum causa*. O princípio é e continua verdadeiro, pois que o reconhecimento da personalidade jurídica aos entes morais só encontra justificativa nos interesses humanos que se lhes ligam. O que se nega, com a atribuição daquela personalidade, e nega-se com razão, é que somente a pessoa possa ser sujeito de direito. O ser humano o é sempre. Contudo, além dele, estes seres criados pela vontade humana, para servir aos seus interesses e preencher finalidades sociais, também podem sê-lo. O que é preciso é admiti-lo francamente sem artificiosidades inúteis.” (Instituições de Direito Civil. 11ª ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro. Forense. Volume III. P. 259).

anteriormente, são facilmente identificáveis e corrigidas pelos órgãos de controle interno ou externo.¹⁵¹

Por outro lado, quando a pessoa já está contaminada pelo cometimento recorrente de ilícitos, inclusive com o envolvimento direto da alta direção da pessoa jurídica ou participação dos próprios agentes públicos, a possibilidade de exclusão das sanções ficará prejudicada.¹⁵²

Deste modo, para fins de atender ao interesse público que visam proteger, a relação das instituições financeiras com o direito administrativo, notadamente o sancionador, deve obedecer ao que a doutrina vem conceituando de regulação responsiva, onde persuasão e punição podem conviver e se complementar.

Em outros termos: deve-se identificar se a sanção é de fato a melhor resposta para o ilícito cometido e, caso não seja possível a exclusão da sanção é que esta deve ser aplicada, seguindo os parâmetros supracitados, de que a sanção será benéfica ao mercado como um todo, inclusive aos usuários individuais, que devem se sentir protegidos de que a sanção aplicada será capaz de evitar o cometimento de novas infrações e não irá abalar a confiança no sistema financeiro.¹⁵³

Pretendeu-se nesse capítulo delimitar como as normas do direito administrativo, notadamente o sancionador, se relacionam com as instituições financeiras. Passa-se a seguir, demonstrar brevemente como o processo administrativo sancionador previsto na Lei nº. 13.506/2001 atua perante as instituições financeiras.

¹⁵¹ *Op. cit.* 157.

¹⁵² *Ibid idem.*

¹⁵³ Nesse sentido, adota-se a posição de Alice Voronoff, *verbis*: “Em suma, para a regulação responsiva, punição e persuasão não são incompatíveis; ao contrário, elas são estratégias que podem e devem conviver dentro de um mesmo modelo regulatório. A regulação deve ser circunstancialmente cooperativa, rígida e aberta a perdoar. A eficiência no alcance das finalidades de interesse público depende desse fluxo dinâmico. Há de se conceber um arranjo moldado a partir das complexidades de cada setor, no qual a cooperação apareça em primeiro plano, sem prejuízo da aplicação de respostas estatais progressivamente mais severas se e quando necessário.” (op cit. P. 149).

4. O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

4.1. *Histórico da atividade punitiva do Estado em face das instituições financeiras*

Como já visto nos capítulos anteriores, para fins deste trabalho, o marco regulatório das instituições financeiras ocorreu através da Lei nº. 4.595/64, recepcionada pela Constituição de 1988 como lei ordinária. Assim, muito embora a atividade punitiva do Estado sobre as instituições financeiras seja mais antiga, com destaque para a Caixa de Mobilização Bancária criada pelo Decreto nº. 21.499/1932, posteriormente substituída pela Superintendência da Moeda e do Crédito criada pelo Decreto-Lei nº. 8.495/1945, é através da Lei nº. 4.595/64 que o tema ganha destaque no cenário jurídico nacional.¹⁵⁴ Afinal, como já dito nesse trabalho, o Banco Central do Brasil, criado pela Lei nº. 4.595/64, possui diversos poderes de controle sobre as instituições financeiras. Em complementação a Lei nº. 4.595/64, foi editada a Resolução, nº. 494/78, posteriormente substituída pela Resolução nº. 1.065/85, que regulamentavam a aplicação de penalidades às instituições financeiras. Posteriormente, outras diversas resoluções e circulares sobre processo administrativo sancionador foram editadas pelo BACEN e somente foram revogadas com a entrada em vigor da circular nº. 3.857/2017 que disciplina os aspectos pormenores do processo administrativo sancionador da Lei nº. 13.506/2017 e será pormenorizadamente explorada ao longo desse capítulo.

Ressalte-se que a Lei nº. 4.595/1964 era extremamente frágil em termos de direito administrativo sancionador, o que resultava em insegurança jurídica aos administrados. Afinal, não havia descrição pormenorizada dos tipos das infrações, inexistia a previsão de instrumentos consensuais e não havia um rito processual capaz de conferir segurança jurídica suficiente para que o processo administrativo não se tornasse

¹⁵⁴ A título de exemplo, os §3º e 4º do art. 5º do Decreto nº. 21.499/32 conferiam poder de fiscalização e persecução à Caixa de Mobilização Bancária (disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21499.htm>. Acesso em 08.09.2020). Antes disso, o início da formalização da vida financeira brasileira ocorreu com a criação do Banco do Brasil por alvará em 12 de outubro de 1808, entretanto, durante essa pesquisa, não foram localizados poderes punitivos sob a atividade financeira no âmbito privado. (disponível em: <<http://revistatemalivre.com/MoedaeCredito.html>> Acesso em 08.09.2020).

um processo *kafkaniano*. Foi justamente nesse cenário de insegurança jurídica que foi editada a supracitada medida provisória nº. 784/2017, cuja proposta foi encaminhada ao Presidente da República pelo próprio BACEN que já considerava imprescindível a atualização de normas em vigor há mais de cinco décadas. O próprio BACEN, aliás, reconheceu essas fragilidades em apresentação pública sobre a Medida Provisória nº. 784/2017¹⁵⁵. De acordo com o BACEN, a proposta de atualização legislativa continha os seguintes objetivos: (i) melhorar a efetividade do processo sancionador, (ii) ampliar as alternativas de sanções, inclusive as de menor potencial ofensivo, (iii) conferir celeridade ao controle administrativo, (iv) uniformizar parâmetros de controle, e (v) aperfeiçoar critérios de gradação de penalidades.¹⁵⁶ Encaminhada ao congresso nacional, a Medida Provisória passou por célere tramitação, com parecer favorável na Comissão Mista do Congresso Nacional, bem como com a participação de diversos juristas e representantes do mercado nas audiências públicas realizadas, conforme se constata pelo Parecer CN nº. 01/2017.¹⁵⁷ Nessa oportunidade o Congresso Nacional corroborou com o mérito da Medida Provisória supracitada de aprimorar o controle do mercado financeiro e de capitais, notadamente os aspectos sancionatórios que possuíam defasagem de décadas, com opinião final pela constitucionalidade e juridicidade da Medida Provisória, que em seguida veio a ser convertida na Lei nº. 13.506/2017.

Por fim, ainda que não seja objeto central desse trabalho, não podemos deixar de citar ao tratarmos brevemente sobre o histórico da atividade punitiva do Estado sobre as instituições financeiras, que a criação da CVM pela Lei nº. 6.385/76 constitui um marco regulatório de extrema importância. Até então, tanto a disciplina do mercado financeiro, quanto do mercado de capitais era realizado pelo Conselho Monetário Nacional, juntamente com o BACEN, nos termos da já supracitada Lei nº. 4.595/64, complementada pela Lei nº. 4.728/65, que sistematizou e organizou o mercado de capitais. Assim, a partir da criação da CVM inicia-se a distinção realizada na parte

¹⁵⁵O BACEN reconhece essas questões em apresentação pública sobre a MP nº. 784/2017, que antecedeu a Lei nº. 13.506/2017. (disponível em: <https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/MP_784_Demarest_parte%20geral.pdf> Acesso em 08.09.2020)

¹⁵⁶Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/129569>> Identificação: MPV 784/2017. Acesso em 13.01.2021.

¹⁵⁷Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7160159&ts=1593908000328&disposition=inline>> Acesso em 13.01.2021.

introdutória desse trabalho entre mercado financeiro e de capitais, o que justifica a criação da CVM alguns anos depois, de modo a regular um mercado específico, que muitas vezes se conflui com o mercado financeiro, mas que possui como objeto central a regulação do mercado de capitais, como bem afirma Nelson Eizirik.¹⁵⁸ Nesse cenário, e com o objetivo central de individualizar a regulação dos mercados financeiro e de capitais, é promulgada a Lei n. 6.385/76, o que resultou na alteração do sistema bipartido de regulação financeira no Brasil previsto pela Lei. nº. 4.728/1965 – CMN E BACEN -, para um sistema tripartido – CMN, CVM e BACEN, como bem ressalta Nelson Eizirik em obra paradigmática sobre o tema.^{159_160}

Como já dito, por não ser tema desse trabalho, deixamos de tratar pormenorizadamente do regime sancionador da CVM, para apresentar as características sancionatórias do BACEN, órgão no qual a Lei nº. 13.506/2017 serviu como novo marco regulatório para uma legislação insuficiente que carecia de segurança jurídica aos administrados.

¹⁵⁸ “A Lei nº. 4.728/1965, designada Lei de Mercado de Capitais, voltava-se, por sua vez, à complementação da Lei nº. 4.595/1964, de forma a reorganizar e disciplinar o mercado de capitais. Em dezembro de 1976, foram editadas a Lei nº. 6.404 – Lei das Sociedades por Ações – e a Lei nº. 6.385, que criou a comissão de Valores Mobiliários, para exercer as funções de órgão regulador e fiscalizador do mercado de valores mobiliários, as quais, até então, eram atribuídas ao BACEN. O legislador optou por distribuir a competência normativa e fiscalizadora a ser exercida sobre o mercado entre as duas entidades, cabendo ao Banco Central a disciplina do sistema financeiro bancário, monetário e creditícios, especificamente, aquela relacionada ao mercado de valores mobiliários.” (op. cit. p. 259).

¹⁵⁹ “A estrutura do mercado financeiro *lato sensu* passou do modelo bipartido da lei nº. 4.728/1965 para o modelo tripartido da Lei nº. 6.385/1976, com clara distinção entre os objetos, de um lado, do mercado financeiro *stricto sensu* e, de outro, do mercado de capitais. O Conselho Monetário Nacional conservava seu papel de órgão superior, ditando as políticas a serem observadas nos dois mercados, cabendo à CVM, a disciplina, a fiscalização e a sanção no âmbito do mercado de valores mobiliários, continuando o BACEN com as mesmas funções quanto ao mercado financeiro.” (op. cit. p. 260).

¹⁶⁰ Interessante notar que o projeto de lei 2600/1976, que deu origem a Lei. 6.385/76, já prevê a distinção técnica entre mercado financeiro e de capitais, bem como que ambos os mercados se confluem em determinados momentos, o que também acarreta na competência reguladora da CVM quando as instituições tipicamente financeiras operam no mercado de capitais. A leitura dos itens 5, 6, 17 e 25 da mensagem nº. 203 que justifica o encaminhamento do projeto de lei, deixam evidente tanto a distinção entre os mercados, quanto sua confluência em diversas ocasiões, o que obriga a CVM e o BACEN a manterem um intercâmbio contínuo de informações. (disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10AGO1976.pdf#page=10>>; Acesso em 09.09.2020).

Eis, portanto, o breve histórico do processo administrativo sancionador incidente sobre as instituições financeiras até a promulgação da Lei nº. 13.506/2017, cujos pormenores passarão a ser analisados nos subcapítulos seguintes.

4.2. *Características e análise crítica da Lei nº. 13.506/2017*

A Lei nº. 13.506/2017, foi publicada em 14 de novembro de 2017 com o objetivo de sistematizar o processo administrativo sancionador nas esferas de atuação do Banco Central (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

No BACEN, a lei atualiza o arcabouço regulatório e eleva a matéria, que até então era tratada majoritariamente em legislações infra legais, ao plano de lei ordinária federal. A respeito da CVM, cujo marco regulatório da lei 6.395/76 já havia sofrido atualizações mediante normas alteradoras, a lei apresenta melhorias com o objetivo de fortalecer a confiança e a credibilidade dos agentes do setor na atuação eficiente do regulador.

A lei se dedica majoritariamente ao âmbito do BACEN, mas por razões óbvias: como visto no capítulo anterior, este órgão regulador carecia de um marco legal que tratasse do tema, enquanto a CVM, não apenas já tratava do processo administrativo através de lei federal, mas principalmente já dispunha de métodos mais sofisticados de resolução de conflitos como a celebração de termo de compromisso introduzido pela lei nº. 9.457/97 e que somente veio a ser introduzido no BACEN com a Lei nº. 13.506/2017¹⁶¹

Logo no artigo primeiro a lei impõe um recorte importante: trata exclusivamente de processo administrativo sancionador, aqui já definido como a sucessão encadeada de atos administrativos que possam acarretar efeitos desfavoráveis aos

¹⁶¹ “O Termo de Compromisso, consagrado no sistema de regulação do mercado de valores mobiliários brasileiro, mediante a introdução, pela Lei nº 9.457/1997, dos §§5º a 8º do artigo 11, da Lei nº 6.385/76, foi inspirado na figura do Consent Decree norte-americano, que, por sua vez, também serviu de inspiração para a instituição, na Legislação Antitruste (Lei nº 8.884/1994, do Compromisso de Cessação)” (EIZIRIK, Nelson; op. cit. p. 354).

administrados. Afinal, como já se afirmou linhas acima, o processo sancionador é somente uma das faces que o processo administrativo pode assumir.

Em seguida a lei passa a individualizar e sistematizar seu âmbito de incidência, quanto ao BACEN no capítulo segundo e sobre a CVM no capítulo terceiro. Ao final, a lei ainda apresenta o capítulo quarto com algumas disposições finais e transitórias.

Em razão da limitação desse trabalho ao regime sancionador no âmbito do BACEN, apresentaremos no subcapítulo seguinte as principais características da nova legislação, juntamente com as normas circulares nº 3.857/2017 e 3.910/2018 que regulamentaram o processo administrativo sancionador e esclarecem algumas lacunas da lei.

A respeito das referidas circulares, cumpre esclarecer que ambas foram editadas com o objetivo de conferir efetividade ao art. 36 da Lei nº. 13.506/2017 e regulamentar a aplicação do diploma legal. Assim, primeiramente o BACEN editou a circular nº. 3.857/2017, posteriormente alterada pela circular nº. 3.910/2018, que dispõe sobre questões como o rito do processo administrativo sancionador, penalização, medidas acautelatórias e instrumentos consensuais, conforme preceitua sua ementa.¹⁶²

Dado o caráter normativo que possui a referida circular, torna-se necessário esclarecer se: (i) a norma em questão extrapola a função regulamentar do poder executivo; e (ii) a norma resolve – ou menos auxilia na solução – algum dos problemas levantados no decorrer desse trabalho a respeito da Lei nº. 13.506/2017.

A respeito da relevância do item ‘i’, deve-se esclarecer que, não obstante ao nosso ver ser inquestionável o poder regulamentar do BACEN, sem que isso

¹⁶² Dispõe sobre o rito do processo administrativo sancionador, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão previstos na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 201.

caracterize uma violação ao princípio da reserva de lei, ainda se discute na doutrina a extensão desse poder, conforme sustenta Eros Roberto Grau em obra famosa ¹⁶³

Para responder a essa possível problemática, acolhemos o precedente paradigmático do Superior Tribunal de Justiça, no qual a Corte Superior reconheceu a sensibilidade do tema, entretanto decidiu pela legitimidade legislativa do BACEN e do CMN desde que observadas suas competências legais. ¹⁶⁴

¹⁶³ “Vimos, assim, que o Legislativo não é titular de monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta, como a recepção irrefletida da teoria da ‘separação’ dos poderes, à primeira vista, indica. (...) Um outro ponto, de toda sorte, atinente ao tema dos regulamentos, deve ser ferido. É que nossa doutrina tem, com grande frequência, aludido ao princípio da legalidade como impediente do exercício, pelo Poder Executivo, da função regulamentar, salvo no que respeite à produção de regulamentos de execução.” (O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 9ª Ed. Malheiros: São Paulo. 2014. p. 240).

¹⁶⁴ *Verbis* para o trecho do voto da Relatora Min. Eliana Calmon: “(...)O tema central da controvérsia diz respeito ao poder normativo e regulamentar do Banco Central do Brasil, assunto que merece uma pequena digressão para a exata compreensão da querela. O Sistema Jurídico Brasileiro, a par de reconhecer como sendo da alçada do Legislativo a tarefa de elaborar as normas de caráter geral e abstrato, outorga ao Executivo o poder regulamentar (art. 84, IV, da CF), com a devida cautela para que não seja invadida pelo regulamento a área constitucionalmente reservada à lei formal. Entretanto, na observação de Helly Lopes Meireles: os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias, que surgem a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar as normas legislativas incompletas ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. Por outro ângulo, tem-se hoje o entendimento de que o Presidente da República pode delegar o poder de regulamentação aos seus ministros, conforme previsto no art. 84, § único, da CF. Doutrina e jurisprudência reconhecem que uma das áreas mais sensíveis ao poder regulamentar é o setor que abrange as instituições financeiras, sujeitas a um conjunto de leis que abrange normas regulamentares de nível inferior, representadas pelas resoluções. Daí o poder normativo do Conselho Monetário Nacional, como consta da Lei 4.595/64 que, ao disciplinar o mercado financeiro, editou verdadeiras normas em branco, cujo conteúdo é preenchido com suas deliberações. Assim, podemos dizer que o sistema tem suas normas estruturais formuladas pelo Legislativo; as normas conjunturais sobre a política da moeda e do crédito ficaram a cargo do Conselho Monetário Nacional, mediante resolução. O poder regulamentar do CMN é específico: atuar na área da política das instituições monetárias, bancárias e creditícias, cabendo ao Banco Central do Brasil, na execução da política econômica e monetária, monitorar o mercado, intervindo quando preciso, determinando medidas que compatibilizem os mecanismos de estabilização da moeda e preservem os interesses dos investidores. Para tanto, age como autoridade monetária, administrando as reservas monetárias externas e gerenciando o câmbio. Tecnicamente, dividem-se as funções do Bacen em: típicas, abrangendo todas as atividades relacionadas com a gestão da moeda, como a gestão da política cambial; e atípicas, por exclusão, as atividades que não se enquadram como típicas e que estão listadas nos arts. 10 e 11 da Lei 4.595/64. (...). Como foi dito acima, na interpretação das normas que formam o Sistema Financeiro Nacional, deve-se ter em conta a possibilidade de delegação de um para outro órgão, diante da rapidez das operações financeiras, especialmente as ligadas ao mercado internacional. Daí a só-preocupação de não invadirem os órgãos administrativos a área reservada ao Legislativo. Na hipótese dos autos, afasta-se a idéia de invasão do campo formal legislativo, diante das competências do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, verificando-se,

Já quanto a relevância do item ‘ii’, faz-se necessária uma breve análise dos dispositivos da circular à luz dos problemas levantados para que a problemática seja solucionada. Ressalte-se que não será realizada a análise da íntegra da circular, pois não se trata do foco desse trabalho, mas somente os dispositivos que, ao nosso ver, interferem nas problemáticas a serem estudadas. Assim, para permitir uma análise conjuntural da lei federal e das resoluções, trabalhar-se-á os dois pontos supracitados em conjunto com a lei no subcapítulo seguinte, no qual passa-se a apresentar os principais pontos e problemas da lei nº. 13.506/2017.

4.2.1. *No Banco Central do Brasil*

Ao iniciar o tratamento conferido ao regime sancionador no BACEN, o legislador dispõe no artigo segundo que pretende estabelecer um recorte a respeito das pessoas destinatárias do regime jurídico sancionador imposto. Ou seja, dizer quem são os sujeitos ativos responsáveis pelas infrações ali previstas, quem pode ser punido, sofrer medidas coercitivas e participar dos meios alternativos de solução de conflitos positivados pelo diploma legal. De acordo com o referido artigo, além de aplicável às instituições financeiras, a lei também incide em face das demais instituições supervisionadas pelo BACEN e integrantes do Sistema Brasileiro de Pagamentos. Até então nenhuma novidade, em razão do disposto no art. 2º do regimento interno do BACEN.¹⁶⁵

Entretanto, ao pormenorizar seus destinatários nos parágrafos primeiro e segundo, a lei estende o respectivo regime jurídico as pessoas físicas que incidam nos

pelas notas transcritas, que a fixação das taxas cambiais fica com o Conselho, mas este pode delegar tal tarefa ao BACEN nas urgências ou para evitar desequilíbrio no balanço de pagamento. Parece clara a delegação, sendo imprescindível flexibilizar-se a interpretação legislativa, sob pena de equivocada conclusão, diante da lógica do sistema, suficientemente regado para não ser arbitrário, o que levaria às raias da inconstitucionalidade, mas permissivamente poroso para permitir normatização rápida e eficaz, a fim de atender às urgências. (...)” (STJ, Recurso Especial nº. 507.123, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 01.09.20105, DJ 19.09.2005).

¹⁶⁵ Art. 2º O Banco Central tem por finalidade a formulação, a execução, o acompanhamento e o controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior; a organização, disciplina e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Consórcio; a gestão do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e dos serviços do meio circulante.

comportamentos descritos no rol dos incisos do parágrafo primeiro. Dito isso, importante saber qual seria o limite dessa extensão da responsabilização das pessoas físicas. Afinal, em dois momentos, a lei utiliza de conceitos abertos para descrever seus destinatários, quais sejam: (i) quando prevê a incidência sobre “outros órgãos previstos no estatuto” (art. 2º, §1º, III), e (ii) quando prevê sua aplicação aos “responsáveis técnicos das pessoas jurídicas que prestem os serviços mencionados no inciso II do §1º deste artigo” (art. 2º, §2º). Portanto, indaga-se se quaisquer outros membros de órgãos da companhia poderiam ser responsabilizados nos termos da lei e se quaisquer responsáveis técnicos, inclusive terceirizados, também estão aptos a sofrer as penalidades ali descritas.

Assim, ainda que a leitura literal do dispositivo permita concluir pela resposta afirmativa a indagação acima, não nos parece que esta seja a melhor resposta à luz do conceito adotado neste trabalho para o direito administrativo sancionador. Afinal, ainda que seja razoável que a lei não gere impunidade, a possibilidade de aplicação de sanções à luz de conceitos abertos permite questionar a segurança jurídica do dispositivo legal.¹⁶⁶ Nesse sentido, a lei deveria ter feito a distinção agente causador do dano e responsável pelas sanções, tal como, por exemplo, faz o código civil no artigo 932 ao atribuir responsabilidade aos pais e tutores pelos atos dos filhos e pupilos. Trata-se da distinção entre agente e responsável, corretamente identificada pelo professor Silvio Luis Ferreira da Rocha ao tratar de tema semelhante na Lei nº. 12.846/2013 (anticorrupção).

¹⁶⁷ Assim, no caso da lei nº. 13.506/2017, deveria o legislador ter distinguido essas pessoas ou estabelecido um corte na extensão da responsabilização.

¹⁶⁶ A respeito do princípio da segurança jurídica, adota-se o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem: “Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo. Enquadra-se, então, entre os princípios gerais de Direito, dos quais o nunca assaz citado Eduardo García de Enterría disse, com irretocável perfeição: Conviene recordar a este propósito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, em uma abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada tecnicamente em función de los problemas jurídicos concretos y objetivada em lá lógica misma de las instituciones” (Curso de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo. Malheiros: 2019.p. 127).

¹⁶⁷ “No âmbito administrativo também se admite a dissociações entre agente e responsável. Como regra, o sujeito infrator é quem deve suportar as consequências de seu ato, isto é, sofrer a sanção prevista na norma primária em decorrência da violação da conduta prevista na norma secundária. Há situações em que o ordenamento jurídico atribui à sanção a pessoa diversa do sujeito infrator,

Ressalte-se que as circulares nº. 3.857 e 3.910 nada acrescentam a respeito da extensão da responsabilidade prevista no artigo segundo, de modo que não há o que se destacar nesse sentido.¹⁶⁸

No artigo terceiro a lei passa a descrever um extenso rol de condutas passíveis de punição, através de dezessete incisos auto explicáveis, mas que, por outro lado, em algumas hipóteses não definem as infrações com precisão. Consequência disso é a existência de conceitos vagos e abertos, como por exemplo – mas não se limitando -, a hipótese dos incisos terceiro e décimo segundo do dispositivo, que tratam respectivamente de embarço à fiscalização do BACEN e atuação sem diligência e prudência.

A questão exposta no parágrafo acima acarreta a possibilidade de medidas sancionadoras por parte do BACEN com base em conceitos abertos, vagos e/ou que podem fomentar interpretações dissonantes quanto a sua aplicação, o que pode acarretar na violação ao princípio da tipicidade das infrações administrativas. Fábio Medina Osório esclarece que a aplicação do princípio da tipicidade no âmbito administrativo tem ensejado diversas controvérsias quanto ao seu alcance, entretanto,

denominada, assim, responsável subsidiário. É possível existir, portanto, uma dissociação entre o sujeito infrator e o responsável, seja porque o sujeito infrator é inimputável – isto é a ele não pode ser atribuída a responsabilidade por aquela conduta -, seja porque a sanção pode ser transmitida à outra pessoa.” (Lei Anticorrupção. eBook Kindle. p. 32/33)

¹⁶⁸ Poder-se-ia dizer que o artigo 69 da Lei nº. 13.506/2017 resolveria essa problemática, entretanto, não é o que nos parece. Isso porque o referido dispositivo legal trata da proibição das instituições financeiras realizarem operações de crédito com partes relacionadas, definidas pormenorizadamente no rol de incisos do §3º. Entretanto, não é o objetivo do referido dispositivo legal estabelecer responsáveis pelas penalidades da lei. Além disso, nos parece que seria um exagero responsabilizar, por exemplo, consanguíneos até o segundo grau dos diretores da pessoa jurídica (§3º, II e III)

seria de aplicabilidade inquestionável pois tratar-se-ia de desdobramento necessário à legalidade garantista.¹⁶⁹⁻¹⁷⁰

De acordo com Daniel Ferreira a adoção de conceitos jurídicos indeterminados não representa um problema caso a norma seja compreensível pelo destinatário¹⁷¹. No mesmo sentido são as palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia para quem a previsibilidade dos atos infracionais é direito fundamental do cidadão.¹⁷²

Nessa oportunidade, consideramos que é impossível ao direito prever todos os atos que possam ser atentatórios aos bens jurídicos protegidos pelas instituições financeiras. Afinal, são inúmeros os atos que podem trazer prejuízos aos atores do

¹⁶⁹ *Verbis*: “Princípio da tipicidade. A tipicidade é uma garantia comumente trabalhada no Direito Penal e que, ademais, tem ensejado várias controvérsias quanto ao seu alcance formal e material. Sem embargo, a teoria da tipicidade é um fenômeno peculiar ao direito, sem uma necessária vinculação com a ideia de tipos penais. Daí por que, naturalmente, os tipos entram no campo administrativo, desempenhando determinadas funções. E resulta claro, além disso, que a tipicidade desempenha várias funções de dar desdobramentos necessários à legalidade garantista do Direito Punitivo dentro de um núcleo conceitual que se projeta em várias direções. A tipicidade oferece densidade normativa detalhada à legalidade.” (op cit. p. 226/227)

¹⁷⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, esclarece que “a configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível” (Curso de Direito Administrativo. 25ª Ed. 2008. Malheiros Editores. p 837/ 839).

¹⁷¹ *Verbis*: “Neste ambiente surge, ainda, a discussão acerca da (im) possibilidade de a lei adotar conceitos jurídicos indeterminados para estipulação da moldura normativa tipificante (e.g., presteza e urbanidade – incisos V e XI do art. 116 da Lei 8.112/1990). Entende-se não haver problemas nisso, desde que o destinatário da norma possa – por qualquer meio prévio – segura e objetivamente compreender em que consiste a obrigação proibição, e que não se admita haver discricionariedade administrativa (entendida como liberdade, ainda que nos limites da lei) na conclusão de alguém ter incidido, ou não, no comportamento reprovável.” (FERREIRA, Daniel. *Infrações e Sanções Administrativas: Panorama Geral*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p.14).

¹⁷² *Verbis*: “direito fundamental dos administrados que as normas que fixem infrações e respectivas sanções administrativas permitam uma aferição objetiva de previsibilidade de modo que possa orientar as suas condutas e comportamentos. Fora desta compreensão, portanto, estarão quaisquer normas que apenem ações e omissões de terceiros que não apresentem um grau mínimo de previsibilidade. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014).

mercado e sociedade em geral. De todo modo, os atos infracionais previstos em lei devem garantir aos particulares que gerenciam atividades financeiras, o maior grau de segurança jurídica possível dentro do bojo de sua atividade.

Para superar possíveis problemáticas decorrentes da tipicidade das normas que impõem infrações propomos nessa oportunidade uma leitura do procedimento de decisão administrativa à luz do recém introduzido artigo 20 da LINDB. Com isso, pode-se atribuir a determinada conduta a qualidade de infração punível nos termos do artigo terceiro da lei sob estudo.

Em completa exposição sobre o procedimento de decisão administrativa, acolhida nesse trabalho, Ricardo Martins conclui que na hipótese de a regra ser abstrata, a enunciação do procedimento de decisão é obrigatória, pois é o meio adequado para a administração justificar se a decisão tomada, no sentido de editar ou não o ato administrativo, está de acordo com o direito.¹⁷³ Em outras palavras: para concluir se a conduta se encontra (ou não) abarcada pelo rol do artigo terceiro da lei sob exame, a administração não pode deixar de enunciar o procedimento de decisão. Afinal, em caso de instauração de processo administrativo sancionador, o autor da conduta poderá sofrer severas sanções, conforme será visto mais adiante, o que justifica a utilização pela administração pública de todas as análises necessárias para que se decida pela ocorrência ou não da infração.

¹⁷³ Acolhe-se nesse ponto a posição de Ricardo Martins, *verbis*: “Posto isso, como regra geral, pode-se afirmar que a enunciação do procedimento de decisão é obrigatória em quatro casos: (1) sempre que houver o afastamento de um princípio formal, ou seja, o afastamento total ou parcial de uma regra abstrata ou a edição de um ato administrativo não fundado na prévia edição de uma regra abstrata; (2) sempre que a aplicação da regra abstrata, em decorrência de sua própria textura, exigir a avaliação do aplicador; (3) sempre que a aplicação da regra abstrata for inquestionável, tendo em vista a incidência de princípios opostos; (4) sempre que a omissão administrativa, apensar da inexistência de uma regra abstrata, for questionável por força da incidência de princípios opostos. Nessas quatro hipóteses há a necessidade de obtenção de consenso social e, por isso, impõe-se, via de regra, a integral explicitação do procedimento de decisão, havendo dúvida, porém, por mínima que seja, sobre a necessidade de obtenção de consenso, impõe-se a enunciação do procedimento ” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. V. 5. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 113).

Nesse sentido, temos que o procedimento de decisão administrativa deve necessariamente observar os recém introduzidos artigos 20 e 22, §§ 2º e 3º da LINDB (Lei nº. 13.655 de 2018), já citados anteriormente nesse trabalho. Dentre os objetivos dos referidos dispositivos legais, está justamente em regular situações como aquelas sob exame. Assim, (i) de acordo com o art. 20 da LINDB, “(...) não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, (ii) de acordo com o §2º do art. 22, “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. ”, e (iii) de acordo com o §3º do art. 22, “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”¹⁷⁴

A respeito da aplicabilidade dos referidos dispositivos legais, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas – em posição recentemente acolhida pelo e. STF -, explicam que o procedimento de decisão de dizer se: **(i)** o agente público dispõe de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, está no exercício de uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; **(ii)** a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas

¹⁷⁴ Nesse sentido, Maria Silvia di Pietro afirma: “É importante, nessa matéria, aplicar a norma do artigo 22, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzido pela Lei nº 13.655/18. O § 2º determina que “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”. Essa norma torna mais rígida a exigência de motivação do ato punitivo, porque deverão ser levados em conta, necessariamente, os fatores mencionados no dispositivo, sempre passíveis de apreciação judicial. Não se pode dizer que a Administração possa basear-se em razões de oportunidade ou conveniência para decidir qual a penalidade a ser aplicada; ela terá que escolher, diante dos fatos, qual a sanção cabível para punir o servidor, cumprindo a finalidade punitiva prevista na lei. Ela terá que levar em conta o princípio da razoabilidade, em especial em seu aspecto de proporcionalidade dos meios aos fins. Por isso mesmo, na punição administrativa, a motivação do ato pela autoridade julgadora assume fundamental relevância, pois é por essa forma que ficará demonstrado o correto enquadramento da falta e a dosagem adequada da pena. Também é importante, quanto à escolha da sanção cabível, a observância da norma do artigo 22, § 3º, da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/18, pela qual “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. O objetivo é impedir a cumulação de sanções que decorreria da sobreposição de instâncias de apuração de responsabilidade. ” (op.cit.. p. 809)

e o seu viés intrusivo; e **(iii)** se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.¹⁷⁵⁻¹⁷⁶

Além disso a circular nº. 3857 apresenta duas importantes complementações para solucionar a problemática dos tipos abertos do artigo terceiro da Lei nº. 13.506/2017. Primeiramente, ao discriminar com maior precisão no artigo 3º, §1º, os bens jurídicos tutelados, o que ao nosso ver reduz a margem de discricionariedade do administrador público para fins de caracterizar a infração com base do artigo terceiro da lei. Em segundo lugar, ao nosso ver, a seção VIII da circular, que compreende os artigos 32 a 34, estabelece alguns requisitos para a tomada da decisão administrativa, o que confere maior segurança jurídica ao administrado. Mais especificamente, o artigo 32 estabelece os requisitos essenciais da decisão, quais sejam, o relato, os fundamentos e o dispositivo.

Ressalte-se que os dispositivos da circular não resolvem a problemática por si próprios, de como que o procedimento de decisão também deve ser enunciado no ato administrativo que instaura o processo sancionador, estabelecendo inclusive o objeto da investigação com a maior precisão fática e jurídica possível. Deste modo, em relação aos tipos de infração descritos no artigo terceiro da lei que não estão descritas com precisão, defende-se que o procedimento de decisão administrativa observe as circunstâncias fáticas do caso, conforme exposto nessa oportunidade, para decidir se a conduta será caracterizada como infração (ou não). Trata-se do exame dos motivos que permite com que a discricionariedade da administração seja reduzida, como leciona Maria Silvia Di Pietro ao examinar o tema da tipicidade nas infrações administrativas.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Cuida-se de uma motivação para além da exigida pelo disposto no art. 50 da Lei nº. 9.784/1999. A prescrição que ora se comenta é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição. Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança par a Inovação Pública. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019. P. 37)

¹⁷⁶ Emb. Decl. na Ação Cautelar 3.637 Rondônia. Rel. Min. Edson Fachin. J. 13.09.2018

¹⁷⁷ Sobre o tema, Maria Silvia Di Pietro acrescenta o seguinte: “No direito administrativo, existe a exigência de antijuridicidade, que constitui aplicação do princípio da legalidade, significando que o ilícito administrativo tem que ter previsão legal. No entanto, a tipicidade nem sempre está

Em seguida, no artigo quarto, a lei apresenta as infrações consideradas graves e que por essa razão podem ser sancionadas de maneira mais rígida conforme será visto mais adiante. Ao contrário das infrações descritas no artigo terceiro, não nos parece aqui haver tipos abertos. Pelo contrário, por se tratar das infrações que acarretam em punições mais rígidas, o legislador andou bem ao estabelecer tipologias mais fechadas, reduzindo com maior precisão a atuação discricionária da administração para atribuir a infração ao agente.

Em seguida, a lei passa na seção três, a tratar das penalidades em seis dispositivos que merecem atenção detalhada. Afinal o tema da penalização no direito administrativo sancionador, notadamente quando resulta em evidente caráter arrecadatório pelo Estado, além de gerar infindáveis discussões sobre seus limites e

presente, tendo em vista que muitas infrações administrativas, ainda que previstas em lei, não são descritas com precisão, ou seja, não correspondem a um modelo definido em lei. É o que ocorre, por exemplo, com as infrações previstas na Lei nº 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 87 se limita a falar em “inexecução total ou parcial do contrato”, mencionando as sanções, sem especificar as hipóteses em que são cabíveis; seria uma situação comparável às normas penais em branco, previstas no artigo 3º do Código Penal, em que a definição da infração fica dependendo de ato normativo de outro órgão; no caso da licitação, normalmente são os editais de licitação e os contratos que indicam o conteúdo das infrações. Outro exemplo é o que consta do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261, de 28-10-68), que prevê infrações como falta grave, procedimento irregular de natureza grave e incontinência pública e escandalosa, às quais são cominadas, respectivamente, penas de suspensão, demissão e demissão a bem do serviço público. Essas infrações ficam sujeitas à apreciação da Administração Pública, que deverá decidir diante das circunstâncias de cada caso concreto. É a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público. Já em algumas leis, a tipicidade é observada, como ocorre, por exemplo, com o Código Nacional de Trânsito. Como a lei não define essas infrações, tem-se a impressão de que a Administração é inteiramente livre para enquadrar determinadas faltas funcionais em uma ou outra categoria. Mas, diante do caso concreto, a discricionariedade será bastante reduzida pelo exame do motivo, ou seja, dos fatos que cercaram a prática do ato ilícito. Em matéria de servidor, por exemplo, circunstâncias como a natureza do cargo, as consequências para o serviço público, as repercussões sociais influirão necessariamente na decisão administrativa. O mesmo fato que seria considerado de pequena gravidade quando praticado por um servente, um datilógrafo, uma secretária, poderá assumir proporções muito maiores se praticado por um professor, um policial, um advogado público, que têm responsabilidades muito maiores inerentes à própria dignidade da instituição a que pertencem.” (Idib. p. 808).

modelos ideais. Basta uma simples pesquisa na jurisprudência dos órgãos de controle, que não será difícil localizar precedentes que extrapolam os limites do direito¹⁷⁸.

No artigo quinto a lei apresenta o rol das sanções aplicáveis aos seus destinatários previstos no artigo segundo, seja de forma isolada, seja de forma cumulativa. A questão da cumulatividade de sanções é um dos temas que tem mais sido debatidos no direito administrativo, já que as legislações insistem em manter essa possibilidade com poucos limites legais, tal como fez a lei 13.506/2017. A problemática fica evidente pela obra da Professora Maria Silva Di Pietro, que ao tratar do tema como um dos mais relevantes do direito administrativo, sustenta que deve ser analisado pelos órgãos de controle à luz de um sistema de unicidade do poder punitivo estatal ¹⁷⁹. Percebe-se pela análise da lei, que a única limitação imposta à cumulatividade está no artigo nono que limita as penalidades previstas nos incisos III à VI do artigo quinto, às infrações graves. Trata-se das seguintes penas: (i) proibição de prestar determinados serviços para as instituições mencionadas no caput do art. 2º da lei, (ii) proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação, (iii) inabilitação para atuar como administrador

¹⁷⁸ v. exemplo da Portaria nº. 45/2015 do Procon do Estado de São Paulo, na nota de rodapé nº. 26.

¹⁷⁹“Muitas vezes, a mesma penalidade é prevista em diferentes leis: a pena de multa, por exemplo, é prevista na Lei nº 8.666/93, na lei de improbidade administrativa, na lei anticorrupção, na legislação de defesa da concorrência, na legislação dos Tribunais de Contas. A pena de declaração de inidoneidade é aplicável com base na lei de licitações e também se insere na competência dos Tribunais de Contas. A proibição de receber incentivos, subsídios ou outros benefícios do poder público é prevista na lei anticorrupção e na lei de improbidade administrativa. Também a reparação de danos (que não tem caráter sancionatório) é prevista em todas essas leis. Apesar da norma do artigo 30 da Lei nº 12.846/13 prever a autonomia das esferas de apuração de responsabilidade e apesar de outras leis estabelecerem penalidades da mesma natureza para o mesmo tipo de infração, a razoabilidade (inerente ao princípio do non bis in idem) recomenda que não haja aplicação da mesma penalidade, pelo mesmo fato, por instituições diferentes. Já foi realçado, com relação aos efeitos expansivos do acordo de leniência, o sistema de unicidade do poder punitivo do Estado. A mesma ideia é inteiramente aplicável no que diz respeito à sobreposição de esferas de apuração de responsabilidade. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com o acréscimo de dispositivos pela Lei nº 13.655, de 25-4-18, veio contribuir para a melhor solução, ao estabelecer, no artigo 22, § 3º, que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Trata-se de norma da maior relevância, dirigida aos órgãos de controle, obrigando-os a levar em consideração outras sanções da mesma natureza, já aplicadas em outra instância de apuração de responsabilidade.¹ Também no que diz respeito à reparação do dano, não é aceitável que, pelo mesmo fato, que causou prejuízo ao erário, a indenização ocorra mais de uma vez. Se o dano é um só, também a sua reparação deve ser única.” (op. cit. p. 1065)

e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º, e (iv) cassação de autorização para funcionamento.

Essa limitação, ao nosso ver, representa um ponto positivo da lei em relação aos administrados e um avanço em relação ao direito administrativo sancionador, pois, como já visto acima, a tipologia das infrações graves é mais fechada que as demais infrações previstas na lei. Ainda que nesses casos, não haja eliminação da discricionariedade, o móvel a ser utilizado pela administração pública para aplicação da sanção é inquestionavelmente restrito.¹⁸⁰

Infelizmente, não notamos avanços no sentido de que essas penas sejam aplicadas através de mecanismos que busquem aproximar o infrator da administração pública. Como já visto nos parágrafos acima, a proposta desse trabalho é que o direito administrativo sancionador se utilize de instrumentos próprios que venham a viabilizar o prosseguimento das atividades do administrativo, de modo que a punição não se encerre em si mesma, ou sequer venha a ser aplicada, como inclusive já defendemos anteriormente.¹⁸¹

Além disso, essas sanções carecem de explicações mais detalhadas na legislação para reduzir a margem de discricionariedade do agente público ao aplicar a sanção. Nesse sentido, somente as penas de inabilitação e de cassação possuem maiores detalhes nos artigos 8º e 9º, §2º.

¹⁸⁰ Móvel ou intenção é algo subjetivo, que reside na intimidade psicológica do sujeito que atua. (...). O móvel correspondente ao intento, ao propósito, do agente, à sua finalidade subjetiva, pessoal”. (BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Discricionariedade e controle judicial. 2. Ed. São Paulo. Malheiros: 2017. P. 87). É a partir desse conceito que se deve compreender o sentido da palavra ‘liberdade’ para se estabelecer o conceito de discricionariedade proposto pelo Autor, conceito este acolhido nesse trabalho, *verbis*: “Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” (Ibid. p. 48).

¹⁸¹ V. nota de rodapé nº. 149, na qual fazemos referência ao tema das sanções aplicadas na lei anticorrupção (Lei nº. 12.846) e dos mecanismos de integridade ali previstos. Naquela oportunidade, defendemos possibilidade de exclusão das sanções quando há reparação do dano causado, posição esta ratificada nesse trabalho.

A circular nº. 3857, ainda limita a pena base de proibição para prestar determinados serviços para as instituições mencionadas no caput do artigo 2º da lei, entretanto, a própria norma infra legal poderia apresentar um rol – ainda que exemplificativo – dos serviços, como por exemplo o exercício do cargo de direção em instituição financeira.

Certo é, por outro lado, que a pena deverá descrever pormenorizadamente os serviços proibidos. Ao nosso ver, ao utilizar o vocábulo ‘determinado’, o legislador pretendeu reduzir a margem de discricionariedade do administrador público e obrigar a especificação do serviço proibido.

Bem explicada e oportuna é a limitação da inabilitação a cargos cujo exercício dependa de autorização do BACEN, conforme preceitua o art. 8º. O dispositivo ainda é complementado pelo artigo 54 da Circular nº. 3857, que prevê quatro gradações para estabelecer o tempo máximo da pena.

Já quanto a pena de cassação, detalhada no §2º, trata-se da pena mais gravosa imputada pela lei, entretanto, a lei abre espaço para se discutir um possível caráter perpétuo dessa pena. Assim, deve-se discutir se a pena de cassação poderá levar o infrator a não trabalhar mais sob a supervisão do BACEN, o que aproximaria esta pena daquelas de caráter perpétuo, vedado pela CRFB/1988 no art. 5º, XLVII, b).

Uma solução que poderia ter sido adotada pelo legislador é que a pena de cassação fosse limitada somente para fins atividade ilícita praticada, mas que permitisse ao infrator voltar a trabalhar sob supervisão do BACEN após cumprir os requisitos que tratamos no capítulo anterior, quais sejam: reparar o dano causado e aplicar instrumentos para que o ilícito não volte a ocorrer, ou seja, determinando que o infrator atue no máximo de suas capacidades. Outra proposta seria a solução encontrada pela mesma lei nº. 13.506/2017 no artigo 35, que alterou dispositivos da Lei nº. 6.385/76 quanto ao processo sancionador na CVM e deu nova redação ao inciso VI do art. 11. Nessa oportunidade, a pena de cassação, foi substituída por proibição temporária até o máximo de vinte anos. Portanto, a respeito das sanções destinadas as infrações graves, percebe-se a ausência de

maiores detalhes – tanto na lei, quanto na circular - a respeito das sanções de proibição de prestar serviços, realizar atividades ou operação, previstas nos incisos III e IV do artigo 5º, de modo que tais proibições não se tornem uma espécie de cassação às avessas.

Ainda sobre as penalidades, a lei prevê no inciso I a penalidade de admoestação pública, na forma descrita no artigo 6º. Trata-se ao nosso ver de simples mudança de nomenclatura da tradicional pena de advertência imposta em outros regimes sancionatórios, sem maiores mudanças em seu regime jurídico.¹⁸²⁻¹⁸³

Por fim, a pena de multa, com a ressalva inicial que não pode ser confundida com as penas de ressarcimento direto ao erário. Sobre esse tema, nos filiamos aos ensinamentos de Fábio Medida Osório para quem as medidas de ressarcimento não seriam penalidades, mas sim de reparação pelo dano causado.¹⁸⁴⁻¹⁸⁵

¹⁸² Sobre a questão da pacificação dos conceitos no direito administrativo, importante lembrar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, em esclarecedora exposição sobre o tema: “A pacificação doutrinária ou jurisprudencial – quando ocorra – em torno de um conceito, não significa, de modo algum, que este sucesso se deva ao fato de ter sido encontrado o conceito “verdadeiro”, o “certo”. Em verdade, dado o caráter convencional do conceito, terá havido simplesmente a imposição ou a difusão maior dele, em face do prestígio de quem o propôs ou, afinal, por qualquer outra razão que haja contribuído para a adoção daquele ‘padrão’, daquele ‘modelo’ representativo de um conjunto de elementos arrecadados nas indicações do direito positivo. De todo o exposto, percebe-se que é completamente vã a procura de um conceito verdadeiro, excludente de quaisquer outros, por falsos, com validade universal para o ato administrativo” (Curso de Direito Administrativo. Malheiros: São Paulo. 34ª Ed. 2018. p. 388)

¹⁸³ O artigo 40 da circular nº. 3910, conceitua admoestação como sendo a “publicação, no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, da notícia sobre a imposição da pena e do texto especificado na decisão condenatória”.

¹⁸⁴ “O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmos termos em que ocorre com outras medidas, até porque a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de uma sanção administrativa, mesmo que assim venha denominada na legislação pertinente. De fato, medidas ressarcitórias, ainda que dotadas de finalidade intimidatórias, não podem, pura e simplesmente, ser tratadas como sanções administrativas. Tal é o caso, por exemplo, de medidas fiscais gravosas e de tantas outras que eventualmente ostentem apenas a aparência sancionatória, carecendo, sempre de algum de seus pressupostos, entre os quais assumo vulto o elemento finalístico ou teleológico. O que importa ressaltar, nesse contexto, é que as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito aflagrante ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo-se, nesse passo, a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do Direito Civil.” (op. cit. Pag. 113/114).

¹⁸⁵ Em sentido contrário, Celso Antônio Bandeira de Melo, ressalta que “todas as sanções –e, portanto, também as multas – cumprem uma função intimidadora e exemplar; mas entre elas, podem ser discernidas (a) as que se limitam a cumprir esta finalidade; as que, (b) além disto,

Assim, logo no *caput* do artigo sétimo, o legislador estabelece os valores máximos que a penalidade de multa pode alcançar. De acordo com os incisos I e II, a multa não será maior que 0,5% da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração (ou da última infração em caso de ilícito continuado), ou dois bilhões de reais. Ou seja, o maior desses valores é que determinará o teto da multa a ser aplicada.

Infelizmente, o dispositivo legal representa, ao nosso ver um retrocesso no direito administrativo sancionador, em razão de três críticas que são formuladas nessa oportunidade e que evidenciam o caráter predatório da legislação ao estabelecer as diretrizes da aplicação da pena de multa.

O primeiro ponto a ser criticado, está no cálculo percentual exclusivamente sobre as receitas de serviços e de produtos financeiros. Ainda que a lei permita a realização de abatimentos, como descrito nos incisos II, III, IV e VI do §1º e §2º do artigo 7º, a premissa de estabelecer a receita como ponto de partida para o cálculo da penalidade é claramente predatória. Isso porque não é difícil para um operador do direito, tal como o BACEN e seus agentes, na qualidade de órgão de controle das instituições financeira, saber que a condição econômica de qualquer pessoa – física ou jurídica - passa pela análise de diversos fatores contábeis que refletem sua realidade financeira e que não levam em consideração somente a receita, tal como fez o legislador. Logo, para fins de aplicação da penalidade à luz da condição econômica do infrator – o que consideramos razoável e congruente - deveria determinar no texto da lei, que a premissa da penalidade fosse a análise das riquezas à luz das despesas obrigatórias com o poder público decorrente de sua atividade empresarial, notadamente o recolhimento de impostos e cumprimento de obrigações trabalhistas e sociais.¹⁸⁶

visam a ressarcir a Administração de algum prejuízo que a ação ou inação do administrado lhe causou – são as multas ressarcitórias, reparatórias ou compensatórias -, bem como aquelas outras (c) de caráter cominatório, que, visando a compelir o administrado a uma atuação positiva, se renovam automática e continuamente até a satisfação da pretensão administrativa. São o que no direito Francês se denomina de *astreinte*, e seu mecanismo é o equivalente das imposições cominatórias feitas em juízo.” (Curso de Direito Administrativo. op. cit. 34ª Ed. P. 914).

¹⁸⁶ A análise do balanço patrimonial, por exemplo, poderia ser feita para fins de dedução de valores decorrentes de impostos e obrigações trabalhistas e assim alcançar uma base de cálculo mais equilibrada, para fins deste trabalho, aplica-se o seguinte conceito de balanço patrimonial,

Por não ser o tema principal desse trabalho e por envolver outras áreas de estudo conhecimento jurídico, deixaremos de aprofundar a relação entre receitas e despesas obrigatórias nessa oportunidade, que ao nosso ver merecem uma obra específica para tratar do tema. De todo modo, para fins de política sancionadora na Lei nº. 13.506/2017, consideramos que partir do princípio de que somente a riqueza é o ponto de partida para o cálculo da sanção, se revela, ao nosso ver, um retrocesso ao direito administrativo sancionador e como o Estado se relaciona com os administrados, pois nesse ponto, não reconhece as obrigações assumidas pela pessoa jurídica em razão de seu funcionamento e atividade exercida.

Outra solução que poderia ter sido utilizada pelo legislador, é propor que o cálculo da receita fosse realizado somente sob os valores auferidos em decorrência do ilícito. Entretanto, a lei deixa em aberto a possibilidade de que o cálculo seja realizado à luz de todas as receitas do infrator. Afinal, o rol do §1º do artigo 7º, em razão de sua amplitude, deixa pouca margem para que determinada receita não seja incluída no cálculo. Não se desconhece as limitações impostas pelo artigo 59 da circular nº. 3857, entretanto, ao nosso ver essas limitações apenas incidem em um momento posterior à aplicação da multa, enquanto as propostas aqui formuladas seriam aplicáveis em um momento inicial do cálculo da multa.

O segundo ponto a ser alvo de crítica diz respeito ao valor máximo proposto de dois bilhões de reais. Trata-se de valor exorbitante e capaz de levar muitas das pessoas descritas no artigo segundo ao encerramento das atividades, liquidação extrajudicial, falência, insolvência, ou qualquer outro instituto que trate do encerramento

verbis: “serve como uma fotografia que reflete a posição financeira e patrimonial em determinado momento, um instantâneo em qualquer período (mensal, trimestral, semestral ou anual) que resume de forma organizada o seu patrimônio, as riquezas deduzidas das dívidas de uma empresa. O Balanço Patrimonial (BP) é constituído de duas colunas: a coluna do lado direito é formada pelo Passivo + Patrimônio Líquido e representa todas as dívidas e obrigações que a empresa tem com terceiros e com os próprios sócios e acionistas. A coluna do lado esquerdo é denominada Ativo. E representa seu patrimônio total (bens + direitos)” (Iudícibus, Sérgio de, / Marion, José Carlos. Curso de Contabilidade para não Contadores: para as áreas de administração, economia, direito e engenharia. 8. ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2019. p. 28).

das atividades empresariais. Em suma, trata-se de valor que, caso aplicado, em muitos casos opera como espécie de cassação às avessas.

A este respeito, não é demais ressaltar que a lei não se aplica somente aos grandes *players* do mercado financeiro, instituições com grande capacidade de gerar renda e pagar multas nesse patamar, que dominam o mercado financeiro do país. Pelo contrário, a legislação sob estudo se aplica também aos atores do microcrédito e as pessoas físicas descritas no artigo segundo, que, apesar de muitas vezes possuírem renda superior à média do trabalhador brasileiro, este valor sequer chega perto de dois bilhões de reais.

Pessoas como aquelas citadas acima, sejam físicas ou jurídicas, fatalmente poderão sofrer pena dissociada de sua capacidade financeira, de modo a ocasionar-lhes pena que se aproximaria daquelas de caráter perpétuo em razão do tempo necessário para o pagamento da dívida.

A circular nº. 3857 atenua a possibilidade de a multa alcançar o teto ao estabelecer gradações para a pena base no artigo 51 que levam em consideração a gravidade de cada infração, bem como ao estabelecer como atenuante de até 20% as condutas antecedentes do infrator. Entretanto, ao nosso ver, a circular poderia ter sido mais profunda nesse ponto, principalmente no inciso II do artigo 56, onde a condição atenuante de bons antecedentes do infrator poderia ser vinculada a determinadas condutas perante a administração pública, como o correto pagamento de impostos, obrigações trabalhistas e sociais, além da realização de trabalhos voluntários juntamente com o poder público. Com isso, a condição atenuante de bons antecedentes não seria um tipo legal aberto e com alta margem de discricionariedade, como se apresenta na circular.

Ainda que se perceba uma clara intenção do legislador em permitir a atuação discricionária da administração pública de acordo com o caso concreto, não é incomum localizarmos precedentes no âmbito administrativo, nos quais a particular acaba sancionado de maneira desarrazoada e desproporcional.

Obviamente que não podemos concluir pela exorbitância do valor máximo de maneira isolada. Pelo contrário, é necessário que no caso concreto, a administração pública pondere que a pena de multa não poderá acarretar uma pena de cassação às avessas.¹⁸⁷

A terceira crítica a ser realizada sobre o artigo sétimo - e que também se aplica as demais penas previstas na lei -, diz respeito a pouca iniciativa do legislador de aproximar o agente infrator, no intuito de que a aplicação da multa não termine em si mesma.

Uma solução cabível para essa questão, seria a de aprimorar o rol do artigo 10, que lista alguns fatores a serem considerados pelo BACEN para fins de aplicação da sanção. Desse rol, composto por sete incisos auto explicáveis, o único que possui essa finalidade, ao nosso ver, é aquele previsto no artigo sétimo que trata da colaboração do infrator com o BACEN para apuração da infração, dispositivo este que é regulamentado pelo inciso I do art. 56 da circular 3857, que detalha como deve ocorrer a colaboração. Os demais incisos que tratam da gravidade da infração, grau (ou perigo) de lesão ao sistema, vantagem auferida ou pretendida, capacidade econômica, valor da operação e reincidência, quando constatados no processo administrativo, acarretarão fatalmente em penalidades mais gravosas.

Em outros termos: a lei é tímida ao apresentar possibilidades de redução da infração – quando, por exemplo, a instituição financeira também for vítima de determinados atos de seus prepostos - ou instrumentos a serem utilizados para que a infração não ocorra novamente, como, por exemplo, a exigência de aplicação do

¹⁸⁷ A título de exemplo, no processo administrativo perante a CVM a lei apresenta algumas alterações e atualizações do texto da Lei nº. 6.385/76, no que diz respeito a aplicação de penalidades, tornando-as mais rígidas, notadamente a pena de multa, cujo valor máximo previsto pelo inciso I, do §1º do art. 11, saltou de R\$ 500.000 (quinhentos mil reais) para R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Ou seja, longe de dois bilhões de reais. A lei não explica e até a conclusão deste trabalho a doutrina se manteve silente a respeito da razão para a disparidade entre os valores máximos estabelecidos para a penalidade máxima na CVM e no BACEN, que como visto no capítulo anterior, pode alcançar 2 bilhões de reais. Ao nosso ver, o valor máximo estabelecido para a CVM se revela mais razoável e congruente com o interesse público protegido pela legislação e dificilmente será capaz de servir como pena de morte das pessoas jurídicas sob sua supervisão.

autossaneamento (mundialmente conhecido por seu nome em inglês, *self-cleaning*) para que a penalidade seja reduzida.¹⁸⁸ O instituto recentemente positivado na União Europeia pela Diretiva 2014/24/EU, prevê medidas que empresas devem tomar para voltar a contratar com a administração pública, tais como (i) esclarecimento dos fatos, (ii) reparação de danos; (iii) desligamento dos envolvidos; (iv) medidas estruturais para evitar a ocorrência de novos fatos, dentre outros.¹⁸⁹

Em seguida, a lei passa a tratar do termo de compromisso, que em razão de ser um dos instrumentos consensuais da legislação, dada sua relevância, reservaremos um capítulo exclusivo mais adiante para tratar do tema, juntamente com o acordo administrativo em processo de supervisão, previsto no artigo trinta a trinta e dois.

Assim, passa-se a análise crítica das medidas coercitivas e acautelatórias previstas na seção V da lei em seus três dispositivos legais (artigos 16 a 18). Nesses artigos, a lei arrola quais medidas poderão ser aplicadas às pessoas de que trata o artigo 2º para assegurar o resultado útil do processo administrativo ou evitar que se consumem danos ao mercado financeiros. A leitura dos dispositivos legais, não deixa dúvidas a este respeito.

Entretanto, antes de ingressarmos nos aspectos da lei sob estudo, importante realizar alguns recortes e delimitações no tema das medidas cautelares no âmbito administrativo para que evitar qualquer possibilidade de confusão dessa medida com a tutela cautelar no âmbito judicial.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que as providencias cautelares, ainda que acarretem situações desfavoráveis aos administrados, não devem ser confundidas com sanções administrativas, pois se tratam de medidas assecuratórias aplicáveis em

¹⁸⁸ Aplica-se aqui a seguinte definição de auto saneamento: Trata-se de “uma espécie de redefinição da conduta futura das empresas condenadas, de forma que elas sejam reabilitadas a participar de licitações e firmar contratos com a administração pública caso tomem determinadas medidas.” PEREIRA, Cesar e SCHWIND, Rafael Wallbach. Auto saneamento (self-cleaning) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225754,71043-Autossaneamento+selfcleaning+e+reabilitacao+de+empresas+no+direito>> acesso em 22.08.2020.

¹⁸⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>

determinado caso concreto, como explica Silvio Luis Ferreira da Rocha em obra famosa.¹⁹⁰

Em segundo lugar, deve-se destacar que apesar das medidas cautelares serem estudadas no processo civil com maior profundidade e com o objetivo de proteger o direito das partes, no direito administrativo essa espécie de medida busca proteger o interesse público perseguido, como leciona Giovani Trindade Menicucci ao analisar o tema perante o Tribunal de Contas.¹⁹¹

Em terceiro lugar, José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar do tema à luz da lei nº. 9.784/99, esclarece que as medidas cautelares no âmbito administrativo podem assumir diversas faces de acordo com a situação fática apresentada, bem como pode ser instaurada antes do início do processo administrativo, ou durante seu curso.¹⁹²

¹⁹⁰ *Verbis*: “O fato de a sanção administrativa depender sempre de prévio processo administrativo sancionador poderia levantar dúvida quanto à legalidade de certos procedimentos aparentemente sancionadores nos quais a Administração de pronto toma determinadas providências contra o administrado – como a apreensão de produtos estragados ou com a data de validade vencida –, sem que se observe o contraditório e a ampla defesa. Na verdade, tais atos não são caracterizados como sancionadores, e sim como providências cautelares, assecuratórias, tomadas de ofício pela Administração, à luz de certas circunstâncias, com o intuito de resguardar e salvaguardar o interesse público contra riscos de perecimento. Tais providências cautelares, de caráter restritivo, podem ser tomadas antes mesmo de instaurado qualquer processo administrativo sancionador, com fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado, cabendo ao administrado, no caso de injustiça da medida, ser ressarcido dos eventuais prejuízos.” (op. cit. p. 623).

¹⁹¹ “As medidas cautelares, há muito vêm sendo estudadas no processo civil, tendo ao longo do tempo experimentado uma série de mudanças. No Código de Processo Civil de 2015 ganharam espaço próprio no Livro V da Parte Geral, dedicado à denominada “tutela provisória”. (...). No Direito Administrativo, diferente do que ocorre no Processo Civil quanto à satisfação do interesse da parte, lança-se mão das medidas cautelares com o objetivo de assegurar que o interesse público será, de algum modo, protegido. Com base nisso, poderá o Tribunal de Contas da União determinar a paralisação de obra ou negócio, com o objetivo de evitar que um suposto dano ou potencial de dano ao interesse público venha a ocorrer ou a se agravar. Poderá determinar o bloqueio de bens, com o propósito de assegurar que recursos desviados dos cofres públicos possam ser recuperados ao fim de processo administrativo em trâmite perante aquela Corte de Contas.” (OLIVEIRA. José Roberto Pimenta (coord.). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 382).

¹⁹² “A despeito de não estar mencionado na norma, as providências preventivas tanto podem ser adotadas antes de ser instaurado o processo, como durante o seu curso. Naquele caso, tratar-se-á de providências cautelares prévias, enquanto neste o agente adotará providências cautelares incidentais. Bem diversificadas podem ser as providências cautelares por parte da administração. Dependendo da situação fáticas, pode ser determinada a retenção de bens ou documentos, a interdição do local, o embargo da obra etc.” (Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº. 9.784, de 29.1.1999, 5ª. ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Atlas, 2013 p. 219).

À luz da lei sob estudo, temos primeiramente que a supracitada questão sobre o momento de instauração da medida cautelar é corroborada pela lei no artigo 17, *caput*. Por outro lado, a lei carece de algumas melhorias que serão formuladas nas linhas seguintes, em dois pontos específicos do texto legislativo.

Em primeiro lugar, o legislador incorre em falha grave quando não abre nenhuma possibilidade de que as decisões cautelares previstas no §3º do artigo 17 e no §4º do artigo 18, sejam impugnadas mediante atribuição de efeito suspensivo. Em outros termos: as impugnações previstas nos supracitados artigos de lei, não permitem a concessão de qualquer efeito suspensivo, o que nos parece um retrocesso no direito administrativo sancionador. Dizemos haver uma falha grave uma vez que a medida cautelar *per si* já se revela como uma medida gravosa ao administrado, de modo que a ausência de possibilidade de vir cessar imediatamente aquela medida é mais um agravante que poderia ser relativizado mediante a possibilidade de apresentação de instrumentos que permitissem a concessão do efeito suspensivo, tal como faz o Código de Processo Civil no art. 300, §1º, que permite a apresentação de caução para fins de concessão de tutela de urgência.

Ainda que em casos que tratem de medidas cautelares, seja congruente que a regra não seja a atribuição de efeito suspensivo recursal, a ausência de previsão legal sobre essa possibilidade, ainda que a título de exceção, representa um ponto frágil sobre as garantias dos administrados, principalmente mediante a possibilidade de que a multa se acumule *ad eternum*.

Nunca é demais lembrar que todos os atos administrativos devem partir da premissa de que a administração pública, antes do exercício de qualquer poder, possui um dever perante seus administrados. Nesse sentido, são irrefutáveis as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem a ideia de dever é que comanda a lógica do direito público.¹⁹³

¹⁹³Sobre a ideia de que a administração pública se pauta pela relação de dever-poder, adota-se a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*: “Na ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo – inobstante ramo do direito público – em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-

No caso dos atos administrativos que acarretem efeitos desfavoráveis aos administrados essa relação de dever-poder fica consideravelmente em maior evidência. Afinal, a administração impõe seu poder com mais força que seu dever, ou seja, é uma exceção à regra, e como toda a exceção, deve ser trabalhado restritivamente.

Em segundo lugar, registre a questão do valor da pena de multa aplicada em caso de descumprimento de quaisquer das medidas previstas no capítulo, conforme imputa a leitura do artigo 18. As críticas supramencionadas sobre a multa da penalidade final aplicada no bojo do processo sancionador, são perfeitamente aplicáveis para a multa prevista na seara cautelar.

Ainda que a circular nº. 3857 estabeleça no artigo 76 importantes limites práticos para a aplicação da pena de multa, trata-se de valores que, cumulativamente podem acarretar prejuízos irreversíveis para a atividade empresarial. Poderia a circular, ter estabelecido um microssistema com penalizações de baixo potencial ofensivo para a sociedade e alto potencial ofensivo ao infrator.

Além disso, a periodicidade da multa prevista na lei é diária sem que necessariamente a infração tenha a mesma periodicidade, como por exemplo a medida cautelar de afastamento, que se trata de ato único. Pior, a lei não permite qualquer outra periodicidade da multa que não a diária ou ao menos o estabelecimento de um teto à luz do juízo de discricionariedade da administração pública. Esse é um ponto que, ao nosso ver, a lei deveria ter aumentado a margem de discricionariedade da administração pública.

los em torno da ideia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de ‘doverosità’, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela Lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico. ” (Discricionariedade e controle judicial. 2. Ed. São Paulo. Malheiros: 2017. P. 15).

Ainda que a natureza da multa cautelar seja distinta daquela prevista no artigo quinto, pois não se trata de um resultado final decorrente do processo administrativo, mas sim de uma penalidade provisória até que o resultado prático da medida seja alcançado, a imposição de limites ou de uma relação de proporcionalidade nos parece imprescindível para evitar que essas penalidades se perpetuem, principalmente em casos nos quais o destinatário da penalidade possui alguma dificuldade decorrente da atuação de terceiros em cumprir com a obrigação.¹⁹⁴

Esses são os pontos que a administração pública deve fazer frente quando da aplicação e execução das medidas acautelatórias previstas na Lei nº. 13.506/2017, bem como são os temas a serem debatidos pelo poder legislativo para fins de alteração do diploma legal.

Ressalte-se ainda que, não obstante as circulares nº. 3857 e 3910, dedicarem os artigos 68/74 as medidas acautelatórias, ao nosso ver, não apresentam sequer esclarecimentos que auxiliem na resolução das problemáticas supracitadas.

Nos dispositivos seguintes, entre os artigos 19 a 29, a norma passa a tratar do rito do processo administrativo sancionador perante o BACEN. Por não constituir objeto específico deste trabalho, não analisaremos pormenores de questões meramente procedimentais e processuais. Afinal, o foco principal desse trabalho são os aspectos punitivos da legislação. De todo modo, alguns pontos a respeito do rito do processo sancionador merecem destaques e nos debruçaremos sobre eles nas linhas seguintes.

O parágrafo primeiro do artigo 19 trata da possibilidade de o BACEN não instaurar o processo administrativo sancionador se considerar que a lesão ao bem jurídico tutelado é de baixo grau. Nessa hipótese, deve o BACEN se utilizar de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivo, através da finalidade,

¹⁹⁴ Em casos de disputas cíveis na esfera judicial, o STJ tem recorrentemente aplicado a técnica do *distinguishing*, que nada mais é que a comparação do caso concreto com os demais precedentes da corte à luz dos seguintes critérios: (i) valor da obrigação principal, (ii) quantum da multa fixada, (iii) vedação ao enriquecimento ilícito e (iv) possibilidade de o credor ter mitigado o seu prejuízo. É o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do REsp nº. 1.354.913/TO. Assim, ressalvada as particularidades das instâncias, ao que nos parece não há empecilhos para a administração pública aplicar critérios semelhantes na fixação das multas de natureza cautelar.

razoabilidade e eficiência. Este dispositivo, ainda que timidamente, corrobora em parte a ideia defendida nesse trabalho de que a aplicação da sanção deve atender ao interesse público tutelado ainda que esse interesse siga respeito somente ao particular, sob pena de sua eficácia vir a ser comprometida com o cometimento de novas sanções pelo infrator.

Em complementação ao artigo 19 da lei, o artigo 3º da circular nº. 3.857 estabelece as seguintes diretrizes para a não instauração do processo administrativo sancionador: (i) baixa lesão ao bem jurídico tutelado; e (ii) efetividade e eficácia do instrumento alternativo utilizado para sanear a irregularidade. Ao nosso ver, a circular não acrescenta nada de relevante ao dispositivo legal, pois se trata de um simples parafraseio do texto do artigo 19 da lei.

Nos parece que a legislação poderia ter avançado um pouco mais e previsto alguns instrumentos capazes de dar maior eficácia a esse dispositivo, como a utilização de mecanismos de integridade eficazes e do autossaneamento, que permitem com que a pessoa infratora atue no máximo de suas possibilidades para evitar novas infrações. Nesse sentido é que a lei poderia ter indicado a eficácia dos instrumentos acima como fatores para que o processo administrativo não fosse instaurado. De todo modo, a possibilidade de não instauração do processo administrativo sancionador é um avanço relevante que deve ser celebrado pela comunidade.

Por outro lado, merece destaque negativo o disposto no artigo 24 a respeito da contagem de prazos de maneira contínua. *Data vênia*, o dispositivo não está em consonância com os instrumentos processuais modernos e com a proteção dos direitos dos administrados que possuirão menos dias úteis para se defender, enquanto a administração pública apenas toma as ações processuais nos dias úteis.

A este respeito, fazemos referência a sistemática processual da Lei nº. 9.784/99, aplicada subsidiariamente a legislação sob estudo por força do art. 36, IV da lei sob estudo. Ao nosso ver, a lei que regula o processo administrativo federal apresenta uma relevante contradição no que diz respeito a contagem de prazos para a administração e para o administrado. Ressalte-se que a Lei nº. 13.506/2017 não apresenta regras quanto

a contagem de prazos para a administração, razão pela qual se aplica o artigo 23 da Lei nº.9.784/99.

Assim, não obstante o artigo 66, §2º da Lei n. 9.784/99, determine que os prazos expressos em dias se contam de modo contínuo, o artigo 23 do mesmo diploma legal, determina que os atos do processo devem realizar-se em dias úteis e no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo.

Em outros termos: os atos da administração pública serão realizados em dias úteis, enquanto os atos do administrado serão realizados em dias corridos. Apesar de haver divergências na doutrina do sentido da expressão ‘dias úteis’¹⁹⁵, ao que nos parece a lei de processo administrativo federal incorre em contradição com os seus próprios dispositivos, o que amplia a vantagem da administração do bojo de processo administrativo sancionador.¹⁹⁶

Assim, ainda que à época de sua promulgação a Lei nº. 9.784/99 tenha se utilizado da mesma dinâmica de contagem de prazos do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, o que traz certa coerência ao artigo 66, §2º, por outro lado, a Lei nº. 13.506/2017 já foi promulgada em um momento no qual a contagem de prazos em dias úteis se revela um dos maiores avanços processuais recentes.¹⁹⁷

¹⁹⁵Nesse sentido, são as palavras de José dos Santos Carvalho Filho para quem “A expressão “dias úteis” acarreta às vezes imprecisão em seu sentido. Para alguns o entendimento é o de que a expressão indica o antônimo de feriados. Mas nenhuma lei declarada feriado aos sábados, de modo que, se o órgão administrativo funcionar aos sábados, poderão ser praticados atos nesses dias, considerando-se, pois, que nesse caso serão tidos como dias úteis.” (Processo administrativo federal: comentários à Lei nº. 9.784/1999. 5. ed. rev. ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013. p. 157).

¹⁹⁶Não há dúvidas ao nosso ver, que o prazo do art. 23 é aquele destinado a prática de atos processuais pela administração pública. Afinal, é a própria administração pública quem impulsiona, processa e julga o processo. Portanto, deveria haver maior igualdade na contagem de prazos processuais, tanto na Lei nº. 9.784/99, quanto na Lei nº. 13.506/2017.

¹⁹⁷ Nesse sentido, deve-se considerar que projeto de lei nº. 35/2018 do Senado Federal, altera a lei nº. 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal para estabelecer a contagem de prazos em dias úteis e sua suspensão no período de 20 de dezembro a 20 de janeiro. Após ter sido aprovado pelo Senado Federal, o referido projeto de lei encontra-se atualmente em trâmite avançado na Câmara dos Deputados.

Ressalte-se que o sistema processual adotado no processo judicial, notadamente o civil, não é perfeitamente aplicável aos processos administrativos. Afinal, o processo civil tem como objetivo resolver conflitos entre particulares, razão pela qual cada dia mais incrementa seus instrumentos de conciliação, inclusive processuais como a criação de calendário processual, acordo para suspensão de prazos etc. No processo administrativo, é inerente que o administrado se encontra em desvantagem com a administração pública, cuja parcialidade é importante fator de suas decisões.¹⁹⁸

Deste modo, caso a Lei nº. 13.506/2017 tivesse adotado a contagem de prazos em dias úteis, notadamente àqueles que correm contra os administrados, seria reduzido o fator de desigualdade processual administrativa. Afinal, não seriam contabilizados prazos quando o BACEN não estiver sob expediente, o que resultaria em menor grau de desigualdade processual entre administrado e administração.¹⁹⁹

Antes de concluir os aspectos processuais da legislação no BACEN, passamos a tratar do sistema recursal das decisões condenatórias, previsto no art. 29 da Lei 13.506/2017. Esse sistema, ao nosso ver possui um considerável avanço no parágrafo segundo ao impedir a reforma que amplie a esfera de prejuízo do administrado e, por outro lado, um retrocesso, objeto de discussões na doutrina, no parágrafo quinto que trata sobre as hipóteses nas quais os recursos são recebidos somente no efeito devolutivo.

¹⁹⁸ Nesse sentido, são as palavras de Ricardo Martins ao apresentar as diferenças entre o processo judicial e o administrativo, *verbis*: “No processo jurisdicional o juiz não é parte do conflito de interesses, da relação jurídica de direito material que envolve as partes; não tem, por força disso, nenhum interesse no conflito da causa. Essa imparcialidade é de extraordinária importância no processo jurisdicional, na medida em que é uma das maiores garantias de uma decisão justa. No processo administrativo a Administração, encarregada de proferir a decisão final, é parte no conflito de interesses ou na relação jurídica de direito material. Tem o dever de impessoalidade, que não se confunde com imparcialidade. Impessoalidade é agir tendo em vista não interesse próprio (pessoal), mas o interesse público. Não exige, ao contrário do que ocorre na imparcialidade, isenção, neutralidade psicológica em relação aos fatos.” (Direito administrativo neoconstitucional. op. cit. p. 331).

¹⁹⁹ Infelizmente, até a conclusão desta pesquisa, não foram constatadas legislações que tratem da contagem de prazos em dias úteis como regra. A Lei nº. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ao tratar a partir do artigo 48 das espécies de processo administrativo para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, define que a contagem de alguns prazos corre em dias úteis. São os casos dos prazos para manifestação previstos nos artigos 65, §2º e 73. Entretanto, a maior parte dos prazos em dias úteis são para atos a serem praticados pela administração.

De acordo com o artigo 29 da Lei 13.506/2017, caberá recurso das decisões condenatórias no prazo de 30 dias, que terá em regra efeitos devolutivo e suspensivo, ao conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, última instância recursal no âmbito administrativo.

Pois bem. O avanço citado no parágrafo anterior está justamente no dispositivo do parágrafo segundo da lei que expressamente veda o agravamento da penalidade em razão do recurso. Além disso, andou bem o dispositivo legal ao retirar por norma expressa a legitimidade recursal da administração pública nos casos em que a decisão lhe for favorável, o que garante segurança jurídica aos administrados sobre suas decisões.

Assim, se o BACEN não decidiu punir o particular em primeira instância não pode simplesmente mudar de ideia e recorrer para o próprio órgão. Essa primeira parte do parágrafo segundo é simples e carece de maiores detalhes. A questão que versa sobre a vedação ao agravamento das penalidades em razão do recurso, por outro lado, é mais complexa e ao nosso ver merece maiores explicações.

Afinal, em importantes legislações o particular se vê em imensa desvantagem processual sobre a administração pública, situação essa própria do direito administrativo, já que no processo administrativo não há a imparcialidade que existe no processo judicial.

Nesse sentido, a própria Lei nº. 9.784/99 que trata sobre o processo administrativo no âmbito federal, permite o agravamento mitigado da pena no artigo 64 mediante simplória justificativa doutrinária de não violar o contraditório e a ampla defesa ao permitir alegações *a posteriori*, como ressalta José dos Santos Carvalho Filho.²⁰⁰

²⁰⁰ De acordo com José dos Santos Carvalho Filho: “O legislador da Lei nº. 9.784 adotou o entendimento de que é possível haver agravamento da decisão recursal, mitigando-o, porém, na medida em que obriga o administrador a permitir que o recorrente possa aduzir novas alegações. Dispôs o art. 64, parágrafo único, que, “se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão”. A interpretação do texto não leva mesmo a conclusão diversa. Ao estabelecer que é possível que a decisão sobre o recurso possa causar gravame ao recorrente, está, implicitamente, admitindo que, mesmo tendo recorrido apenas o interessado (o que aqui vai ser a regra, já que quase não haverá o contraditório das partes, como sucede no processo judicial), pode

Assim, na medida em que a legislação promulgada no sentido de ser uma espécie de lei geral para as demais legislações sobre processo administrativo, permite o agravamento das infrações, o dispositivo do parágrafo segundo da Lei nº. 13.506/2017, é um avanço considerável.²⁰¹

Além disso, por mais absurdo que nos possa parecer, o agravamento das sanções ainda é defendido por parte da doutrina administrativista, inclusive para os que defendem ser o direito administrativo sancionador uma dissidência do direito penal, cujos princípios lhe seriam aplicáveis. Afinal, enquanto na lei processual penal, o *reformatio in pejus* é terminantemente proibido, no processo administrativo sancionador a doutrina insiste em não superar os entendimentos nesse sentido.²⁰²

ocorrer que a decisão no recurso desfavoreça mais ainda o recorrente do que a decisão recorrida o fizera. A atenuação instituída pelo legislador corre por conta da obrigatoria oportunidade de se abrir ao recorrente espaço para o oferecimento de novas alegações. Assim, confirmando-se decisão mais gravosa, não se poderá dizer que o interessado não teve a chance de deduzir razões para evitá-la, o que representa observância do princípio do contraditório e da ampla defesa. A despeito da aplicação do princípio, nada impede que a Administração adote medidas de imediata eficácia nos casos de urgência e interesse público relevante. O fundamento de tal possibilidade repousa na prerrogativa de autotutela administrativa, que, nessas hipóteses mencionadas, pode ser exercida independentemente de haver recurso, ou seja, em qualquer fase do processo. (op. Cit. p. 326).

²⁰¹Em obra clássica, o mesmo Autor leciona que: “No Direito brasileiro, não há sistematização uniforme para o processo administrativo, como existe para o processo judicial. Algumas regras sobre aspectos do processo administrativo, como competência, prazos, requisitos etc., se espalham em diversos diplomas legais e até por atos administrativos normativos ou de organização como os decretos, regulamentos, regimentos e outros. Por isso, não se pode esperar uma rigidez absoluta para os processos administrativos. Entretanto, devem o intérprete e o agente administrativo incumbido do processo atentar primeiramente para os princípios norteadores da atividade administrativa em geral, isso sem deslocar sua atenção também para as regras legais ou regulamentares que possam disciplinar o processo. Em suma: mesmo sem sistematização uniforme, o processo administrativo recebe o influxo de princípios e normas jurídicas para que seja possível a sua conclusão dentro das regras gerais de direito. O Governo Federal, em boa hora, fez editar a Lei 9.784, de 29.01.1999, estabelecendo as regras para o processo administrativo e instituindo um sistema normativo que tem por fim obter uniformidade nos diversos expedientes que tramitam nos órgãos administrativos. A lei, todavia, tem caráter tipicamente federal, ou seja, destina-se a incidir apenas sobre a Administração Federal. Dentro desta, a disciplina é aplicável no âmbito da Administração direta e indireta e também aos órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União. Embora destinada somente ao Governo Federal, já é um início de uniformidade normativa, o que muito facilita os administrados. Estados e Municípios deveriam trilhar o mesmo caminho, instituindo, pelas respectivas leis, sistema uniforme de processo administrativo em suas repartições “ (CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de direito administrativo, 27ª. ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Atlas, 2014, págs. 984/985).

²⁰² Nesse sentido, são as palavras de José dos Santos Carvalho Filho, ao interpretar a Lei nº. 9.784/1999, *verbis*: “Se no âmbito do processo penal, a matéria é pacífica, o mesmo não se passa

Por fim, o disposto no parágrafo quinto merece críticas de nossa parte, pois se trata de uma extensa exceção à regra do duplo efeito recursal previsto no caput do artigo 29 da legislação sob estudo. Isso porque, ao nosso ver, é equivocado afirmar que a regra recursal seria o duplo efeito, enquanto, na verdade, essa regra se limita a pena de multa, advertência e proibição de prestação de determinados serviços. Já nos casos de serem aplicadas sanções que proíbam a realização de determinadas atividades ou modalidades de operação, inabilitem a atuação de agentes do mercado e cassem autorizações para funcionamento, a regra do efeito recursal será somente devolutivo. Ou seja, não há uma regra no BACEN quanto ao efeito recursal das decisões definitivas, como ocorre nas medidas acautelatórias, de modo que cada caso deve ser analisado individualmente e pormenorizadamente. Por sua vez, cabe a administração levar em consideração os efeitos práticos da decisão para fins de concessão (ou) não de efeito suspensivo nas hipóteses supracitadas, conforme determinada o já mencionado e recém introduzido artigo 20 da LINDB.

Além disso, ao nosso ver, o legislador foi infeliz ao permitir a aplicação de sanção de imediato, sem prévia oitiva recursal na metade das penalidades legais. Deveria haver, de fato a regra do efeito suspensivo, o que apenas ocorreria se este fosse aplicável na maior parte das hipóteses legais. Ainda que se possa compreender eventual motivação dessa regra no sentido de manter a eficácia das decisões do BACEN, nos parece que a aplicação efetiva das penalidades deve oportunizar ao infrator, no mínimo, um duplo grau na análise de decisão. Portanto, a questão dos efeitos recursais no âmbito do BACEN deveria ser reescrita pelo legislador, para permitir que a maior parte das infrações sejam abarcada pelo duplo efeito recursal.

no do Direito Administrativo. Há aqueles que entendem que a norma deve ser aplicada, por interpretação extensiva, no processo administrativo, e outros que advogam o entendimento contrário, ou seja, no sentido de que não há porque estender o postulado no processo administrativo, por serem diversos os elementos inspiradores desse modelo. (...). O Legislador da Lei nº. 9.784 adotou o entendimento de que é possível haver agravamento da decisão recursal, mitigando-o, porém, na medida em que obriga o administrador a permitir que o recorrente possa aduzir novas alegações. ” (CARVALHO FILHO, José dos Santos, Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº. 9.784, de 29.1.1999, 5ª. ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Atlas, 2013. p. 326).

Esses são, portanto, ao nosso ver, as principais críticas ao processo administrativo sancionador perante o Banco Central do Brasil. Em seguida, passaremos a analisar como a lei em vigor se relacionada com outras legislações que influenciam em sua aplicação.

4.2.2. *Na relação com outras legislações*

Questão essencial e que afeta o alcance da Lei nº. 13.506/2017, diz respeito a relação com outras legislações que influenciam em aspectos sancionadores das instituições financeiras. Afinal, em diversos diplomas legais, há normas sancionadoras que afetam as instituições financeiras. Essa afirmação resta comprovada através da leitura do capítulo 4 (quatro) da Lei nº. 13.506/2017, onde o legislador estabeleceu diversas alterações legislativas em normas correlatas, com a finalidade de adequá-las aos aspectos sancionadores estabelecidos pela nova legislação que passa a ser um marco legal na atividade sancionadora das instituições financeiras.²⁰³ Assim, por exemplo, as operações de câmbio que são reguladas pelo BACEN e encontram-se sujeitas as normas da Lei nº. 13.606/2017, são reguladas pelos decretos nº. 23.258/33 e 9.025/46. Tais normas, sofreram alterações nos artigos 41 e 42 no que diz respeito ao percentual da pena de multa em relação ao valor da operação, a gradação da pena de multa e a vedação da compensação de créditos

A aplicação de capital estrangeiro e a remessa de valores ao exterior são outras atividades que sofrem alterações pela nova lei. Reguladas pela Lei n. 4.131/62, a nova lei estabelece alterações nos artigos 44 e 45, com o objetivo de adequar os tipos das

²⁰³Ao analisar as alterações legislativas à luz do princípio da segurança jurídica, Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos ensina que “os casos de supervisão afetos ao BACEN e à CVM se encontram normatizados em diversos diplomas legais e por isso fez-se necessário a adaptação desse emaranhado de normas e regulamentos à nova realidade estabelecida na Lei 13.506/2017, em especial aquelas que cuidam dos mercados capitais e financeiros. 2. Segurança Jurídica. A revisão do arcabouço legislativo tem como objetivo promover a harmonização legislativa de todas as normas e regulamentos que regem a matéria contida na nova lei que regulamentou o PAS, conferindo assim maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Desta forma, a lei, ao inserir as alterações na legislação correlata, estabeleceu o espectro de sua abrangência, dando os parâmetros que devem ser observados pelas autoridades administrativas ao aplicar a lei. A harmonização dos textos legais à nova lei também proporciona aos cidadãos o prévio conhecimento das normas a que serão submetidos, conferindo transparência e eficiência na sua aplicação. (op. cit. p. 208).

infrações legais aplicáveis. O art. 71, II da Lei nº. 13.705/2017, também revoga o art. 58 da Lei nº. 4.131/62, que tratava da sujeição do sistema de pagamentos.

Outras diversas alterações foram realizadas ao longo dos dispositivos que tratam das disposições transitórias (arts. 36 a 72). Essas alterações, denominadas por Eronides dos Santos como uma “costura legislativa”, objetivam conferir segurança jurídica ao alcance das normas da nova lei, o que também reduz as inevitáveis discussões sobre os conflitos de normas que fatalmente decorrerão de sua aplicação.²⁰⁴

Além disso, diversas normas regulamentares foram editadas pelo BACEN com o objetivo de pormenorizar a aplicação de medidas acautelatórias, de penalidades e os procedimentos no bojo do processo administrativo. As principais delas, circulares nº 3.857/2017 e 3.910/2018, tiveram os principais aspectos analisados no subcapítulo anterior.

Além dessas normas regulamentares, outras de inquestionável importância foram editadas, tais como a circular nº. 3.858/2017, que regulamenta os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei. 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências, a portaria nº. 98.385/2018 que dispõe sobre o regulamento da comissão de análise e de negociação de propostas de termo de compromisso (COANP), a portaria nº. 96.150/2017, que divulga o regulamento do comitê de decisão de recurso e reexame (CODER), a portaria nº. 96.151/2017, que divulga o regulamento do comitê de acordo administrativo em processo de supervisão (COAPS) e a portaria nº. 98.100/2018, que dispõe sobre o regulamento do comitê de decisão de processo administrativo sancionador e de termo de compromisso (COPAT).²⁰⁵

Não podemos deixar de mencionar que regularmente o BACEN edita novas normas ou altera àquelas já existentes sempre que for necessário conferir maior segurança jurídica ao mercado financeiro, seus respectivos operadores e consumidores,

²⁰⁴ Op cit. p. 209.

²⁰⁵ Op. cit. p. 145/172

razão pela qual a breve relação supracitada não é – e nem poderia ser – exaustiva, simplesmente exemplificativa de como a lei que regula o processo sancionador das instituições financeiras se relaciona com o complexo arcabouço legislativo do BACEN.

Tanto é complexo o arcabouço legislativo do BACEN – e de toda a administração pública -, que recentemente foi editado pelo Presidente da República o decreto nº. 10.139/2019 que visa sistematizar e consolidar o sistema normativo infra legal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O artigo 2º, por exemplo, determina que os atos normativos da administração pública limitar-se-ão a portarias, resoluções e instruções normativas.

4.3. *Análise crítica aos precedentes dos processos administrativos à luz da Lei nº13.506/2017*

Com o objetivo de apresentar à comunidade jurídica como o regime imposto pela Lei nº. 13.506/2017 tem sido aplicado, realizamos pesquisas na jurisprudência do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) e nos tribunais pátrios no período compreendido entre janeiro do ano de 2018 e dezembro do ano de 2020.

Até o momento de conclusão dessa pesquisa, os tribunais têm adotado cautela no enfrentamento de pontos sensíveis da referida legislação, notadamente em razão das infrações administrativas submetidas ao julgamento judicial terem ocorrido antes da entrada em vigor da nova lei.

Ainda que essa afirmação possa parecer estranha quando se trata de uma legislação aplicável à inúmeros atores em ampla área de abrangência como o sistema financeiro nacional, consideramos que o pouco tempo de existência da lei, alinhado a morosidade dos Tribunais justifique a afirmação supracitada.

De todo modo, em alguns precedentes, é possível verificar que os tribunais reconhecem que a Lei nº. 13.506/2017 altera substancialmente o regime jurídico do direito administrativo sancionador que incide em face das instituições financeiras. É o

que se verifica, por exemplo, quando do julgamento de recurso de apelação nº. 00397716320044013400 pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região, em 26.10.2018.²⁰⁶

Nessa ocasião, o Tribunal apreciou e julgou recurso interposto por particular que ocupava cargo de gerente administrativo de instituição financeira e foi sancionado ao pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pois “supostamente haveria deixado de observar, em operações de câmbio, certos normativos atinentes, descurando do dever de cautela e do apuro profissional que lhe competia ao não exigir as identificações dos adquirentes da moeda estrangeira”.

Dentre outras teses, o recorrente questionava a ilegalidade da multa aplicada pelo CRSFN à luz do art. 44 da Lei nº. 4.595/64, pois as condutas típicas ali descritas não seriam aplicáveis à figura do gerente de atendimento da área cambial da instituição financeiras, “uma vez que não ostenta a condição de administrador da sociedade”.

Assim, ao analisar o caso concreto à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o TRF da 1ª Região entendeu que o particular apenas poderia ter sido sancionado em razão de conduta descrita na Lei nº. 4.595/64, enquanto a conduta ilícita imputada no bojo do processo administrativo apenas estava descrita em normas infra legais. Por esta razão, o Tribunal reconheceu a invalidade da sanção administrativa aplicada ao particular. Entretanto, o julgado apresenta importante ressalva ao afirmar que a questão sob julgamento recebeu tratamento legislativo com o advento da Lei nº. 13.506/2017, que como já visto nesse trabalho, tipificou diversas condutas infracionais nas quais o caso concreto poderia ser inserido. Afinal, no artigo 3º da Lei nº. 13.506/2017 encontram-se tipificadas condutas que violem normas regulamentares do Banco Central, bem como que embarquem à fiscalização do órgão de controle. Logo, ao nosso ver, caso tivesse sido aplicada a Lei nº. 13.506/2017, o fundamento do Tribunal para anular o ato administrativo estaria prejudicado.

²⁰⁶ Disponível em: <TRF-1 - AC: 00397716320044013400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA, Data de Julgamento: 10/09/2018, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 26/10/2018> Acesso em 30.10.2020

O precedente judicial acima explorado serve como gatilho para tratarmos de um dos temas mais discutidos nos julgamentos do CRSFN em sede administrativa, que diz respeito a (ir) retroatividade da Lei nº. 13.506/2017 e da Circular nº. 3.857/2017, quando combinados com a Lei nº. 4.595/65 e seus regulamentos.

Para tanto, essa pesquisa analisou os precedentes resultantes dos recursos. Nesses casos, discutia-se a possível aplicação da Circular nº. 3.857/17 às infrações cometidas quando vigente o regime jurídico anterior da Lei nº. 4.595/65. Isso porque, de acordo com os argumentos recursais, a Circular nº. 3.857/2017, se aplicada ao regime jurídico da Lei nº. 4.595/64 (vigente à época das infrações), seria mais benéfica aos administrados, notadamente em razão da impossibilidade de cumulação de penas no regime anterior. Entretanto, em todos os casos estudados, o CRSFN decidiu que não poderia se aplicar a retroatividade dos preceitos sancionatórios da Circular nº. 3.857/2017 para infrações ocorridas antes de sua vigência. Basicamente, o CRSFN fundamentou sua conclusão em dois argumentos.

Em primeiro lugar, porque a aplicação da circular encontra-se adstrita as infrações cometidas e sancionadas sob o regime jurídico da Lei nº. 13.506/2017, pela simples aplicabilidade do preceito jurídico de que o acessório segue o principal. Logo, a circular editada para regulamentar a lei mais nova, não poderia ser aplicada no regime jurídico anterior. Em segundo lugar, porque o regime imposto pela lei nova é inquestionavelmente mais gravoso que o anterior, bem como é possível a cumulação de penas prevista no art. 5º da Lei nº. 13.506/2017.

O tema da retroatividade também tem sido enfrentado em precedentes que tratam de processos administrativos, nos quais o particular foi sancionado em razão do atraso na entrega completa ou tempestiva da declaração de capitais brasileiros no exterior. Assim, no precedente decorrente do processo nº. 10372.100290/2019-34, o CRSFN julgou recurso de particular que dentre outras teses, sustentava a aplicação do art. 3º da Circular nº. 3857/2017, que regulamenta o artigo 19º da Lei nº. 13.506/2017. Esses dispositivos tratam da possibilidade do BACEN deixar de instaurar processo administrativo sancionador quando for baixa a gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado, bem como quando houver um meio eficaz de medida alternativa de supervisão.

O particular alegava que o atraso na entrega da declaração em 42 (quarenta e dois) dias não teria sido capaz de comprometer os bens jurídicos tutelados, de acordo com o §1º do artigo 3º da supracitada circular.

Entretanto, sem sequer adentrar no mérito da gravidade do bem jurídico tutelado, o CRSFN afastou esse argumento basicamente em razão da ausência de aplicação da supracitada norma. De acordo com a Relatora do voto, ao considerar que a data base da declaração era de 31/12/2010, dever-se-ia observar a Circular nº. 3.526/2011, que regia o procedimento à época e determinava a aplicação da sanção. Ao nosso ver, caso este precedente tivesse sido analisado à luz do novo regime sancionador, o CRSFN deveria analisar o caso concreto a partir da natureza, alcance, gravidade, relevância, reincidência, além da possibilidade de aplicação de medida de supervisão alternativa. Somente com a superação dessas questões, caberia a aplicação da sanção ao particular. Afinal, a possibilidade de não instaurar o processo sancionador é um dos pontos fortes da nova legislação, como já visto no capítulo anterior.

Como se vê, ainda que o regime imposto pela nova lei seja inquestionavelmente mais gravoso ao particular, paralelamente impõe a necessidade de a administração aprofundar a fundamentação das decisões que acarretem a aplicação de sanção.

Importante ressaltar que a questão da irretroatividade da Lei nº. 13.506/2017 e da Circular nº. 3.857/2017 não é pacífica no CRSFN, que já decidiu pela possibilidade em tese de aplicar efeitos retroativos a referida norma. É justamente o que foi discutido no processo nº 1037.000083/2016-38, no qual foi discutida a possibilidade da aplicação retroativa, ainda que no caso concreto essa tese tenha sido afastada. Nesse caso concreto, foi proferido voto vista pelo conselheiro Alexandre Graziano que apresentou dois fundamentos para reconhecer a possibilidade de aplicação retroativa da legislação em vigor. Em primeiro lugar, porque o art. 5º, XL da CRFB²⁰⁷ não poderia ser interpretado de maneira literal e deveria abranger as normas não penais que contenham caráter punitivo, tais como as normas do direito administrativo sancionador. Assim, os

²⁰⁷ “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”

critérios objetivos e limites estabelecidos pela Circular nº. 3.857/2017 podem ser aplicados retroativamente se acarretarem tratamento mais benéfico ao particular. Em segundo lugar, porque, não obstante a Lei nº. 13.506/2017 apresentar um regime mais gravoso que o anterior, sua aplicação deve ser analisada a partir do caso concreto em relação aos efeitos na esfera jurídica do administrado. Ao nosso ver, ao considerar a possibilidade do administrado ser beneficiado pelo regime jurídica novo, o CRSFN acolheu ainda que em parte, o ponto de vista defendido no capítulo anterior quanto aos efeitos da sanção administrativa no particular.

Felizmente, nos demais julgados analisados durante essa pesquisa, entre os anos de 2018 e 2020, não foram localizados atos do CRSFN atos que incidissem nos pontos frágeis da nova legislação que foram apresentados nos capítulos anteriores. Obviamente que essa afirmação não afasta os pontos de vista abordados nesse trabalho, seja porque essa pesquisa não possui intenção de esgotar o tema, seja ainda porque não se pode deixar de lado o necessário pluralismo político do qual decorre a discricionariedade administrativa que incide sob o direito administrativo sancionador, tal como define Ricardo Marcondes Martins em obra famosa.²⁰⁸

Esperamos que com o passar dos anos a jurisprudência do CRSFN e dos Tribunais sejam confrontados com temas que desafiem o novo regime jurídico imposto pela Lei nº. 13.506/2017, de modo a permitir que os precedentes que decorrem da sua aplicação formem um conjunto jurisprudencial com informações mais concretas e relevantes sobre o direito sancionador que as instituições financeiras enfrentam no BACEN.

²⁰⁸ “Na discricionariedade, porém, há duas ou mais soluções admitidas pelo Direito, globalmente considerado, possibilidade essa decorrente do pluralismo. Por força do preâmbulo da Constituição e de seu artigo 1º, V, o pluralismo, no ordenamento jurídico brasileiro, é, na terminologia utilizada por Canotilho, um princípio estruturante que impõe o reconhecimento de que cada pessoa possui sua própria concepção de bem, seus próprios valores, impõe, enfim, a admissão de uma pluralidade de opiniões. Justamente nesses casos a vontade do agente passa a ser relevante; são os casos nos quais o Direito não define, de plano, uma única solução como correta. Trata-se, em suma, de uma decorrência do pluralismo político: as pessoas têm diferentes visões de mundo e posições axiológicas discordantes.” (Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. op. cit. p. 145/146)

5. O ASPECTO CONSENSUAL DA LEI Nº 13.506/2017

Antes de apresentarmos os instrumentos consensuais da Lei nº. 13.506/2017, cumpre tecer algumas breves considerações a respeito do tema do consensualismo na administração pública. Afinal, apesar do tema não ser uma novidade no direito administrativo como afirma Maria Sylvia Di Pietro, até o início da última década ainda era tratado de forma tímida pela doutrina e com pouca adesão por parte dos entes políticos.²⁰⁹

Juliana Bonacorsi de Palma esclarece que a utilização de instrumentos consensuais pela administração pública ocorre desde o Decreto-lei 3.365/1941, que trata do processo de desapropriação e permite o acordo quanto ao valor da indenização a ser paga pela administração pública ao expropriado.²¹⁰ Por outro lado, afirma a autora, até o início da década de noventa quando ocorreu o processo de criação de agências reguladoras no direito administrativo, a utilização de instrumentos consensuais pela administração pública se limitava a essa possibilidade, bem como ao Decreto 94.764/1987, revogado pelo Decreto 99.274/1900, e que previa a redução da multa aplicada pela autoridade ambiental se o infrator se comprometesse a adotar medidas corretivas da degradação ambiental.²¹¹

²⁰⁹ “É importante ressaltar que os acordos feitos pela Administração Pública, como o compromisso e a transação, não são novidade no direito positivo. Desde longa data é prevista, para os processos judiciais, a possibilidade de a Administração Pública confessar, desistir, fazer transação, firmar compromissos, sem que se alegue qualquer óbice de natureza jurídica. A exigência que a lei faz é de que tais atos sejam autorizados por determinadas autoridades. Não é qualquer advogado público que, por sua própria decisão, pode confessar, desistir, fazer transação, no curso de um processo judicial em que atua como representante do Estado.” (Di Pietro. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pag. 1072)

²¹⁰ “Conforme já se assinalou ao longo do trabalho, a consensualidade não é fenômeno recente no direito administrativo brasileiro, como comprova o instituto da desapropriação amigável, previsto no Decreto-lei 3.365/1941, que disciplina o processo de desapropriação ordinária. Segundo seu art. 10, *caput*, o acordo celebrado entre Administração expropriante e expropriado quanto ao valor da indenização prévia e justa finda o processo de desapropriação, resultando na aquisição originária da propriedade pela Administração. No entanto, caso as partes não cheguem a um consenso sobre o valor da indenização, a Administração poderá ajuizar ação de desapropriação para arbitramento judicial, no prazo de cinco anos a partir da expedição do decreto expropriatório (op. cit. p. 190/191).

²¹¹ “De se notar que até a década de 1980, porém, as normas dispositivas de acordos entre Administração Pública administrados eram pontuais, resumindo-se à mencionada desapropriação amigável administrativa ou judicial e ao Decreto 94.764/1987 na matéria ambiental. O Decreto 94.764/1987 alterou a lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), para que

Recentemente, com o impulso gerado pela promulgação da Lei nº. 12.846/2013, denominada lei anticorrupção que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, conforme preceitua sua ementa, o tema ingressou de uma vez por todas no cenário nacional.²¹² Portanto, para que possa compreender o que se tem chamado nos últimos anos de Administração Consensual conforme se extrai das palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello²¹³, é necessário primeiramente entender o contexto no qual esse fenômeno encontra-se inserido.

Para tanto, a compreensão de duas características da administração pública é de suma importância. Em primeiro lugar, como posicionar o fenômeno do consensualismo na relação entre direito público e direito privado, esse segundo mais desenvolvido teoricamente que o primeiro e que deu origem ao que conhecemos hoje na

ambas passassem a prever a possibilidade de a autoridade ambiental competente para aplicar sanção de multa celebrar termo de compromisso com o infrator, por meio do qual a multa poderia ser reduzida em até 90% do seu valor original. Para tanto, este se comprometeria a adotar medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental” (*ibid idem*).

²¹² Após a promulgação da lei anticorrupção, o tema foi definitivamente positivado no direito pátrio através da Lei nº 13.140/15 que, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “trata como autocomposição o meio de resolução de conflitos de que se utiliza a Administração Pública, por seus próprios órgãos, para resolver conflitos de que participe como parte interessada. Alcança conflitos entre órgãos ou entidades da Administração Pública ou entre pessoa jurídica de direito público e particulares. O objetivo não é só o de ajudar as partes chegarem a um acordo, mas também, em determinadas hipóteses, o de dirimir o conflito. O vocábulo *autocomposição* tem sentido genérico, que abrange várias modalidades, como a resolução administrativa de conflitos (de que trata o art. 32), a mediação (referida no art. 33), a mediação coletiva de conflitos relacionados com a prestação de serviços públicos (art. 33, parágrafo único), a transação por adesão (art. 35), a composição extrajudicial de conflitos (Ibid. p.. 1074)

²¹³ *Verbis*: “(...) recentemente a legislação passou a prestigiar e a fomentar a autocomposição dos conflitos no âmbito do Direito Público, no que se convencionou denominar de Administração Consensual. ” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo. Malheiros: 2019, pag. 995).

sociedade como consenso.²¹⁴⁻²¹⁵ Em segundo lugar, compreender qual o interesse público buscado pela atividade consensual da administração pública na Lei 13.506/2017. Afinal, ainda que não haja consenso a respeito do conceito de interesse público e parte da doutrina se recuse a aceitar que o interesse público também se realiza, de acordo com as particularidades do caso concreto, quando o beneficiário for um único particular ao nosso ver, essa posição já se encontra ultrapassada no direito pátrio, conforme explicado nos capítulos anteriores. Portanto, antes de ingressarmos nos instrumentos consensuais adotados pela Lei 13.506/2017, cumpre fazermos algumas considerações sobre os dois temas supracitados.

5.1. *Distinção do consensualismo no direito público e no direito privado*

Não há dúvidas que foi no direito privado que nasceu o fenômeno do consensualismo. Consenso provém da palavra latina *consensus* e é sinônimo de acordo de vontades, anuência, consentimento. Ou seja: está intrinsicamente ligado ao direito privado, cuja base teórica foi toda construída e consolidada através do dogma da vontade,

²¹⁴ “Os domínios do direito privado e do direito público convivem, modernamente, com grandes espaços de superposição. É bem de ver, no entanto, que os tempos recentes marcaram uma inversão nesta convivência: se antes o direito civil se estendia subsidiariamente às relações de direito público, hoje em dia o fenômeno é oposto; o que se tem verificado é a publicização das relações privadas, sobretudo pela introdução de normas de ordem pública na sua disciplina. Essa transformação é contemporânea do processo pelo qual o Código Civil deixa de ser o centro do sistema de relações privadas, substituído por um conjunto de microssistemas, como (i) a Lei de Locações, (ii) o Código do Consumidor, (iii) o Estatuto da Criança e do Adolescente. Tudo sem mencionar que alguns temas na verdade integrantes da teoria geral dos direitos – cujos princípios e conceitos formam o núcleo fundamental de todos os ramos do direito – haviam sido impropriamente situados no direito civil”. (BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2ª ed. Tomo I. p. 503).

²¹⁵ “Assim, quando se afirma a autonomia do direito administrativo, isto significa que ele não é excepcional ou estrito relativamente a qualquer outro ramo do direito, mas apresenta institutos e instrumentos próprios, bem como princípios e regras que lhe são peculiares. Daí por que a interpretação de suas disposições será orientada por seus próprios princípios e a integração de suas lacunas deverá efetivar-se por normas que pertençam ao seu domínio, salvo se inexistentes”. (Ibid. p. 505)

conforme constata pelas leituras de obras famosas escritas por juristas renomados do direito privado e do direito público ao tratar do tema.^{216_217}

Por sua vez, o poder público não possui vontade. Ao editar um ato administrativo seja de imposição de poder, seja de buscar um consenso, o poder público não possui autonomia da vontade. Pelo contrário, o faz em cumprimento a determinada ordem legal ou por possuir determinado móvel com vistas a realizar um determinado interesse público. Mesmo no exercício do poder discricionário pelo agente público, este não está ligado à sua vontade, mas sim ao seu móvel, como se extrai das palavras dos i. professores Ricardo Marcondes Martins e Celso Antônio Bandeira de Mello.^{218_219_220}

²¹⁶ Nesse sentido, são as palavras de Ricardo Marcondes Martins: A base do direito privado é a vontade, daí a célebre distinção entre atos e fatos jurídicos: os primeiros, ao contrário dos segundos, são manifestações de vontade. Porém, enquanto nos atos jurídicos em sentido estrito os efeitos jurídicos são previamente determinados pela ordem jurídica, nos negócios jurídicos os efeitos jurídicos são determinados pela vontade das partes. Negócios jurídicos, enfim, são veículos introdutórios de normas jurídicas editadas pelos particulares, fruto da chamada autonomia privada”. E conclui dizendo: “Daí o dogma da vontade: no âmbito privado, a autodisciplina da conduta pressupõe a própria vontade e a disciplina da conduta alheia pressupõe a vontade própria e alheia” (Estudos de direito administrativo neoconstitucional. Ed. Malheiros. São Paulo: 2015. p. 362/363).

²¹⁷ No direito privado, destaque-se o relato histórico de Caio Mário: “Quando, pois, no limiar da Idade Moderna, um jurista costumeiro, como Loysel, dizia que ‘os bois se prendem pelos chifres e os homens pela palavra’, fazia na verdade, e a um só tempo, uma constatação e uma profissão de fé: testemunhava em favor da força jurígena da palavra em si mesma, e deitava uma regra, segundo a qual os contratos formavam-se, em princípio, *solo consenso*” (Op. cit.. Pag. 18/19)

²¹⁸ “os atos administrativos não são negócios jurídicos porque a Administração, ao contrário dos particulares, não tem autonomia da vontade para estabelecer os efeitos jurídicos.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. V. 5. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. p. 183).

²¹⁹ Apesar de ser um erro generalizado confundir discricionariedade com liberdade, as diferenças são abissais. O sistema jurídico não deixa a escolha entre uma alternativa ou outra apenas sob o crivo da vontade do agente competente, pois o agente deve escolher a alternativa que segundo sua opinião seja a melhor forma de realizar o interesse público. Na maioria das hipóteses, ele terá uma opinião sobre essa melhor forma e essa será a “vontade” do ordenamento jurídico. Da mesma forma que na competência vinculada, na competência, na competência discricionária também há apenas uma resposta juridicamente correta: mas enquanto na vinculada ela é dada pela interpretação do conjunto de normas vigentes, na discricionária é dada pela opinião do agente competente sobre a melhor forma de realizar o interesse público. A competência vinculada envolve ato de cognição, a discricionária envolve também um ato volitivo. (*Ibid.* p. 146).

²²⁰ Móvel ou intenção é algo subjetivo, que reside na intimidade psicológica do sujeito que atua. (...). O móvel correspondente ao intento, ao propósito, do agente, à sua finalidade subjetiva, pessoal”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle judicial. 2. Ed. São Paulo. Malheiros: 2017. P. 87)

Assim, a partir das premissas de que (i) o direito privado é mais consolidado que o direito público e baseado na celebração de acordos de vontades entre particulares, (ii) que, deste modo, o consensualismo encontra-se na base do direito privado; e (iii) o direito público se desenvolveu inicialmente sob o prisma do exercício do poder em face de um dever de observância do particular, já é possível nesse momento definir dois elementos centrais do consensualismo na administração pública: a possibilidade da administração pública celebrar atos consensuais sem se distanciar do interesse público e a mudança do paradigma do poder-dever, para o dever-poder, conforme explicado nos capítulos anteriores.

Afinal, como visto linhas cima, o direito privado já se consolidou no sentido de que os atos consensuais possuem típica natureza contratual de acordo de vontades. Por outro lado, muito se discutiu a respeito da possibilidade da administração pública celebrar contratos em razão da típica natureza de direito privado desse instituto jurídico. Apesar desse tema já estar praticamente superado no direito pátrio, a doutrina ainda encontra algumas divergências.²²¹

Ao nosso ver, o principal instrumento para superar qualquer dúvida a este respeito, é a vinculação conceitual dos contratos celebrados pela administração pública ao atendimento do interesse público, onde o instrumento consensual supera a concepção privatista originária do contrato. Afinal, ao contrário do particular, a administração pública não atende a interesses egoísticos, mas sempre ao interesse público, ainda que

²²¹ Silvio Luis Ferreira da Rocha identifica três correntes doutrinárias sobre o tema, *verbis*: “A doutrina diverge acerca da existência do contrato administrativo como categoria autônoma do direito administrativo. Uma corrente de autores nega sua existência, por nele não encontrar as características presentes no contrato do direito privado. Nesse sentido, uma comparação entre os contratos privados e os contratos administrativos indicaria diferenças radicais que impediriam considera-los espécies de um mesmo gênero. Uma segunda corrente de autores, em sentido oposto, crê que todos os contratos celebrados pela administração são contratos administrativos. Basta, portanto, a presença da Administração num dos polos da relação jurídica para caracterizar o ajuste como contratual. Uma terceira corrente de autores o considera espécie de gênero contratos da Administração, submetido a regime de direito público que derroga o direito privado contratual e o extrapola. Teríamos, então, contratos da administração como gênero, e contratos administrativos, como espécie”. (Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros.2013.p. 438).

individualmente considerado, conforme definição supra. Nesse sentido, as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello são irrefutáveis.²²²

Eis, portanto, o primeiro elemento central da atuação contratual da administração pública: a administração pública não se afasta do interesse público ao celebrar contratos.

É justamente na relação íntima e inseparável existente entre o direito administrativo e o interesse público que se verifica o segundo traço do consensualismo na administração pública: a atuação da administração pública sempre atende ao binômio dever-poder.

Afinal, conforme já explicado nos capítulos anteriores, durante muito tempo a aplicação do direito administrativo esteve intimamente ligada ao exercício do poder soberano do Estado. O desenvolvimento de institutos como o já mencionado poder de polícia, revelam um Estado cuja identidade era tipicamente de imposição do poder.

Somente em tempos mais recentes, com o aprofundamento do estudo científico do direito administrativo, essa concepção é superada e a atuação da administração pública passa a ser analisada por uma concepção de dever da administração com os administrados com vistas a realização do interesse público ainda que

²²² “À vista das considerações precedentemente feitas, pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. (...) Estes tipos de avença entre entidade pública e terceiro, consoante opinião prevalente dos doutros, apresentam originalidade em relação às congêneres do Direito Privado, pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito”. (BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo. Malheiros: 2019, Pag. 655).

individualmente considerado.²²³⁻²²⁴ Em outras palavras: o exercício de qualquer poder por parte da administração pressupõe sempre, sem exceção, um dever perante os administrados. Nesse sentido, as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello são irrefutáveis²²⁵.

Por conta da dificuldade de superação dos paradigmas acima, que o tema do consensualismo foi durante bastante tempo tratado timidamente pela doutrina e pelos administradores públicos. Entretanto, a partir da promulgação da lei anticorrupção e no cenário caótico vivido pela administração pública brasileira no início do século, o tema passou a ser tratado como prioridade pelo poder público e pelos operadores do direito.

²²³ Nesse sentido, são as palavras de Augustín Gordillo: Em lugar de estabelecer um principio general de coación y poder estatal (“policía, “poder de policía” al que luego se le buscarían restricciones em los derechos individuales de los habitantes, lo correcto es, en los sistemas constitucionales que estructuran positivamente a su Estado como “Estado de Derecho” (1), sentar la premisa opuesta, de que el principio general establecido son los derechos individuales, a los que luego, em los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se le encontrarán restricciones y limitaciones em la eventual coacción estatal.” (op. cit. XII – 25)

²²⁴ Daí decorre a significativa e necessária diferenciação entre a função privada e função pública. Enquanto o particular possui liberdade, ou seja, ampla esfera de decisão reservada ao livre arbítrio, “tudo muda em relação à função pública. Estado e liberdade são conceitos incompatíveis: o Estado não tem livre arbítrio, não possui interesses próprios, autônomos. O interesse do Estado é sempre o interesse público, o interesse alheio, o interesse dos administrados. Nos termos dantes explicados, o Estado pode ter o dever de tutelar o respeito à realização dos interesses privados de dimensão privada, mas, ele próprio, jamais terá interesse em realizar interesses privados de dimensão privada. Assim, mesmo nos espaços de valoração subjetiva, tema a ser retomado adiante, não se abrirá ao agente público a possibilidade de decidir pelo seu livre arbítrio: o agente, no exercício da função pública, tem sempre o dever de buscar a ótima realização do interesse público. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. V. 5. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. Pag. 50/51)

²²⁵ “Na ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo – inobstante ramo do direito público – em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de ‘doverosità’, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela Lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.” (BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Discrecionarietà e controle judicial. 2. Ed. São Paulo. Malheiros: 2017. P. 15).

Nesse sentido, não se pode deixar de destacar que a relação entre direito público e privado se estreitam cada dia mais. Percebe-se facilmente na atividade jurídica cotidiana que essas esferas se interligam cada vez com maior frequência.

Ruy Cerne Lima, em posição acolhida nesse trabalho, destaca que no direito moderno essas esferas muitas vezes se interligam, de modo que cabe ao jurista conseguir individualizar seu estudo para que ambas não percam sua autonomia científica, mas ao mesmo tempo buscar uma maior congruência no momento de sua aplicação, de modo que o direito público não vire um entrave as relações privadas e, por outro lado, o interesse público não seja afetado pelos interesses egoísticos.²²⁶ Assim, é que diversos instrumentos e legislações foram introduzidas no cenário jurídico brasileiro, tais como o termo de ajustamento de conduta e o acordo de leniência. No âmbito da Lei nº. 13.506/2017, foram previstos o acordo administrativo em processo de supervisão e o termo de compromisso, que serão analisados em seguida.

5.2. *Instrumentos consensuais da Lei nº.13.506/2017*

A legislação anterior que tratava da atividade sancionadora do BACEN em face das instituições financeiras não previa a utilização de instrumentos consensuais, o que nos permite afirmar, que a lei sob estudo se trata de um marco legal quanto ao tema.

²²⁶ Em relevante trabalho apresentado no Congresso Jurídico comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, o Autor sustenta que: “Estamos longe da época em que, para aplicar a manifestação no Direito Administrativo de categoriais jurídicas, já conhecidas no Direito Privado, se postulava abolir a distinção tradicional entre essas duas seções do direito positivo. Mas ao revés, a intransigência em manter rigorosamente a velha distinção romana vem gerando, na literatura no Direito Administrativo, a multiplicação de novidades, que só o esquecimento completo dos dogmas privatísticos autorizaria fossem consideradas tais. Parece oportuno, pois, empreender-se o estudo dos institutos e figuras jurídicas do Direito Administrativo, em comparação com as espécies paralelas do Direito Privado, criando-se, destarte, um como Direito Comparado *ad intra*, nesse setor importantíssimo da investigação jurídica”. E ao final, conclui: “de qualquer maneira, como o céu se pode refletir na poça d’água, e a eternidade no tempo, assim também a propriedade privada, em toda sua grandeza, *sub specie aeterni*, reflete-se na construção jurídica, *sub specie temporis*, do domínio público. Não se trata de conceitos antagônicos; são como linhas paralelas, e como a estas, podemos nós uni-los, se nos alteamos sobre o finito, e, do infinito, os consideramos”. (Direito administrativo e direito privado. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 26, p. 19-33, out. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12145/11065>>. Acesso em: 13 Jun. 2020. doi:<<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v26.1951.12145>>).

Nesse sentido, Rachel Sztajn e Haroldo Malheiros Verçosa, afirmam com veemência que o consensualismo é um dos temas centrais da nova legislação. Assim, temos que a Lei nº. 13.506/2017 insere no ordenamento jurídico e no sistema sancionador das instituições financeiras dois importantes instrumentos até então inexistentes na regulação bancária perante o BACEN. Trata-se do termo de compromisso previsto nos arts. 11 a 15 e do acordo administrativo em processo de supervisão, nos termos dos arts. 30 a 32 da lei.²²⁷ Ambos os instrumentos possuem muitas semelhanças com o acordo de leniência, inserido no ordenamento jurídico através da Lei nº. 12.846/2013. Essa aliás era a denominação utilizada pela Medida Provisória nº 784 de 2017, razão pela qual parte da doutrina denomina esses instrumentos como acordo de leniência do sistema financeiro nacional, conforme se verifica das palavras de Amanda Athayde²²⁸

Como não poderia deixar de ser, ambos possuem similitudes e diferenças, apesar de se trate de instrumentos com o mesmo objetivo: alcançar o consenso junto ao particular para que o atendimento ao interesse público defendido pelo órgão de controle, não passe pela imposição da sanção e qualquer penalidade decorrente do consenso, seja menos gravosa que àquela eventualmente imposta. São esses instrumentos que passamos a estudar a seguir, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto. Afinal, ainda é recente sua utilização no BACEN.

²²⁷ Nesse sentido, são as palavras de Amanda Athayde para quem: “A Medida Provisória nº. 784 inaugurou as discussões legislativas, no Brasil, a respeito dos Acordos de Leniência no SFN, em que pese ter inovado também em diversos outros aspectos. Sua edição provocou intensa controvérsia no meio jurídico e na mídia, algumas de cunho formal (como a que ponderava se natureza dos dispositivos propostos era ou não disciplinável por medida provisória) e algumas de cunho material (como a que tratava da possibilidade de sigilo dos Acordos de Leniência, o que, em tese, poderia prejudicar a investigação de outros órgãos, em especial dos Ministérios Públicos, que foram os seus principais críticos). Como a Medida Provisória nº. 784 teve sua vigência encerrada sem que tivesse sido apreciada a tempo pelo Congresso, foi apresentado o Projeto de Lei nº. 8.843/2017, que tramitou em regime de urgência e foi rapidamente aprovado pelas duas casas do Congresso Nacional, resultando da Lei nº. 13.506/2017 (Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum. 1ª reimpressão. 2019. p. 163).

²²⁸ A medida provisória nº. 784 tratava do tema como acordo de leniência, entretanto, a lei ordinária alterou sua nomenclatura, como ressalta a Amanda Athayde, *in verbis*: Entre as várias alterações no texto final da lei, em relação à Medida Provisória, está a substituição do termo “Acordo de leniência” por Acordo administrativo em processo de Supervisão” (APS) (arts. 30 a 32). Trata-se de simples mudança de nomenclatura, dado que o seu conteúdo permanece o mesmo. Assim, por coerência e comparabilidade com os demais Programas de leniência existentes no Brasil, manterei, neste livro, a denominação Acordo de Leniência. Ademais, a versão promulgada da Lei nº. 13.506/2017 também trouxe novos procedimentos para o Termo de Compromisso (arts. 11 a 15) no BC. ” (op. cit. p. 164).

5.2.1. *Do termo de compromisso*

Não obstante o termo de compromisso tenha sido incorporado no BACEN somente através da Lei nº. 13.506/2017, o referido instrumento tem sido utilizado na CVM desde 1997, quando o instrumento foi introduzido por meio de reforma legislativa na Lei nº. 6.385/1976. Assim, o novo diploma legislativo, não apenas introduziu o termo de compromisso no BACEN, como também atualizou a utilização do instrumento perante a CVM, através de modificações na Lei nº. 6.385/1976. Nesse sentido, temos que a previsão legal para a celebração do termo de compromisso no BACEN, encontra-se no artigo 11 da Lei nº. 13.506/2017, que permite ao Banco Central em atividade discricionária, deixar de instaurar ou suspender o processo administrativo, desde que antes da decisão em primeira instância, caso o investigado assine termo de compromisso, no qual assume cumulativamente as obrigações descritas nos três incisos do dispositivo legal.

Por sua vez, de acordo com o §4º do art. 11, é vedado ao BACEN celebrar termo de compromisso nas infrações consideradas graves, nos termos descritos no artigo 4º da lei. Em complementação ao dispositivo legal, a Circular nº. 3857/2018, dispôs que o BACEN também não firmará termo de compromisso nas infrações de que trata a Lei nº. 9.613/1998 que “Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei”, conforme preceitua sua ementa.

A respeito dos requisitos previstos nos três incisos da lei, os dois primeiros são auto explicáveis e carecem de maiores controvérsias. Trata-se dos requisitos de cessação da prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos, correção das irregularidades apontadas e indenização dos prejuízos. Quanto ao terceiro inciso, o legislador impõe ao investigado basicamente dois compromissos, quais sejam (i) cumprir demais condições acordados de acordo com as peculiaridades do caso concreto, e (ii) recolher contribuição pecuniária, observado o art. 10 da lei que apresenta os fatores a serem considerados na aplicação das penalidades.

É justamente na questão da contribuição pecuniária que ao nosso ver a lei merece críticas pontuais. Ao nosso ver, a lei utilizou-se de uma terminologia distinta para se referir a aplicação da pena de multa, que será obrigatória na celebração desse instrumento. Isso fica evidente quando a lei faz referência a aplicação do art. 10, que nada mais é um rol de fatores que considerados para fins de aplicação da infração. Assim, na celebração do termo de compromisso, inevitavelmente o investigado deverá ser sancionado. Tal obrigatoriedade vai em sentido contrário a posição já defendida nesse trabalho de que a legislação carece de possibilidades que permitam a exclusão da sanção.

No caso do termo de compromisso, ao que nos parece a penalidade de multa poderia, à luz do caso concreto, ser excluída em casos nos quais o processo administrativo sequer foi instaurado, mantidos os demais requisitos do termo de compromisso. Nesse sentido, Amanda Athayde ressalta que na CVM, a contribuição pecuniária apenas seria obrigatória quando não for possível identificar os prejudicados com precisão para fins de reparação do dano.²²⁹⁻²³⁰ Afinal, se é no processo administrativo

²²⁹ *Verbis*: “Já na CVM, o art. 11, §5º da Lei nº. 6.386/1976 (cuja redação foi alterada pela Lei nº. 13.506/2017) preceitua que os investigados deverão se obrigar a (i) cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e (ii) corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos. Trata-se de requisitos previstos também no art. 7º da Deliberação CVM 390/2001. É possível notar, de plano, uma primeira diferença entre as legislações aplicáveis ao BC e à CVM. Em relação aos termos de compromisso na CVM, está ausente redação equivalente àquela do art. 11, III, da Lei nº. 13.506/2017, aplicável ao BC (“cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária”). Não seria obrigatório, portanto, na CVM, o recolhimento de contribuição pecuniária? A dúvida surge porque o art. 11, §5º da Lei nº. 6.385/1976, que dispõe sobre os Termos de Compromisso, não inclui a necessidade de haver contribuição pecuniária entre os requisitos para celebração desses acordos. Há, porém, entendimento jurisprudencial no sentido de que a contribuição pecuniária será obrigatória na hipótese de impossibilidade de identificação dos prejudicados. Assim, ao menos nos casos em que não há dano mensurável e, portanto, que se entende que há um prejuízo ao mercado de capitais como um todo, a contribuição pecuniária será considerada requisito para celebração do Termo de Compromisso” (ATHAYDE. Op. cit. p. 218/219).

²³⁰ Interessante precedente a respeito da contribuição pecuniária na CVM, ocorreu no processo administrativo nº. 16/2008, no qual se apurava responsabilidades dos administradores da Aracruz Celulose S.A. por supostas irregularidades relacionadas a operações envolvendo instrumentos financeiros derivativos e na divulgação de informações pela Companhia. Ao fundamentar o parecer que propôs ao Colegiado da CVM a rejeição da proposta de termo de compromisso formulada pela companhia, o Comitê de Termo de Compromisso fundamentou “ser inconveniente, em qualquer cenário, a celebração de Termo de Compromisso, considerando notadamente as características que permeiam o caso, tal qual o volume financeiro envolvido, o contexto em que se verificaram as infrações imputadas aos proponentes e a especial gravidade das condutas consideradas ilícitas.” (Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0007/7207-0.pdf..> <Acesso em

onde as provas da infração são analisadas mediante contraditório e ampla defesa, a aplicação prévia de penalidade em casos nos quais o processo sequer foi instaurado, nos parece demasiadamente gravosa ao administrado, ainda mais por se tratarem de infrações consideradas ordinárias, já que o termo de compromisso não se aplica a infrações graves.

Em seguida, a lei trata nos artigos 13, §2º e 15, §1º da lei, o tema que envolve o âmbito de aplicação do termo de compromisso. De acordo os esses dispositivos, a celebração do termo de compromisso, obriga que o BACEN comunique ao Ministério Público e demais órgãos de controle, que poderão iniciar processo administrativo dentro de sua competência. Assim, o termo de compromisso fica restrito ao âmbito de competência do BACEN. Ao nosso ver, essa previsão prejudica o interesse do administrativo na celebrar termo de compromisso, em razão da ausência de interligação entre os órgãos de controle, que permite com que o investigado sofra sanções em diversas esferas administrativas.

Infelizmente, não se trata de um simples problema de texto legislativo que eventualmente pudesse ser resolvido através de norma alteradora. Trata-se de um problema, ao nosso ver, sistêmico no direito administrativo e que carece de ampla reforma

18.10.2020>). Assim, ao que nos parece, o comitê entendeu que não bastava o oferecimento de valores aleatórios pelos proponentes para fins de ressarcimento dos danos causados, havendo outros pontos na conduta dos administradores a serem analisados com cautela. Entretanto, após a proposta inicial ser reapresentada, a mesma foi aprovada pelo colegiado da CVM na sob o fundamento de que “os valores dos compromissos se afiguram proporcionais à gravidade das acusações já formuladas no PAS 16/08 (assim como ao objeto do processo administrativo e da correspondente atuação de cunho civil e coletivo da CVM com o MPF como um todo), sendo, em especial, suficientes para desestimular a prática de condutas assemelhadas. ” (Ata da reunião do colegiado nº. 34/2012 – Disponível em: http://www.cvm.gov.br/decisoes/2012/20120904_R1.html <Acesso em 18.10.2020>).

para que os instrumentos consensuais passem a interligar os órgãos de controle, conforme inclusive já defendi em outra oportunidade.²³¹⁻²³²

Outro ponto a ser destacado no termo de compromisso diz respeito ao parágrafo único do art. 14, que trata da confissão e reconhecimento da ilicitude. Apesar do dispositivo legal dizer expressamente que a celebração do termo de compromisso não importará em confissão ou em reconhecimento da ilicitude por parte do investigado, é o conteúdo do termo de compromisso que de fato irá dizer se o administrado confessa as práticas (ou não). Em outros termos: a análise do termo de compromisso à luz da infração imputada é que vai definir a existência de confissão. Nesse sentido, deve-se lembrar que a confissão não se revela somente da forma expressa, mas também pode ser ficta ou presumida, conforme explica Caio Mário em obra famosa.²³³²³⁴

²³¹ Nesse sentido, já defendi a fragilidade do acordo de leniência quando da celebração desse instrumento na lei anticorrupção, verbis: “Outro ponto que vem cada vez mais sendo abordado pela doutrina como elemento impeditivo da construção de um modelo sancionatório mais eficiente e que não coloque em risco o exercício da atividade empresarial, diz respeito à ausência de interligação entre os órgãos de controle. Na lei tema deste trabalho, essa problemática fica evidente. Afinal, pouca vantagem poderia ser extraída da aplicação de um programa efetivo de integridade que seja apto a excluir a sanção no âmbito da lei anticorrupção, se, por outro lado, a pessoa jurídica ainda estaria sujeita a sofrer processos perante os tribunais de contas e/ou ações civis públicas movidas pela Defensoria Pública ou Ministério Público. É por conta disso que a empresa, quando da celebração do acordo de leniência, deve fazê-lo com a participação de todos os atores envolvidos: ente lesado, Ministério Público como fiscal da lei, advogado do órgão público lesado, defensoria como representante de interesses difusos e tribunal de contas como fiscal. Cumpre esclarecer que não se pretende aqui desconstituir a importância dos órgãos de controle denominados pela doutrina de “controle externo”, mas, pelo contrário, o que se pretende é discutir a necessidade de um maior imbricamento na atuação desses órgãos com vistas a evitar rumos opostos e isolados(...)” (COSTA. Pedro Luiz Chagas; ROCHA. Silvio Luis Ferreira. Op. cit. p. 162).

²³² No mesmo sentido, Kleber Bispo dos Santos leciona que: “é uma questão muito complicada e delicada a possibilidade de aplicação simultânea de sanções por instâncias autônomas que não se comunicam e não levam em consideração a existência de outras esferas de responsabilização. Essa preocupação é muito pertinente e calha à fiveleta quanto ao tema da extensão e limites do acordo de leniência no que tange a outros sistemas de responsabilização. A nosso ver, em se tratando da sanção das pessoas jurídicas, as instâncias devem se comunicar, e indo mais além, em se tratando de acordo de leniência com a pessoa jurídica delatora, o mesmo deve, se possível, englobar todas as possibilidades de responsabilizações ou sanções à pessoa jurídica beneficiária, decorrentes do mesmo fato, podendo, inclusive, a depender das circunstâncias do caso concreto, surtir efeitos às eventuais responsabilizações das pessoas físicas representantes das pessoas jurídicas” (SANTOS, Kleber Bispo. op. cit., p. 147).

²³³ “A lei processual admite ainda como proa a confissão ficta, decorrente da alegação não contestada pela outra parte, se o contrário não resulta do conjunto das provas (Código de Processo Civil de 1973, art. 302; Código de Processo Civil de 2015, art. 341). ” (*Ibid.* p. 506).

²³⁴ “Presunção é a ilação que se tira de um fato certo, para prova de um fato desconhecido. Ao relacionar os meios de prova, o art. 212 do Código menciona a presunção. Não é, propriamente,

Por fim, o último tópico de destaque no termo de compromisso, diz respeito a ausência de menção explícita na lei sobre as consequências do cumprimento do compromisso assumido pelo investigado.

Ainda que no artigo 15, a legislação trate do arquivamento do processo administrativo após o cumprimento, ao nosso ver o texto legislativo poderia ser mais claro e tratar da extinção da pretensão punitiva em relação aos mesmos fatos ou ainda simplesmente como fez no acordo administrativo em processo de supervisão, determinar a extinção da ação administrativa e via de consequência, da pretensão punitiva.

5.2.2. *Do acordo administrativo em processo de supervisão*

Diferentemente do termo de compromisso, a celebração do acordo administrativo em processo de supervisão pressupõe o reconhecimento expresso do ilícito por parte do investigado e prevê expressamente a possibilidade de extinção da ação punitiva, ou ainda redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, desde que preenchidos os requisitos do artigo 30 da lei nº. 13.506/2017.

Outra distinção essencial para o termo de compromisso, é que o acordo administrativo em processo de supervisão é aplicável as infrações graves, dentre elas àquelas relacionadas ao registro de capitais estrangeiros no Brasil e à declaração de capitais brasileiros no exterior.

Quanto aos requisitos para fins de celebração do acordo administrativo, diferentemente do termo de compromisso, esse instrumento consensual da administração pública não prevê a obrigatoriedade da aplicação da pena de multa em qualquer um dos dispositivos.

uma prova, porém um processo lógico, por via do qual a mente atinge a uma verdade legal. Na sua base há de estar sempre um fato, e dele se induza a presunção, nem admite que se deduza presunção de presunção. ” (*Ibid.* p. 507).

O legislador ainda foi omissos no texto quanto a obrigação de reparar o dano, entretanto, felizmente o BACEN incluiu essa obrigação no §4º do artigo 87 da Circular nº. 3.857/2017.

Obviamente que isso não significa que a pessoa não será sancionada ou não pagará qualquer penalidade, notadamente nas infrações graves. Aliás, deixe-se bem claro que em nenhum momento esse foi o ponto de vista defendido nesse trabalho. Pelo contrário, a crítica feita nesse trabalho diz respeito a sanção obrigatória que remonta os tempos em que a relação Estado-administrado era de mero poder-dever.

Seja como for, a possibilidade de não haver uma sanção de caráter pecuniário, ao nosso ver, é um avanço da lei a ser comemorado, principalmente quando se percebe que para fins de celebração do acordo depende de alto grau de participação do infrator, o que se aproxima do mecanismo de *self-cleaning* já exposto e defendido nesse trabalho.

Outra temática importante e que diferencia o acordo administrativo em processo de supervisão do termo de compromisso diz respeito a expressa menção da extinção da ação punitiva prevista tanto no caput do artigo 30, quando o BACEN optar pela não aplicação da sanção, bem como no §1º do artigo 32, que trata do tema de maneira clara quando o acordo é cumprido.

Esses dispositivos, ao nosso ver, tratam corretamente do processo de extinção das obrigações do investigado perante o BACEN. Aliás, a importância desse ponto está justamente na definição precisa pela lei quanto ao encerramento das obrigações.

Afinal, a ausência de definição de um marco temporal na legislação seria razão para insegurança jurídica do administrado, conforme se extrai das palavras do i. professor Tercio Sampaio Ferras Júnior ao tratar brilhantemente da relação entre tempo e o direito.²³⁵

²³⁵ *Verbis*: A doutrina jurídica reconhece que o tempo afeta todo o sistema jurídico (ordenamento jurídico como conjunto de normas postas) enquanto produção competente de normas. Isso porque

Um ponto que merece crítica diz respeito ao artigo 81 da Circular nº. 3.587/2017, que determina que a proposta do acordo administração não obstará a tramitação do processo administrativo. Não consideramos esse dispositivo, que também consta no artigo 11, 1º da Lei nº. 3.587/2017 quanto ao termo de compromisso, um equívoco da lei.

A crítica aqui formulada, diz respeito ao momento da suspensão do processo, que no termo de compromisso ocorre a qualquer momento antes da tomada de decisão em primeira instância. Ao nosso ver, o BACEN deveria ter estabelecido um marco temporal para que o processo administrativo em processo de supervisão tivesse seu andamento suspenso enquanto ocorrem as negociações sobre os termos do acordo. Afinal, nos termos dispostos atualmente pela circular, o BACEN poderia prosseguir com o processo até decisão final enquanto colhe informações do administrado para assim efetivar a punição. Obviamente que tal situação é capaz de gerar insegurança processual ao particular.

Esses são, ao nosso ver, os principais pontos a serem questionados no tema dos acordos administrativos em processo de supervisão, que não obstante as ressalvas aqui realizadas, se trata de importante instrumento consensual da administração pública no mercado financeiro.

o poder competente para produzir normas não se exaure numa produção, mas continua sempre a produzir. E porque continua, as normas mudam. Daí o problema da chamada *res judicata* (coisa julgada), que está em conferir ao poder de mudar um limite: impossibilidade de uma segunda sentença sobre o mesmo objeto de sentença anterior, ainda que com base em lei nova, fruto do poder competente (permanente) de produzir (continuamente) novas e novas normas gerais ou especiais. O problema não está tempo da validade das normas (vigência), mas na temporalidade do poder (competência permanente e contínua) de mudar as normas. E porque tem que ver com esse poder é que a *res judicata* (coisa julgada) envolve, em termos de mutabilidade temporal, uma questão de segurança: como lidar com a contingência temporal por força da qual o que é significativo num momento pode deixar de sê-lo num momento seguinte. ” (O Direito entre o futuro e o passado. São Paulo: Noeses, 2014. P. 11).

5.3. *Análise crítica de casos concretos*

Com o objetivo de compreender como os instrumentos consensuais são aplicados pelo BACEN, bem como verificar a aceitação dos particulares em se submeterem ao novo regime jurídico através dos instrumentos consensuais instituídos pela Lei nº. 13.506/2017, essa pesquisa acessou os dados disponibilizados no sítio eletrônico do BACEN, bem como extraiu algumas conclusões que serão expostas nos parágrafos seguintes.²³⁶

Infelizmente até a conclusão dessa pesquisa não foi celebrado nenhum acordo administrativo em processo de supervisão, conforme nos foi afirmado pelo BACEN através de mensagem eletrônica encaminhada na data de 04 de novembro de 2020. Entretanto, não se pode afirmar que as problemáticas expostas no capítulo anterior sobre o acordo administrativo em processo de supervisão são as únicas razões para que esse instituto não seja aplicado como previsto na legislação. Isso porque, o termo de compromisso vem sendo utilizado com frequência pelos atores do mercado financeiro, o que nos revela uma preocupação inicial: evitar que o processo administrativo sancionador ganhe contornos mais graves para as instituições financeiras e seus administradores. Afinal, como visto nos subcapítulos acima, o termo de compromisso pode ser celebrado antes da instauração do processo administrativo, bem como pelo texto da lei e não obstante as ressalvas feitas nesse trabalho, o termo de compromisso não implicaria na confissão do ilícito. Assim, de acordo com as informações constantes no sítio eletrônico do BACEN, até outubro do ano de 2020 foram celebrados 36 (trinta e seis) termos de compromisso por diversas instituições financeiras e seus respectivos administradores.

O primeiro termo de compromisso foi firmado no ano de 2018 pelo Banco Daycoval, cujo objeto de investigação envolve a cobrança indevida aos clientes da denominada ‘Tarifa de Confecção de Cadastro’. Naquela oportunidade, o Daycoval se comprometeu a devolver aos clientes o valor de R\$ 1.684.400,00 (um milhão, seiscentos

²³⁶ Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/processossfn> <acesso em 22.10.2020>

e oitenta e quatro mil e quatrocentos reais), referente às 30.152 operações, além de pagar contribuição pecuniária ao BACEN no valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Infelizmente, as informações pormenorizadas do processo administrativo são restritas às partes e seus procuradores. De todo modo, não obstante as críticas feitas a respeito da necessidade de pagamento de contribuição pecuniária ao BACEN, o valor supracitado não nos parece excessivo quando analisado à luz do valor envolvido no caso concreto.

O termo de compromisso supracitado foi único no ano de 2018, entretanto, a partir do ano de 2019, verifica-se que esse instrumento consensual ingressou de vez no cenário no BACEN mediante a celebração de 20 (vinte) termos de compromisso, que a partir de então passa a ser frequentemente utilizado pelos mais diversos atores do mercado financeiro.

Chamou à atenção dessa pesquisa algumas peculiaridades existentes nos termos de compromisso celebrados por pessoas físicas avulsamente, ou seja, sem a participação conjunta de uma pessoa jurídica. Nesses casos, os compromitentes declararam não ocupar cargo estatutário nas instituições financeiras onde as infrações foram verificadas.

Trata-se dos termos de compromisso celebrados nos autos dos seguintes processos administrativos: PEs 108839, 116372, 103774, cuja íntegra pode ser acessada no sítio eletrônico do BACEN.²³⁷

O primeiro fator de atenção nos processos administrativos supracitados, diz respeito ao fato de que a única obrigação dos compromitentes foi o pagamento da contribuição pecuniária, ou seja, de multa, nos termos já expostos nesse trabalho. Assim, as pessoas físicas pagaram valores que variaram de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) à R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

²³⁷ Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/termos_processossfn <Acesso em 24.10.2020>.

Ainda que se possa justificar a inexistência de outras obrigações pelo fato dessas pessoas, declaradamente, não exercerem mais cargo estatutário nas instituições, aos nossos olhos, os instrumentos deveriam ser mais incrementados para que os atos sob investigação não voltassem a ocorrer.

Veja-se, por exemplo, no caso concreto do PE nº. 116372, que apurava o cometimento de infração administrativa consistente no não encerramento de contas de depósitos mantidas Caixa Econômica Federal. Apesar dos comprometentes não ocuparem naquela oportunidade cargos estatutários na Caixa Econômica Federal, eles podem em momento futuro, assumir cargos em outras instituições financeiras ou na própria caixa Econômica Federal.

Aliás, como já descrito no capítulo 4 desse trabalho, a extensão da responsabilização das pessoas físicas é uma das lacunas da Lei nº. 13.506/2017. Assim, ainda que seja razoável que o BACEN restrinja à aplicação de penalidades àquelas que ocupem cargos estatutários, nos parece ser um ato discricionário do BACEN, que pode sofrer modificações de acordo com políticas punitivas do órgão de controle.

Portanto, para que os atos sob investigação não retornem a ocorrer, poderia ter sido implementada uma obrigação de não fazer que tanto servisse como barreira para que os investigados não voltassem a ser alvo da mesma investigação em momento futuro, quanto fosse capaz de apresentar ao sistema financeiro maior grau de segurança sobre atos futuros.

O segundo fator que chamou atenção dessa pesquisa nos termos de compromisso em questão, diz respeito a questão temporal. No caso do processo administrativo nº. 108839, os atos sob investigação teriam ocorrido no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2012, ou seja, ainda sob o regime jurídico anterior da Lei n. 13.506/2017.

Atos cujo fato gerador tenha ocorrido antes da vigência da Lei n. 13.506/2017, poderiam gerar discussões a respeito da possibilidade legal de celebrar

instrumentos consensuais em processo administrativo instaurado à luz de fatos ocorridos no regime jurídico anterior, que não admitia a celebração de termos de compromisso.

Por sua vez, o artigo 26 da Lei nº. 13.655/2018 (LINDB) introduziu no ordenamento jurídico brasileiro de forma genérica a possibilidade de atuação consensual da administração pública sem estar necessariamente sujeita à norma primária, o que afastaria qualquer pleito de nulidade desses acordos ainda que referentes a fatos ocorridos sob outro regime jurídico. Nesse sentido, são irretocáveis as lições de Floriano de Azevedo Marques e Rafael Veras de Freitas.²³⁸

Com base nessas considerações, ao nosso ver, é infeliz qualquer questionamento que venha a ser realizado a respeito da questão temporal dos atos praticados e do termo de compromisso. Nesse sentido, concordamos com Floriano de Azevedo Marques e Rafael Veras de Freitas no sentido de que o artigo 26 da LINDB é um instrumento capaz de superar paradigmas ainda existentes no direito administrativo consensual.²³⁹

²³⁸ “Ademais disso, o dispositivo comentado servirá como um permissivo genérico à celebração dos denominados ‘acordos substitutivos regulatórios’. É que o artigo comentado também é vocacionado a ‘eliminar situação contenciosa’. Explica-se. Muito já se questionou a juridicidade da celebração de tais acordos, quando inexistente autorização normativa prévia específica. Temos que sempre se tratou de controvérsia descabida, considerando o disposto no art. 5º, §6º, da Lei nº. 7.345/1985, que autoriza que autarquias (que é gênero, do qual são espécies as agências reguladoras) celebrem tal modalidade de acordo, desde que tenha suas finalidades vocacionadas a tutelar os valores protegidos pela Lei da Ação Civil Pública. Mas não só, para além de tal permissivo genérico previsto na LAC, no âmbito da regulação setorial, as leis-quadro, em razão de sua baixa densidade normativa, deslegalizam o que é ou não punível para a normatização de segundo grau. Razão pela qual a celebração de tais espécies de acordos, é, apenas, predadora da sua disciplina em normatização da agência. Porém, a inclusão de um permissivo genérico para a celebração de tais ajustes, em uma lei interpretativa, põe termo à controvérsia a propósito da imprescindibilidade de sua previsão em normas de primeiro grau.” (Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P 104).

²³⁹ *Verbis*: “(...) Cuida-se de relevante previsão da introdução do consenso no exercício do poder extroverso estatal. Isso porque a consagração da consensualidade no direito brasileiro é um movimento que tem sido levado a efeito de forma segmentada. (...). A nova LINDB (Lei nº. 13.655/2018), por intermédio de seu art. 26, dá um importante passo para a consagração definitiva desse vetor no Direito Brasileiro. Nesse quadrante, temos que duas são as características de tal função que restaram superadas, a partir da vigência de tal dispositivo. A primeira, de que o poder de polícia seria, necessariamente, coercitivo. É que, de acordo com o novel diploma, o administrado é chamado a participar da formação da decisão de polícia – o que, de resto, já poderia ser extraído da vertente da processualização, prevista no art. 5º, inciso LV, da CRFB, e do parágrafo único do art. 78 do CTN. Mais que isso, supera-se o entendimento (mais caracterizado como uma prerrogativa) de acordo com o qual o poder extroverso deveria ser exercido ao interno

Ainda sobre os termos de compromisso celebrados exclusivamente por pessoas físicas, infelizmente não há como concluir se os valores das multas seriam razoáveis à luz dos critérios da Lei nº. 13.506/2017. A ausência de disponibilização pelo BACEN das informações pormenorizadas dos processos administrativos, não nos permite verificar se os critérios do artigo 10 da legislação foram razoavelmente aplicados.

Já nos termos de compromisso celebrados por pessoas jurídicas, àquele que mais nos chamou atenção foi o instrumento celebrado em decorrência do processo administrativo nº. 116336, no qual são compromitentes o Bank of America Merrill Lynch Banco Múltiplo e Sandra Cristina Ornelas. Isso porque, muito embora não seja possível verificar no instrumento os pormenores das condutas sob investigação, a cláusula segunda do termo de compromisso apresenta instrumentos efetivos de correção a serem implementados na instituição financeira, como por exemplo, a criação de uma diretoria própria pela elaboração de políticas e processo de monitoramento, seleção e análise de operações e de movimentações que constituam indícios de crimes previstos pela Lei nº. 9.613/1998 (lavagem de dinheiro).²⁴⁰ Essa é justamente uma medida para que a infração não volte a ocorrer e que obviamente não pode durar somente até a decisão do BACEN sobre o cumprimento do termo de compromisso, mas sim deve perdurar por prazo indeterminado na instituição financeira.

da burocracia. A segunda, de que tal função seria sempre discricionária. Assim já não se passava, já que casos há em que o exercício de tal função é predominantemente vinculado (a exemplo do regime jurídico do registro para o porte de armas, previsto no artigo 4º da Lei nº. 10.826/2003). Nada obstante, por intermédio do art. 26, cogita-se que, à medida que a função de polícia passa a ser permeada pelos interesses da sociedade, a sua discricionariedade passará a ser bem reduzida – ou, quando menos, os atos administrativos delas decorrentes passarão a ser, objetivamente, controláveis. (op. cit. p. 100).

²⁴⁰ Em outros casos, os compromitentes também se obrigaram a implementar melhorias no combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, o que revela uma preocupação do BACEN com a proteção a esse tipo de prática. Assim, no termo de compromisso assinado pelo Banco Bradesco S.A. e seus prepostos, cujas ocorrência eram relatados no PE 166266 e investigava práticas de abstenção de comunicação ao Conselho de Atividades Financeiras (COAF), os compromitentes se obrigaram a submeter ao BACEN para posterior implementação, plano de ação de melhorias nos procedimentos de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Esse termo de compromisso também gerou a maior multa dentre os casos analisados no total de R\$ 95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais). Outro precedente semelhante ocorreu no termo de compromisso celebrado pelo ICBC do Brasil Banco Múltiplo S.A. e seus prepostos, no qual os compromitentes também se comprometeram em submeter ao BACEN para posterior implantação, plano de revisão dos controles internos de prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento ao Terrorismo.

Como se vê, o termo de compromisso é utilizado frequentemente pelo BACEN e ao que nos parece com efetividade, o que revela considerável avanço possibilitado pela Lei nº. 13.506/2017. Já quanto ao acordo administrativo em processo de supervisão, esperamos ainda sua efetivação no meio jurídico para que possamos extrair conclusões sobre sua aplicabilidade.

6. CONCLUSÃO

Salta aos olhos dos estudiosos sobre o tema, a crescente evolução do direito administrativo sancionador desde a promulgação da CRFB de 1988. Como visto nessa pesquisa, até então a maior parte das obras e estudos produzidos sobre os aspectos punitivos da atividade estatal sobre os administrados partiam do prisma poder de polícia. O poder estatal era o centro da atividade punitiva, que detinha um papel retributivo, ou seja, de punir o infrator para que esse retribuísse os danos causados a coletividade.

Assim, é que desde a entrada em vigor da carta constitucional de 1988, a atividade punitiva estatal é atingida por um processo de mutação do poder de polícia para o direito administrativo sancionador. Como visto ao longo desse trabalho, esse processo é perceptível nas legislações promulgadas desde então, na doutrina e na jurisprudência. O poder deixa de ser o centro da atividade punitiva do Estado, sendo substituído pelo binômio dever-poder. Além disso, o papel retributivo da atividade punitiva, é gradativamente substituído por um papel instrumental, para que a aplicação da sanção seja um instrumento capaz de aproximar o infrator da sociedade e da administração pública, além de evitar que novas infrações voltem a ocorrer.

Foi justamente antes de 1988, período frágil do direito sancionador onde o contraditório e ampla defesa quando existiam não passavam de formalidades, que foi promulgada a Lei nº. 4.595/64, que representou o marco regulatório das instituições financeiras no Brasil. Apesar da legislação apresentar diversas fragilidades sob o ponto de vista do direito sancionador atual, reconhecemos que representava inegável evolução em termos de regulação financeira para sua época.

Entretanto, com a evolução do direito sancionador e a crescente sofisticação dos ilícitos praticados, é simples concluir que a Lei nº. 4.595/65 tornou-se frágil em termos de direito punitivo. Verificou-se nessa pesquisa que temas como rito processual, tipologia das infrações e instrumentos consensuais não eram abarcados pela legislação. Resultado dessa fragilidade foi a edição de diversas normas infra legais complementares, que aumentavam a já inflacionada legislação de direito administrativo, além de gerar maior grau de insegurança jurídica aos administrados.

Nesse sentido, não há dúvidas em concluir que a Lei nº. 13.506/2017 constitui um novo marco legal na atividade sancionadora das instituições financeiras, ao apresentar um sistema de sanções e infrações mais transparente, seguro, rígido com penas mais severas e ao mesmo tempo flexível com a introdução de instrumentos de consenso e de mitigação das penas aplicadas, inexistentes até então. Supera-se assim diversas fragilidades da Lei nº. 4.595/64 em termos de direito sancionador.

Constata-se durante essa pesquisa que diversos avanços do direito administrativo sancionador foram aplicados na esfera do BACEN. Por outro lado, ainda há ainda temas carecedores de melhoria e que poderiam constar na Lei nº. 13.506/2017 ou ao menos nas circulares que a complementam. Espera-se que com o enfrentamento de questões sensíveis, a jurisprudência e a doutrina supram com as fragilidades apontadas nessa pesquisa, ou ainda que o poder legislativo edite normas alteradoras que promovam maior segurança jurídica aos administrados.

Conclui-se que o avanço mais relevante trazido pela nova legislação foi a inclusão de mecanismos de atuação consensual, já presentes em diversas legislações que tratam de direito administrativo sancionador, mas que no âmbito do BACEN ainda careceriam de implementação. Tanto é relevante, que os instrumentos consensuais são largamente utilizados desde a edição da norma. Destaque ainda em termos de evolução apresentada pela lei, o que diz respeito à impossibilidade de agravamento recursal. Infelizmente, em outras legislações o agravamento recursal ainda é admitido, como por exemplo na Lei nº. 9784/99, citada nesse trabalho.

Além disso, a lei superou importantes problemáticas existentes da lei nº. 4.595/1964, notadamente em relação ao rito processual e tipologia das infrações. As normas infra legais, que acabavam sendo os pilares do processo sancionador na legislação anterior, passaram a ter o papel complementar que delas se espera.

Por outro lado, a lei carece de melhor definição a respeito dos limites da extensão da responsabilização das pessoas físicas. Como visto no trabalho, ainda que a resposta literal do artigo segundo da lei permita concluir por uma extensão ampla, essa não nos parece ser a melhor resposta à luz das posições defendidas nesse trabalho. Deveria

o legislador ter realizado um recorte mais preciso nesse tema como exposto nesse trabalho. Além disso, o legislador poderia ter enfrentado com mais veemência o tema da cumulatividade. Afinal, como explicado nesse trabalho, o tema é um dos mais sensíveis do direito sancionador e há apenas uma limitação à cumulatividade de sanções no artigo nono.

O texto editado pelo legislador ainda incorre na possibilidade de se discutir que a pena de cassação tenha um caráter perpétuo, pois sua aplicação poderá ter como consequência a proibição do infrator voltar a trabalhar sob supervisão do BACEN. Ainda que penas dessa natureza somente sejam aplicadas em casos extremos, compreende-se que próprio legislador reconheceu essa fragilidade ao tratar do tema na CVM e substituir a pena de cassação pela proibição temporária de até 20 (vinte) anos (art. 35 da Lei nº. 13.506/2017).

Conclui-se ainda que a pena de multa contém dispositivos que constituem tanto um avanço, quanto um retrocesso. O principal ponto positivo, diz respeito ao fato do legislador ter previsto um sistema de aplicação de multa mais rígido e completo que o anterior. As circulares apresentam dispositivos complementares que atenuam a possibilidade de a pena atingir o teto legal. Por outro lado, a lei poderia ter avançado para fins de não considerar somente a receita integral do particular como base de cálculo da pena de multa. Afinal, ainda que grande parte dos órgãos de controle utilize dos mesmos critérios, ao assim proceder acabam por ignorar fatores relevantes que deveriam influenciar nos cálculos da multa, como as obrigações que o particular cumpre com o poder público e a forma de constituição dessa receita que muitas vezes abrange atividades sem qualquer relação com o ilícito.

Ainda que nos casos concretos analisados durante essa pesquisa, não se tenha verificado aplicações de multas que violem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e que acabem por constituir uma cassação às avessas, devemos lembrar que o direito administrativo sancionador nos dias atuais é dotado de alto grau de

discricionariedade, que possui forte influência do pluralismo político previsto no preâmbulo da Constituição como princípio estruturante do direito pátrio.²⁴¹

Quanto aos mecanismos de atuação consensual introduzidos pela nova lei, repise-se que a possibilidade de celebração do termo de compromisso vem sendo acatada pelo BACEN e pelos destinatários da lei, o que releva considerável avanço em termos práticos do direito sancionador das instituições financeiras. Ainda assim, não verificamos nos termos de compromisso celebrados com pessoas físicas, a imposições de obrigações de não fazer que servissem como uma barreira para que os investigados não voltassem a ser alvo da mesma investigação em momento futuro. Tal espécie de obrigação, acarretaria em maior segurança jurídica ao sistema financeiro sobre atos futuros. Outro ponto merecedor de crítica na celebração do termo de compromisso, é que o legislador se utilizou de terminologia distinta denominada de contribuição pecuniária, para se referir a pena de multa. Como visto durante o trabalho, em casos não graves, quando a celebração do termo de compromisso ocorre antes da instauração do processo administrativo, a penalidade multa em determinados casos poderia ser desconsiderada, entretanto, a lei sequer abre essa possibilidade.

Infelizmente, até a conclusão dessa pesquisa não foi possível analisar em termos práticos os acordos administrativos em processo de supervisão, já que este instrumento não havia sido utilizado no bojo de processo sancionador, como informado pelo BACEN por mensagem eletrônica datada de 4 de novembro de 2020. Esse fato se justifica em razão do instrumento ter sido direcionado aos casos graves, que ocorrem com menos frequência. Além disso, o termo de compromisso já é utilizado em outros órgãos de controle do sistema financeiro, como a CVM. Seja como for, é possível concluir que os instrumentos consensuais estão cada dia mais inseridos na relação entre o particular e administração pública na esfera do BACEN, o que é considerado um avanço pouco questionável em matéria de direito administrativo sancionador.

Quanto aos precedentes jurisprudenciais analisados nessa pesquisa, verificou-se que não obstante as críticas realizadas ao longo desse trabalho, tanto o poder

v. nota de rodapé 208.

judiciário, quanto o CRSFN tem sido cautelosos na aplicação da lei. A análise dos casos concretos dessa pesquisa, permite concluir que os pontos frágeis identificados na legislação não foram até o presente momento enfrentados em âmbito administrativo ou judicial. Obviamente que essa conclusão não afasta os demais pontos de vista desse trabalho, seja porque não se pretende esgotar o tema, seja ainda porque essa pesquisa não trata somente da análise de casos concretos.

Por fim, a crítica mais forte que se faz ao regime sancionador do BACEN, também se aplica aos demais órgãos de controle e está justamente na ausência de interligação entre eles. Como visto, a aplicação da penalidade no BACEN ou a celebração de termo de compromisso, não impede que o particular seja sancionado em outra (s) esfera (s) administrativa. Infelizmente, a legislação sob estudo não poderia ter solucionado esse problema sozinha, pois trata-se de um problema sistêmico e que carece de ampla reforma do sistema jurídico.

Por não ser o tema principal desse trabalho, até que forças mais robustas enfrentem a questão de maneira pormenorizada, esse trabalho se limita a concluir que a ausência de interligação entre os órgãos de controle, pode acarretar na completa ineficácia da penalidade aplicada, pois ainda que no caso concreto, o BACEN atenda aos diversos princípios e diretrizes do direito sancionador instrumental, as penalidades impostas por outros órgãos de controle, quando acumuladas, são capazes de acarretar em verdadeira pena de morte às avessas do particular. Raciocínio similar se aplica ao interesse do particular em celebrar instrumentos consensuais, conforme exposto ao longo desse trabalho.

7. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 12ª Ed. atual por Carlos Henrique Abraão. São Paulo: Saraiva. 2009.

ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. 1ª Ed. Martins Fonte: São Paulo. 2009

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª. Ed. 2011.

ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática – CADE, BC, CVM, CGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum. 1ª reimpressão. 2019.

ATHAYDE, Augusto de. Estudos de Direito Econômico e de Direito Bancário. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda. 1982.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª Ed. Malheiros: São Paulo. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. V. 5. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30. Ed. São Paulo. Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 34. Ed. São Paulo. Malheiros, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Judicial. 2. Ed. São Paulo. Malheiros: 2017.

BARRETO, Lauro Muniz. Direito Bancário. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito Ltda. 1975.

BARROS, José / DODL, Alessandra Von Borowski (orgs). A regulação do sistema bancário brasileiro: que caminho seguir? *In*. Desafios do Sistema Financeiro Nacional: o que falta para colher os benefícios da estabilidade conquistada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tomo I. 2ª ed.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Ed. Saraiva: 2015. 5ª Ed.

BARROSO, Luis Roberto. Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil. 1ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2006

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 12.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

BINGOLIN, Giovani. Segurança Jurídica: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº. 9.784, de 29.1.1999, 5ª. ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de direito administrativo, 27ª. ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Atlas, 2014.

CARRIÓ, Genaro. Principípios Jurídicos y Positivismo Jurídico. 1970.

CHAVES, Marily Diniz do Amaral. Processo administrativo: conceito, princípios gerais, fases e modalidades. In Teoria geral do processo administrativo / Mônica de Almeida Magalhães Serrado. Alessandra Obara Soares da Silva (organizadoras) 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA. Pedro Luiz Chagas; ROCHA. Silvio Luis Ferreira. Plenum Direito Administrativo. Editora Plenum. Ano VII, n. 25 (jan./mar. 2020). Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2020.

DE CICCIO, Cláudio. História do Direito e do Pensamento Jurídico. São Paulo: Saraiva. 2017.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei n. 12.846/2013. São Paulo – Editora Contracorrente, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Dos SANTOS, Kleber Bispo. Acordo de leniência da lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Pag. 147.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 – Justiça e direito.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B; PARENTE Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de capitais – regime jurídico. 3^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

ERLING, Marlos Lopes Godinho. Regulação do Sistema Financeiro Nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional. São Paulo: Almedina, 2015

FERREIRA, Daniel. Infrações e Sanções Administrativas: Panorama Geral. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

FURTUNA, Eduardo. Mercado Financeiro: produtos e serviços. 16ª edição. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed. 2005.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morentini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, Fórum, v.15, n.60, p.140, abril/jun.2015.

GORDILLO, Augustin. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General Tomo 2. Buenos Aires: Ediciones Machhi. 1986. XII – 4

GUERRA, Sergio. Agências Reguladoras: da Organização Piramidal à Governança em Rede. Belo Horizonte: Fórum, 212. P. 76

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade, Regulação e Reflexividade – Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2015

GRAU, Eros Roberto. Liquidação e intervenção em instituição financeira - Anulação de ato administrativo complexo - Discricionariedade e revisão judicial. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, p. 388-390, jan. 1996. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46736/46725>. Acesso em: 06 Ago. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v203.1996.46736>

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 9ª Ed. Malheiros: São Paulo. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América. ” *In* Revista de Processo. 2013. Nº. 221.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.

IUDÍCIBUS, Sérgio de, / MARION, José Carlos. Curso de Contabilidade para não Contadores: para as áreas de administração, economia, direito e engenharia. 8. ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2019.

Jr. FERRAZ, Tercio Sampaio. O Direito entre o futuro e o passado. São Paulo: Noeses, 2014. P. 11

Jr. FERRAZ, Tercio Sampaio. Argumentação jurídica. 2. ed. Barueri. SP. Manole, 2016.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

LIMA, Ruy Cirne. Direito administrativo e direito privado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 19-33, out. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12145/11065>. Acesso em: 13 Jun. 2020.

LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 7ª Ed. Rev. Paulo Alberto Pasuqalini. São Paulo: Malheiros. 2007

MAIRAL, Héctor A. As raízes legais da corrupção ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. São Paulo. Editora Contracorrente . 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Pena de morte e responsabilidade das empresas. Valor Econômico, São Paulo. 30.07.2015.

MARRARA, Tiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista digital de direito administrativo – USP – FDRP, Ribeirão Preto, v.2, n.2, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo. Ed. Malheiros. São Paulo: 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de direito administrativo neoconstitucional. Ed. Malheiros. São Paulo: 2015

MELLO, Rafael Munhoz de. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. T.1.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. Ed. Atlas. 21ª Ed. São Paulo: 2007.

NALINI, José Renato. Incapaz de resolver conflitos, brasileiro alimenta cultura do processo. <https://noticias.uol.com.br/opiniaao/coluna/2015/02/19/incapaz-de-resolver-conflitos-brasileiro-alimenta-cultura-do-processo.html>. 19/02/2015. Acesso em: 13 Jun. 2020.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014.

Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014.0FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em 17.11.2020

NETO, Floriano de Azevedo Marques. FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº. 13.655/2018: Lei da Segurança para a Inovação Pública. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019.

NETO, Eduardo Salomão. Atividade Privativa de Instituição Financeira. São Paulo. 1998. p. 23 – Tese de Doutorado - Fadusp

NOHARA, Irene Patrícia. LIDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord.). Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato Administrativo. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PEREIRA, Caio Mario Silva. Instituições de Direito Civil. 30ª ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro. Forense. Volume I.

PEREIRA, Caio Mario Silva. Instituições de Direito Civil. 11ª ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro. Forense. Volume III.

PEREIRA, Cesar e SCHWIND, Rafael Wallbach. Autosaneamento (self-cleaning) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225754,71043-Autossaneamento+selfcleaning+e+reabilitacao+de+empresas+no+direito>> Acesso em: 13 Jun. 2020.

PESTANA, Márcio. Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013. Barueri: Manole, 2016.

QUIROGA, Roberto. Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética. 1999.

REALE, Miguel. Introdução à Filosofia. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Cap. V. Posição 894. Edição do Kindle.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2013.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. Lei Anticorrupção. eBook Kindle.

RODRIGUES, José Rodrigo. Como decidem as cortes – para uma análise crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV. 2013.

SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/257-218-Janeiro-2011>. Acesso em: 13 Jun. 2020.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos, OSÓRIO, Fábio Medina, WELLISCH, Julya Sotto Mayor. Mercado de Capitais: Regime Sancionador. São Paulo: Saraiva, 2012. Edição do Kindle.

SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de leniência da lei de improbidade administrativa e na lei anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018,

SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: Liberars, 2016.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros: São Paulo. Pag. 41

STF - RE: 346084 PR, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 09/11/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170

STF - ADIn 1.480-DF, rel. Min. Celso de Mello, 25.09.96.

SZTAJN, Rachel, VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc et al. Processo sancionador: Banco Central e CVM – Lei n. 13506/2017. São Paulo: Editora Iasp. 2018. P. 17

STJ, Recurso Especial nº. 507.123, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 01.09.20105, DJ 19.09.2005

TALAMINI, Daniele. Revogação do Ato Administrativo. Malheiros: São Paulo. .2002. Pag. 30

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. Malheiros: SãoPaulo. 2010.

VERZOLA, Antonio Carlos. O poder de polícia e a atividade sancionatória nos mercados financeiro e de capitais. 2008. 217 f. dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

VERZOLA, Antonio Carlos. Processos Sancionadores nos Mercados Financeiros e de Capitais – BACEN e CVM. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

VITTA, Heraldo Garcia. Soberania do Estado e Poder de polícia. São Paulo: Malheiros.2011

VORONOFF, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

WAISBERG, Ivo. Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comerciais: regimes especiais: intervenção, liquidação extrajudicial, regime de administração temporária – RAET. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002

WAISBERG, Ivo e GORNATTI, Gilberto. Direito bancário: contratos e operações bancárias. 2ª Ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016

Disponível em: <TRF-1 - AC: 00397716320044013400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA, Data de Julgamento: 10/09/2018, OITAVA TURMA, Data de Publicação: 26/10/2018> Acesso em 30.10.2020

Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/processossfn> <acesso em 22.10.2020>

Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0007/7207-0.pdf>.. <Acesso em 18.10.2020> .

Disponível em: http://www.cvm.gov.br/decisoes/2012/20120904_R1.html <Acesso em 18.10.2020.

Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>.

Acesso em: 13 Jun. 2020.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>. Acesso em: 13 Jun. 2020.

<https://www.camara.leg.br/noticias/545896-camara-tem-243-deputados-novos-e-renovacao-de-473/>> Acesso em 26.06.2020

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/08/eleicoes-senado-tem-a-maior-renovacao-da-sua-historia>> Acesso em 26.06.2020

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A7B75D32810CC2C203C4DA42203005C6.proposicoesWebExterno2?codteor=1609736&filenome=PL+8843/2017. <Acesso em 13.07.2020>.

https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/MP_784_Demarest_parte%20geral.pdf> Acesso em 08.09.2020

<https://www.bcb.gov.br/Nor/relincfin/relatorio_inclusao_financeira.pdf> acesso em 25.09.2020

< <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/cmn>> Acesso em: 29 ago.2020.

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10AGO1976.pdf#page=10>>; Acesso em 09.09.2020

https://www.bcb.gov.br/content/acessoinformacao/acesso_informacao_docs/RegimentoInterno.pdf> Acesso em: 05 set. 2020.

<http://revistatemalivre.com/MoedaeCredito.html>> Acesso em 08.09.2020

8. ANEXOS

LEI Nº 13.506, DE 13 DE NOVEMBRO DE 2017

Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; altera a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001; revoga o Decreto-Lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969, e dispositivos da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999; e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo administrativo sancionador nas esferas de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários.

CAPÍTULO II

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA ESFERA DE ATUAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Seção I

Disposições Preliminares

Art. 2º Este Capítulo dispõe sobre infrações, penalidades, medidas coercitivas e meios alternativos de solução de controvérsias aplicáveis às instituições financeiras, às demais instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil e aos integrantes do Sistema de

Pagamentos Brasileiro, e estabelece o rito processual a ser observado nos processos administrativos sancionadores no âmbito do Banco Central do Brasil.

§ 1º O disposto neste Capítulo aplica-se também às pessoas físicas ou jurídicas que:

I - exerçam, sem a devida autorização, atividade sujeita à supervisão ou à vigilância do Banco Central do Brasil;

II - prestem serviço de auditoria independente para as instituições de que trata o caput deste artigo ou de auditoria cooperativa de que trata o inciso V do caput do art. 12 da Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009;

III - atuem como administradores, membros da diretoria, do conselho de administração, do conselho fiscal, do comitê de auditoria e de outros órgãos previstos no estatuto ou no contrato social de instituição de que trata o caput deste artigo.

§ 2º O disposto neste Capítulo aplica-se também aos administradores e aos responsáveis técnicos das pessoas jurídicas que prestem os serviços mencionados no inciso II do § 1º deste artigo.

Seção II

Das Infrações

Art. 3º Constitui infração punível com base neste Capítulo:

I - realizar operações no Sistema Financeiro Nacional, no Sistema de Consórcios e no Sistema de Pagamentos Brasileiro em desacordo com princípios previstos em normas legais e regulamentares que regem a atividade autorizada pelo Banco Central do Brasil;

II - realizar operações ou atividades vedadas, não autorizadas ou em desacordo com a autorização concedida pelo Banco Central do Brasil;

III - opor embaraço à fiscalização do Banco Central do Brasil;

IV - deixar de fornecer ao Banco Central do Brasil documentos, dados ou informações cuja remessa seja imposta por normas legais ou regulamentares;

V - fornecer ao Banco Central do Brasil documentos, dados ou informações incorretos ou em desacordo com os prazos e as condições estabelecidos em normas legais ou regulamentares;

VI - atuar como administrador ou membro de órgão previsto no estatuto ou no contrato social das pessoas mencionadas no caput do art. 2º desta Lei sem a prévia aprovação pelo Banco Central do Brasil;

VII - deixar de adotar controles internos destinados a conservar o sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;

VIII - negociar títulos, instrumentos financeiros e outros ativos, ou realizar operações de crédito ou de arrendamento mercantil, em preços destoantes dos praticados pelo mercado, em prejuízo próprio ou de terceiros;

IX - simular ou estruturar operações sem fundamentação econômica, com o objetivo de propiciar ou obter, para si ou para terceiros, vantagem indevida;

X - desviar recursos de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei ou de terceiros;

XI - inserir ou manter registros ou informações falsos ou incorretos em demonstrações contábeis ou financeiras ou em relatórios de auditoria de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;

XII - distribuir dividendos, pagar juros sobre capital próprio ou, de qualquer outra forma, remunerar os acionistas, os administradores ou os membros de órgãos previstos no estatuto ou no contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei com base em resultados apurados a partir de demonstrações contábeis ou financeiras falsas ou incorretas;

XIII - deixar de atuar com diligência e prudência na condução dos interesses de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;

XIV - deixar de segregar as atividades de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei das atividades de outras sociedades, controladas e coligadas, de modo a gerar ou contribuir para gerar confusão patrimonial;

XV - deixar de fiscalizar os atos dos órgãos de administração de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei, quando obrigado a isso;

XVI - descumprir determinações do Banco Central do Brasil, e seus respectivos prazos, adotadas com base em sua competência;

XVII - descumprir normas legais e regulamentares do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, cujo cumprimento caiba ao Banco Central do Brasil fiscalizar, inclusive as relativas a:

- a) contabilidade e auditoria;
- b) elaboração, divulgação e publicação de demonstrações contábeis e financeiras;
- c) auditoria independente;
- d) controles internos e gerenciamento de riscos;
- e) governança corporativa;
- f) abertura ou movimentação de contas de depósito e de pagamento;
- g) limites operacionais;

- h) meio circulante e operações com numerário;
- i) guarda de documentos e informações exigidos pelo Banco Central do Brasil;
- j) capital, fundos de reserva, patrimônios especiais ou de afetação, encaixe, recolhimentos compulsórios e direcionamentos obrigatórios de recursos, operações ou serviços;
- k) ouvidoria;
- l) concessão, renovação, cessão e classificação de operações de crédito e de arrendamento mercantil e constituição de provisão para perdas nas referidas operações;
- m) administração de recursos de terceiros e custódia de títulos e outros ativos e instrumentos financeiros;
- n) atividade de depósito centralizado e registro;
- o) aplicação de recursos mantidos em contas de pagamento;
- p) utilização de instrumentos de pagamento;
- q) relacionamento entre as pessoas mencionadas no caput do art. 2º desta Lei e seus clientes e usuários de serviços e de produtos financeiros.

§ 1º Constitui embaraço à fiscalização, para os fins deste Capítulo, negar ou dificultar o acesso a sistemas de dados e de informação e não exibir ou não fornecer documentos, papéis e livros de escrituração, inclusive em meio eletrônico, nos prazos, nas formas e nas condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, no exercício da atividade de fiscalização que lhe é atribuída por lei.

§ 2º É vedado às instituições financeiras:

I - emitir debêntures e partes beneficiárias; e

II - adquirir bens imóveis não destinados ao próprio uso, exceto os recebidos em liquidação de empréstimos de difícil ou duvidosa solução ou quando expressamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, observada a norma editada pelo Conselho Monetário Nacional.

Art. 4º Constituem infrações graves aquelas infrações que produzam ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos:

I - causar dano à liquidez, à solvência ou à hígidez ou assumir risco incompatível com a estrutura patrimonial de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;

II - contribuir para gerar indisciplina no mercado financeiro ou para afetar a estabilidade ou o funcionamento regular do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios, do Sistema de Pagamentos Brasileiro ou do mercado de capitais;

III - dificultar o conhecimento da real situação patrimonial ou financeira de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;

IV - afetar severamente a finalidade e a continuidade das atividades ou das operações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro.

Seção III

Das Penalidades

Art. 5º São aplicáveis as seguintes penalidades às pessoas mencionadas no art. 2º desta Lei, de forma isolada ou cumulativa:

I - admoestação pública;

II - multa;

III - proibição de prestar determinados serviços para as instituições mencionadas no caput do art. 2º desta Lei;

IV - proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação;

V - inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;

VI - cassação de autorização para funcionamento.

Art. 6º A penalidade de admoestação pública consistirá na publicação de texto especificado na decisão condenatória, na forma e nas condições estabelecidas em regulamentação.

§ 1º O texto mencionado no caput deste artigo conterá, no mínimo, o nome do apenado, a conduta ilícita praticada e a sanção imposta.

§ 2º A notícia sobre a imposição da pena de admoestação e o texto especificado na decisão condenatória serão publicados no sítio eletrônico do órgão ou autarquia que tenha aplicado a penalidade, sem prejuízo de outras formas de publicação previstas em regulamentação.

§ 3º A publicação a que se refere o caput deste artigo será realizada às expensas do infrator, o qual ficará sujeito à multa prevista no art. 18 desta Lei, em caso de descumprimento.

Art. 7º A penalidade de multa não excederá o maior destes valores:

I - 0,5% (cinco décimos por cento) da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração, ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração; ou

II - R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

§ 1º A receita de serviços e de produtos financeiros mencionada no inciso I do caput deste artigo será calculada mediante a agregação de:

I - rendas de operações de crédito;

II - rendas de arrendamento mercantil, que serão abatidas dos lucros na alienação de bens arrendados, da depreciação de bens arrendados e dos ajustes por insuficiência ou superveniência de depreciação de bens arrendados;

III - rendas de operações de câmbio, que serão abatidas das despesas de operações de câmbio;

IV - rendas com títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos, que serão abatidas dos lucros com títulos de renda fixa e de renda variável e das rendas com operações com derivativos;

V - rendas de prestação de serviços; e

VI - outras receitas operacionais, que serão abatidas dos lucros em operações de venda ou de transferência de ativos financeiros, da recuperação de créditos baixados como prejuízo, da recuperação de encargos e despesas, da reversão de provisões operacionais e dos ajustes positivos ao valor de mercado sobre títulos e valores mobiliários e instrumentos financeiros derivativos.

§ 2º O órgão ou autarquia competente poderá editar norma complementar que identifique as contas contábeis que comporão a receita de serviços e de produtos financeiros mencionada no inciso I do caput deste artigo.

§ 3º As multas aplicadas serão pagas mediante recolhimento ao Banco Central do Brasil, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da intimação para pagamento.

§ 4º Os créditos oriundos de condenação do apenado ao pagamento de indenização em ação civil pública, movida em benefício de clientes e demais credores do apenado, e os do Fundo Garantidor de Crédito (FGC) ou de outros mecanismos de ressarcimento aprovados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários, se houver, preferirão aos créditos oriundos da aplicação da penalidade de multa.

§ 5º Em caso de falência, liquidação extrajudicial ou qualquer outra forma de concurso de credores do apenado, os créditos do Banco Central do Brasil oriundos da aplicação da penalidade de multa serão subordinados.

§ 6º A imposição de multa pelo Banco Central do Brasil em valor superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) será automaticamente submetida a reexame

por órgão colegiado previsto no seu regimento interno, do qual faça parte ao menos 1 (um) diretor do Banco Central do Brasil, e somente após o reexame será considerada efetiva e notificada às partes.

Art. 8º A penalidade de inabilitação implicará o impedimento de atuar em cargos cujo exercício dependa de autorização do Banco Central do Brasil.

§ 1º O Banco Central do Brasil notificará, no prazo de até 5 (cinco) dias, a instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei em que o inabilitado atue como administrador ou como membro de órgão previsto no estatuto ou no contrato social, para que cumpra o disposto no § 3º deste artigo, em razão da aplicação da penalidade de inabilitação.

§ 2º O prazo de cumprimento da penalidade de inabilitação começará a contar da data em que o Banco Central do Brasil receber do inabilitado ou de cada instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei em que ele atuou como administrador ou exerceu cargo em órgão previsto no seu estatuto ou no seu contrato social comunicação de que houve o efetivo afastamento do cargo para cujo exercício fora autorizado, instruída com os documentos comprobatórios do fato.

§ 3º A instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei em que o apenado atue como administrador ou exerça cargo em órgão previsto no seu estatuto ou no seu contrato social deverá afastá-lo do cargo no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data do recebimento da notificação de que trata o § 1º deste artigo, e deverá comunicar o fato ao Banco Central do Brasil no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data do efetivo afastamento.

§ 4º Decorridos os prazos mencionados no § 3º deste artigo sem que tenha sido recebida a comunicação a que se refere o § 2º deste artigo, os apenados e as instituições omissas estarão sujeitos à multa prevista no art. 18 desta Lei.

§ 5º O prazo de cumprimento da pena de inabilitação será automaticamente suspenso sempre que forem desrespeitados os termos da decisão que a aplicou, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis.

Art. 9º As penalidades previstas nos incisos III, IV, V e VI do caput do art. 5º desta Lei serão restritas às hipóteses em que se verificar a ocorrência de infração grave.

§ 1º O prazo das penalidades previstas nos incisos III, IV e V do caput do art. 5º desta Lei não excederá o período de 20 (vinte) anos.

§ 2º Aplicada a penalidade de cassação de autorização para funcionamento, a instituição apenada permanecerá sob supervisão do Banco Central do Brasil enquanto mantiver em seu patrimônio operações passivas privativas de instituição mencionada no caput do art.

2º desta Lei, e o Banco Central do Brasil poderá determinar a adoção das medidas que entender necessárias para a retirada da instituição do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro, cujo descumprimento ensejará a aplicação da multa de que trata o art. 18 desta Lei.

Art. 10. Na aplicação das penalidades estabelecidas neste Capítulo, serão considerados, na medida em que possam ser determinados:

I - a gravidade e a duração da infração;

II - o grau de lesão ou o perigo de lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro, à instituição ou a terceiros;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a capacidade econômica do infrator;

V - o valor da operação;

VI - a reincidência;

VII - a colaboração do infrator com o Banco Central do Brasil para a apuração da infração.

Seção IV

Do Termo de Compromisso

Art. 11. O Banco Central do Brasil, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a, cumulativamente:

I - cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos;

II - corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos;

III - cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária, observado o disposto no art. 10 desta Lei.

§ 1º A apresentação de proposta de termo de compromisso não suspende o andamento do processo administrativo

§ 2º Na hipótese de processo administrativo já instaurado, a suspensão dar-se-á somente em relação ao acusado que firmou o termo de compromisso.

§ 3º A decisão do Banco Central do Brasil sobre a assinatura do termo de compromisso, nos termos deste artigo, será tomada por órgão colegiado previsto em seu regimento interno.

§ 4º O Banco Central do Brasil não firmará termo de compromisso nas hipóteses de que trata o art. 4º desta Lei.

Art. 12. O termo de compromisso poderá prever cláusula penal para a hipótese de total ou parcial inadimplemento das obrigações compromissadas, para a hipótese de mora do devedor ou para a garantia especial de determinada cláusula.

Art. 13. O termo de compromisso será publicado, de forma clara e suficiente para compreensão de suas cláusulas, no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, no prazo de 5 (cinco) dias, contado de sua assinatura.

§ 1º A proposta de termo de compromisso será sigilosa.

§ 2º O disposto nesta Seção não prejudica o dever legal do Banco Central do Brasil de realizar comunicação ao Ministério Público e aos demais órgãos públicos competentes, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

§ 3º O Ministério Público, no uso de suas atribuições legais, poderá requisitar informações ao Banco Central do Brasil ou o acesso a suas bases de dados sobre os termos de compromisso celebrados pelo Banco Central do Brasil.

Art. 14. O termo de compromisso constitui título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. O termo de compromisso não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem em reconhecimento da ilicitude da conduta analisada.

Art. 15. Durante a vigência do termo de compromisso, os prazos de prescrição de que trata a [Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999](#), ficarão suspensos, e o procedimento administrativo será arquivado se todas as condições nele estabelecidas forem atendidas.

§ 1º O cumprimento das condições do termo de compromisso gerará efeitos exclusivamente na esfera de atuação do Banco Central do Brasil.

§ 2º Na hipótese de descumprimento do compromisso, o Banco Central do Brasil adotará as medidas administrativas e judiciais necessárias para a execução das obrigações assumidas e determinará a instauração ou o prosseguimento do processo administrativo, a fim de dar continuidade à apuração das infrações e de aplicar as sanções cabíveis.

Seção V

Das Medidas Coercitivas e Acautelatórias

Art. 16. Poderão ser aplicadas às pessoas de que trata o art. 2º desta Lei as seguintes medidas e obrigações:

- I - a prestação de informações ou esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições legais;
- II - a cessação de atos que prejudiquem ou coloquem em risco o funcionamento regular de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei, do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro; e
- III - a adoção de medidas necessárias ao funcionamento regular de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei, do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro.

Art. 17. Antes da instauração ou durante a tramitação do processo administrativo sancionador, quando estiverem presentes os requisitos de verossimilhança das alegações e do perigo de mora, o Banco Central do Brasil poderá, cautelarmente:

- I - determinar o afastamento de quaisquer das pessoas mencionadas no inciso III do § 1º do art. 2º desta Lei;
- II - impedir que o investigado atue - em nome próprio ou como mandatário ou preposto - como administrador ou como membro da diretoria, do conselho de administração, do conselho fiscal, do comitê de auditoria ou de outros órgãos previstos no estatuto ou no contrato social de instituição mencionada no caput do art. 2º desta Lei;
- III - impor restrições à realização de determinadas atividades ou modalidades de operações a pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei; ou
- IV - determinar à instituição supervisionada a substituição:
 - a) do auditor independente ou da sociedade responsável pela auditoria contábil; ou
 - b) da entidade responsável pela auditoria cooperativa.

§ 1º Desde que o processo administrativo sancionador seja instaurado no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado da data da intimação da decisão cautelar, as medidas mencionadas neste artigo conservarão sua eficácia até que a decisão de primeira instância comece a produzir efeitos, podendo ser revistas, de ofício ou a requerimento do interessado, se cessarem as circunstâncias que as determinaram.

§ 2º Na hipótese de não ser iniciado o processo administrativo sancionador no prazo previsto no § 1º deste artigo, as medidas cautelares perderão automaticamente sua eficácia e não poderão ser novamente aplicadas se não forem modificadas as circunstâncias de fato que as determinaram.

§ 3º A decisão cautelar estará sujeita a impugnação, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 4º Da decisão que julgar a impugnação caberá recurso, em última instância, ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. [\(Vide Decreto nº 9.889, de 2019\).](#)

§ 5º O recurso de que trata o § 4º deste artigo será recebido apenas com efeito devolutivo e deverá ser interposto no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 18. O descumprimento das medidas previstas nesta Seção sujeitará o infrator ao pagamento de multa cominatória por dia de atraso, a qual não poderá exceder o maior destes valores:

I - 1/1.000 (um milésimo) da receita de serviços e de produtos financeiros mencionada no inciso I do caput do art. 7º desta Lei; ou

II - R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

§ 1º A multa de que trata o caput deste artigo será paga mediante recolhimento ao Banco Central do Brasil, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da intimação para pagamento.

§ 2º A decisão que impuser multa cominatória, se não estiver sujeita à impugnação e ao recurso de que tratam os §§ 3º e 4º do art. 17 desta Lei, estará sujeita a impugnação, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Da decisão que julgar a impugnação caberá recurso, em última instância, no âmbito do Banco Central do Brasil.

§ 4º O recurso de que trata o § 3º será recebido apenas com efeito devolutivo e deverá ser interposto no prazo de 10 (dez) dias.

Seção VI

Do Rito do Processo

Art. 19. O processo administrativo sancionador será instaurado nos casos em que se verificarem indícios da ocorrência de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento seja fiscalizado pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º O Banco Central do Brasil poderá deixar de instaurar processo administrativo sancionador se considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado, devendo utilizar outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência.

§ 2º A instauração do processo administrativo sancionador ocorrerá por meio de citação.

§ 3º Os atos e os termos processuais poderão ser formalizados, comunicados e transmitidos em meio eletrônico, observado o disposto nesta Lei, em regulamentação editada pelo Banco Central do Brasil e na legislação específica.

§ 4º As pessoas físicas e jurídicas sujeitas ao disposto nesta Lei deverão manter atualizados no Banco Central do Brasil seu endereço, seu telefone e seu endereço eletrônico, e também os de seu procurador, quando houver, e acompanhar o andamento do processo.

§ 5º O Banco Central do Brasil estabelecerá diretrizes, em regulamentação, para a aplicação do disposto no § 1º deste artigo.

Art. 20. O acusado será citado para apresentar defesa no prazo de 30 (trinta) dias, oportunidade em que deverá juntar os documentos destinados a provar suas alegações e indicar as demais provas que pretenda produzir, sob pena de preclusão.

§ 1º A citação conterà:

I - a identificação do acusado;

II - a indicação dos fatos imputados ao acusado;

III - a finalidade da citação;

IV - o prazo para a apresentação de defesa;

V - a informação da continuidade do processo, independentemente de seu comparecimento;

VI - a indicação de local e horário para vista dos autos do processo; e

VII - a obrigação prevista no § 4º do art. 19 desta Lei.

§ 2º O acusado que, embora citado, não apresentar defesa no prazo previsto neste artigo, será considerado revel.

Art. 21. A citação poderá ser efetuada por ciência no processo, por via postal ou por meio eletrônico.

§ 1º Quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o acusado, ou em caso de esquiva, a citação será efetuada por meio de publicação de edital no Diário Oficial da União ou no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.

§ 2º Considera-se efetuada a citação na data:

I - da ciência do acusado ou de procurador por ele constituído;

II - da entrega no endereço do destinatário;

III - do acesso ao sistema eletrônico do Banco Central do Brasil;

IV - em que for atestada a recusa; ou

V - da publicação do edital no Diário Oficial da União ou no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.

§ 3º Considera-se efetuada a citação no sexto dia subsequente ao da disponibilização do ato no sistema eletrônico do Banco Central do Brasil caso o interessado não o acesse no referido prazo.

Art. 22. Além das formas previstas no caput do art. 21 desta Lei, a intimação dos demais atos processuais poderá ser realizada mediante disponibilização no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.

§ 1º Considera-se efetuada a intimação na data:

I - da ciência do acusado ou do procurador por ele constituído;

II - da entrega no endereço do destinatário, do recebimento por meio eletrônico ou do acesso ao sistema eletrônico do Banco Central do Brasil;

III - em que for atestada a recusa; ou

IV - da disponibilização no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.

§ 2º Considera-se efetuada a intimação no sexto dia subsequente ao da disponibilização do ato no sistema eletrônico do Banco Central do Brasil caso o interessado não o acesse no referido prazo.

§ 3º A disponibilização por meio eletrônico na forma estabelecida por este artigo substitui qualquer outro meio de publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, exceto quando lei estabelecer forma específica.

Art. 23. Opera-se a preclusão quando o acusado praticar determinado ato processual ou quando decorrido o prazo previsto para a sua realização.

Art. 24. Os prazos serão contados de forma contínua, excluído o dia de início e incluído o dia de vencimento.

§ 1º Considera-se o dia de início do prazo:

I - a data da ciência pelo interessado ou por seu procurador;

II - a data da entrega no endereço do destinatário ou do recebimento por meio eletrônico;

III - o sexto dia subsequente à data da disponibilização do ato no sistema eletrônico do Banco Central do Brasil ou a data do acesso ao referido sistema, o que ocorrer primeiro;

IV - o sexto dia subsequente à disponibilização do ato no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil; ou

V - o trigésimo primeiro dia subsequente à data de publicação do edital de citação no Diário Oficial da União ou no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.

§ 2º O primeiro dia da contagem e o dia do vencimento do prazo, se coincidirem com fim de semana ou feriado, serão prorrogados para o primeiro dia útil seguinte.

Art. 25. O Banco Central do Brasil indeferirá, de forma fundamentada, as provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias e somente proverá as informações que estiverem em seu poder.

Art. 26. O Banco Central do Brasil poderá tomar o depoimento de qualquer pessoa que possa contribuir para a apuração dos fatos objeto da investigação.

Art. 27. As decisões de primeira instância em processo administrativo do Banco Central do Brasil instaurado contra pessoa mencionada no art. 2º desta Lei serão tomadas por órgão colegiado previsto em seu regimento interno, do qual, no caso de infração grave, fará parte ao menos 1 (um) diretor do Banco Central do Brasil.

Parágrafo único. As sessões do órgão colegiado referido no caput deste artigo serão públicas, mas poderá ser restringido o acesso de terceiros em função do interesse público envolvido.

Art. 28. As decisões condenatórias ou absolutórias serão publicadas, em resumo, no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.

§ 1º Se houver riscos para a higidez da instituição ou do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro, o Banco Central do Brasil, a seu critério e mediante decisão fundamentada, poderá não publicar a decisão enquanto essa não se tornar definitiva.

§ 2º A decisão que impuser a penalidade de admoestação pública somente será publicada quando se tornar definitiva.

Art. 29. Caberá recurso das decisões condenatórias, no prazo de 30 (trinta) dias, recebido com efeitos devolutivo e suspensivo, sem prejuízo da eficácia das medidas determinadas pelo Banco Central do Brasil na forma do art. 17 desta Lei.

§ 1º A petição recursal será apresentada ao Banco Central do Brasil e deverá ser dirigida ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, última instância recursal no âmbito administrativo, para o julgamento do recurso.

§ 2º A legitimidade para recorrer é exclusiva do apenado, sendo vedado o agravamento da penalidade em razão do recurso.

§ 3º As sessões e as decisões do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional serão públicas.

§ 4º Aos recursos em trâmite no Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional aplica-se o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 19 e nos arts. 21, 22, 23 e 24 desta Lei.

§ 5º O recurso interposto contra decisão que impuser as penalidades previstas nos incisos IV, V ou VI do art. 5º desta Lei será recebido com efeito devolutivo, e poderá o recorrente requerer o efeito suspensivo à autoridade prolatora da decisão, nos termos de regulamentação editada pelo Banco Central do Brasil.

Seção VII

Do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão

Art. 30. O Banco Central do Brasil poderá celebrar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com extinção de sua ação punitiva ou redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial:

I - a identificação dos demais envolvidos na prática da infração, quando couber;

II - a obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º A proposta de acordo administrativo em processo de supervisão permanecerá sob sigilo até que o acordo seja celebrado.

§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica for a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - o envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo cessar completamente;

III - o Banco Central do Brasil não dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação administrativa das pessoas físicas ou jurídicas por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a pessoa física ou jurídica confessar participação no ilícito, cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 3º O requisito previsto no inciso I do § 2º deste artigo não se aplica às pessoas físicas.

§ 4º A pessoa jurídica que não cumprir apenas o disposto no inciso I do § 2º deste artigo poderá celebrar acordo administrativo em processo de supervisão, hipótese em que poderá beneficiar-se exclusivamente da redução de 1/3 (um terço) da penalidade a ela aplicável.

§ 5º A celebração do acordo administrativo em processo de supervisão pelo Banco Central do Brasil suspenderá o prazo prescricional no âmbito administrativo com relação ao proponente signatário.

§ 6º O acordo administrativo em processo de supervisão celebrado pelo Banco Central do Brasil, atinente à prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, não afeta a atuação do Ministério Público e dos demais órgãos públicos no âmbito de suas correspondentes competências.

§ 7º A decisão sobre a assinatura do acordo administrativo em processo de supervisão pelo Banco Central do Brasil, nos termos deste artigo, será tomada por órgão colegiado previsto em seu regimento interno.

Art. 31. O acordo administrativo em processo de supervisão será publicado, de forma clara e suficiente para compreensão de suas cláusulas, no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, no prazo de 5 (cinco) dias, contado de sua assinatura.

§ 1º Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem em reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo administrativo em processo de supervisão rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 2º O disposto no § 1º do art. 30 desta Lei não prejudica o dever legal de o Banco Central do Brasil realizar comunicação aos órgãos públicos competentes, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, tão logo recebida a proposta de acordo administrativo em processo de supervisão.

§ 3º O Ministério Público, com base nas competências que lhe são atribuídas em lei, poderá requisitar informações ou acesso ao sistema informatizado do Banco Central do Brasil sobre os acordos administrativos em processo de supervisão celebrados pelo Banco Central do Brasil, sem que lhe seja oponível sigilo e sem prejuízo do disposto no art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

§ 4º O Banco Central do Brasil manterá fórum permanente de comunicação com o Ministério Público, inclusive por meio de acordo de cooperação técnica, para atender ao disposto neste artigo e no [art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001](#).

Art. 32. O Banco Central do Brasil, para fins de declarar o cumprimento do acordo administrativo em processo de supervisão, avaliará cumulativamente:

I - o atendimento das condições estipuladas no acordo;

II - a efetividade da cooperação prestada;

III - a boa-fé do infrator quanto ao cumprimento do acordo.

§ 1º A declaração do cumprimento do acordo administrativo em processo de supervisão pelo Banco Central do Brasil resultará, em relação ao infrator que firmou o acordo, na extinção da ação de natureza administrativa punitiva ou na aplicação do fator de redução de pena.

§ 2º Na hipótese de descumprimento do acordo administrativo em processo de supervisão, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo administrativo em processo de supervisão pelo prazo de 3 (três) anos, contado a partir do conhecimento pelo Banco Central do Brasil do descumprimento.

CAPÍTULO III

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA ESFERA DE ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Seção Única

Disposições Preliminares

Art. 33. Este Capítulo dispõe sobre o processo administrativo sancionador no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários e altera a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Parágrafo único. Aplicam-se as regras constantes deste Capítulo às infrações previstas na [Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998](#), no que couber, quando apuradas pela Comissão de Valores Mobiliários, mantidas as penalidades previstas na lei específica.

Art. 34. Aos processos administrativos sancionadores conduzidos no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 19 e nos arts. 21, 22, 24, 25, 29, 30, 31 e 32 desta Lei, observada regulamentação editada pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 1º O recurso de que trata o [§ 4º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976](#), será recebido com efeitos devolutivo e suspensivo.

§ 2º O recurso interposto contra decisão que impuser as penalidades previstas nos [incisos IV, V, VI, VII e VIII do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976](#), será recebido com efeito devolutivo, e o recorrente poderá requerer o efeito suspensivo à autoridade prolatora da decisão, nos termos de regulamentação editada pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 3º O prazo de cumprimento da penalidade de inabilitação será contado a partir da data em que a Comissão de Valores Mobiliários receber, do inabilitado ou de cada entidade em que ele atuou como administrador ou conselheiro fiscal, comunicação de que houve o efetivo afastamento do cargo, instruída com os documentos comprobatórios do fato.

§ 4º O prazo de cumprimento da pena de inabilitação temporária será automaticamente suspenso sempre que forem desrespeitados os termos da decisão que a aplicou, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis.

Art. 35. A Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º

.....

§ 4º Na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a Comissão priorizará as infrações de natureza grave, cuja apenação proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado, e poderá deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, consideradas a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos.

.....” (NR)

“Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades por Ações), de suas resoluções e de outras normas legais cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente:

.....

III - (revogado);

IV - inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários;

.....

VI - inabilitação temporária, até o máximo de 20 (vinte) anos, para o exercício das atividades de que trata esta Lei;

.....

§ 1º A multa deverá observar, para fins de dosimetria, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a capacidade econômica do infrator e os motivos que justifiquem sua imposição, e não deverá exceder o maior destes valores:

I - R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);

II - o dobro do valor da emissão ou da operação irregular;

III - 3 (três) vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito; ou

IV - o dobro do prejuízo causado aos investidores em decorrência do ilícito.

§ 2 Nas hipóteses de reincidência, poderá ser aplicada multa de até o triplo dos valores fixados no § 1º deste artigo.

§ 3º As penalidades previstas nos incisos IV, V, VI, VII e VIII do caput deste artigo somente serão aplicadas nos casos de infração grave, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários, ou nos casos de reincidência.

.....

§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a:

.....

§ 7º O termo de compromisso deverá ser publicado no sítio eletrônico da Comissão de Valores Mobiliários, com discriminação do prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e constituirá título executivo extrajudicial.

.....

§ 11. A multa aplicada pela inexecução de ordem da Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do inciso II do caput e do inciso IV do § 1º do art. 9º desta Lei, independentemente do processo administrativo previsto no inciso V do caput do art. 9º desta Lei, não excederá, por dia de atraso no seu cumprimento, o maior destes valores:

I - 1/1.000 (um milésimo) do valor do faturamento total individual ou consolidado do grupo econômico, obtido no exercício anterior à aplicação da multa; ou

II - R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

.....

§ 13. Adicionalmente às penalidades previstas no caput deste artigo, a Comissão de Valores Mobiliários poderá proibir os acusados de contratar, por até de 5 (cinco) anos, com instituições financeiras oficiais e de participar de licitação que tenha por objeto aquisições, alienações, realizações de obras e serviços e concessões de serviços públicos, no âmbito da administração pública federal, estadual, distrital e municipal e das entidades da administração pública indireta.

§ 14. Os créditos oriundos de condenação do apenado ao pagamento de indenização em ação civil pública movida em benefício de investidores e demais credores do apenado e os créditos do Fundo Garantidor de Crédito (FGC) ou de outros mecanismos de ressarcimento aprovados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários, se houver, preferirão aos créditos oriundos da aplicação da penalidade de multa.

§ 15. Em caso de falência, liquidação extrajudicial ou qualquer outra forma de concurso de credores do apenado, os créditos da Comissão de Valores Mobiliários oriundos da aplicação da penalidade de multa de que trata o inciso II do caput deste artigo serão subordinados. ” (NR)

“Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

.....” (NR)

“Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários:

.....

§ 1º Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor.

§ 2º A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no caput deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo. ” (NR)

“Art. 27-E. Exercer, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, a atividade de administrador de carteira, agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários, agente fiduciário ou qualquer outro cargo, profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado na autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento:

.....” (NR)

CAPÍTULO IV

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 36. O Banco Central do Brasil disciplinará as penalidades, as medidas coercitivas, os meios alternativos de solução de controvérsias e o processo administrativo sancionador previstos no Capítulo II desta Lei, e disporá sobre:

I - a gradação das penalidades de multa, de proibição de prestar determinados serviços, de proibição de realizar determinadas atividades ou modalidades de operação e de inabilitação para atuar como administrador ou para exercer cargo em órgão previsto no estatuto ou no contrato social de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;

II - a multa cominatória e os critérios a serem considerados para a definição de seu valor, tendo em vista os seus objetivos;

III - o cabimento, o tempo e o modo de celebração do termo de compromisso e do acordo administrativo em processo de supervisão e, no caso deste último instrumento, sobre os critérios para declarar a extinção da ação punitiva administrativa e para a aplicação da redução da penalidade;

IV - o rito e os prazos do processo administrativo sancionador no âmbito do Banco Central do Brasil.

Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativos sancionadores na esfera de atuação do Banco Central do Brasil as normas previstas na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no que não conflitarem com aquelas previstas no Capítulo II desta Lei.

Art. 37. À exceção do disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10 desta Lei, as regras estabelecidas nos Capítulos II e IV desta Lei aplicam-se, no que couber, às infrações previstas na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, quando apuradas pelo Banco Central do Brasil.

Art. 38. À exceção do disposto nos arts. 2º, 3º e 4º e nos incisos I, III e V do caput do art. 5º desta Lei, as regras estabelecidas nos Capítulos II e IV desta Lei aplicam-se, no que

couber, às infrações previstas no [Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933](#), no Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, na [Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962](#), no [Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969](#), na Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e na Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, quando apuradas pelo Banco Central do Brasil.

Art. 39. O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários deverão coordenar suas atividades para assegurar o cumprimento de suas atribuições com a maior eficiência e o menor custo para os regulados.

Art. 40. Sujeitam-se ao disposto nesta Lei as infrações previstas nos [arts. 1º e 2º do Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933](#), e as sonegações de cobertura nos valores de exportação ocorridas até 3 de agosto de 2006.

Art. 41. O [Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 6º A infração prevista no art. 3º deste Decreto será punida com multa entre 5% (cinco por cento) e 100% (cem por cento) do valor da operação.

.....” (NR)

“Art. 6º -A. O Conselho Monetário Nacional disciplinará o disposto nos arts. 1º, 2º e 3º deste Decreto e poderá estabelecer a gradação da multa a que se refere o caput do art. 6º deste Decreto. ”

Art. 42. O art. 10 do Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 10. É vedada a realização de compensação privada de créditos ou valores de qualquer natureza, exceto nas situações expressamente previstas em regulamento do Banco Central do Brasil, estando os responsáveis sujeitos às penalidades previstas em lei.” (NR)

Art. 43. A compensação privada de créditos ou de valores de qualquer natureza de que trata o [art. 10 do Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946](#), quando não realizada nas situações expressamente previstas em regulamento do Banco Central do Brasil, sujeita os responsáveis aos dispositivos desta Lei aplicáveis nos termos do art. 38.

Art. 44. A Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 23.

.....

§ 2º Constitui infração imputável individualmente ao estabelecimento bancário, ao corretor e ao cliente a declaração de falsa identidade no formulário que, segundo o modelo determinado pelo Banco Central do Brasil, será exigido em cada operação, assinado pelo cliente e visado pelo estabelecimento bancário e pelo corretor que nela intervierem.

§ 3º Constitui infração, de responsabilidade exclusiva do cliente, a declaração de informações falsas no formulário a que se refere o § 2º deste artigo.

§ 4º Constitui infração imputável individualmente ao estabelecimento bancário e ao corretor que intervierem na operação a classificação em desacordo com as normas fixadas pelo Banco Central do Brasil das informações prestadas pelo cliente no formulário a que se refere o § 2º deste artigo.

§ 5º (Revogado).

.....” (NR)

“Art. 25. Os estabelecimentos bancários que deixarem de informar o montante exato das operações realizadas estarão sujeitos a multa, nos termos do art. 58 desta Lei.

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

Art. 45. Às infrações à Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, e às normas que a regulamentam aplica-se o disposto no art. 38 desta Lei.

Art. 46. Às infrações à Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e às demais normas legais e regulamentares que regem o Sistema Financeiro da Habitação e as instituições que o integram referidas nos incisos I, II, III, IV, V e VI do art. 8º da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, aplica-se o disposto nesta Lei.

Art. 47. Às infrações à Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e às demais normas legais e regulamentares que regem as sociedades corretoras, as sociedades referidas nos arts. 11 e 12 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e os bancos de investimento, aplica-se o disposto nesta Lei.

Art. 48. O art. 21 da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 21. As instituições referidas nos incisos II e III do caput do art. 7º, na alínea “c” do inciso I do § 1º do art. 7º e nas alíneas “a”, “b”, “c” e “e” do inciso II do § 1º do art. 7º desta Lei manterão aplicados recursos no crédito rural, observadas a forma e as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 1º As instituições referidas no caput deste artigo que apresentarem deficiência na aplicação de recursos no período de 1º de julho de 2016 a 30 de junho de 2017 recolherão

as somas correspondentes em depósito no Banco Central do Brasil, remuneradas na forma estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional, para aplicação nos fins previstos nesta Lei.

§ 2º As instituições referidas no caput deste artigo que apresentarem deficiência na aplicação de recursos estarão sujeitas, a partir de 1º de julho de 2018, relativamente ao ano agrícola iniciado em 1º de julho de 2017, aos custos financeiros estabelecidos pelo Banco Central do Brasil.

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).” (NR)

Art. 49. As instituições referidas nos incisos II e III do caput do art. 7º, na [alínea “c” do inciso I do § 1º do art. 7º](#) e nas [alíneas “a”, “b”, “c” e “e” do inciso II do § 1º do art. 7º da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965](#), que apresentarem deficiência na aplicação de recursos no crédito rural sujeitam-se ao disposto nesta Lei.

Art. 50. Aplicam-se às associações de poupança e empréstimo, autorizadas a funcionar pelo [Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966](#):

I - os [arts. 53 a 69 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), quando não conflitarem com disposições do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966;

II - o disposto nesta Lei, relativamente às infrações ao [Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966](#), e às demais normas legais e regulamentares que regem as associações de poupança e empréstimo.

Art. 51. O art. 19 da [Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

[“Art. 19.](#) A liquidação extrajudicial será encerrada:

- a) (revogada);
- b) (revogada);
- c) (revogada);
- d) (revogada).

I - por decisão do Banco Central do Brasil, nas seguintes hipóteses:

- a) pagamento integral dos credores quirografários;
- b) mudança de objeto social da instituição para atividade econômica não integrante do Sistema Financeiro Nacional;
- c) transferência do controle societário da instituição;
- d) convalidação em liquidação ordinária;

e) exaustão do ativo da instituição, mediante a sua realização total e a distribuição do produto entre os credores, ainda que não ocorra o pagamento integral dos créditos; ou
f) iliquidez ou difícil realização do ativo remanescente na instituição, reconhecidas pelo Banco Central do Brasil;

II - pela decretação da falência da instituição.

§ 1º Encerrada a liquidação extrajudicial nas hipóteses previstas nas alíneas “a”, “b”, “d”, “e” e “f” do inciso I do caput deste artigo, o Banco Central do Brasil comunicará o encerramento ao órgão competente do registro do comércio, que deverá:

I - nas hipóteses das alíneas “b” e “d” do inciso I do caput deste artigo, promover as anotações pertinentes;

II - nas hipóteses das alíneas “a”, “e” e “f” do inciso I do caput deste artigo, proceder à anotação do encerramento da liquidação extrajudicial no registro correspondente e substituir, na denominação da sociedade, a expressão “Em liquidação extrajudicial” por “Liquidação extrajudicial encerrada”.

§ 2º Encerrada a liquidação extrajudicial nas hipóteses previstas no inciso I do caput deste artigo, o prazo prescricional relativo às obrigações da instituição voltará a contar da data da publicação do ato de encerramento do regime.

§ 3º O encerramento da liquidação extrajudicial nas hipóteses previstas nas alíneas “b” e “d” do inciso I do caput deste artigo pode ser proposto ao Banco Central do Brasil, após a aprovação por maioria simples dos presentes à assembleia geral de credores, pelos:

I - cooperados ou associados, autorizados pela assembleia geral; ou

II - controladores.

§ 4º A assembleia geral de credores a que se refere o § 3º será presidida pelo liquidante e nela poderão votar os titulares de créditos inscritos no quadro geral de credores, computados os votos proporcionalmente ao valor dos créditos dos presentes.

§ 5º Encerrada a liquidação extrajudicial nas hipóteses previstas no inciso I do caput deste artigo, o acervo remanescente da instituição, se houver, será restituído:

I - ao último sócio controlador ou a qualquer sócio participante do grupo de controle ou, na impossibilidade de identificá-lo ou localizá-lo, ao maior acionista ou cotista da sociedade; ou

II - a qualquer cooperado, no caso de cooperativa de crédito.

§ 6º As pessoas referidas no § 5º deste artigo não poderão recusar o recebimento do acervo remanescente e serão consideradas depositárias dos bens recebidos.

§ 7º Na hipótese em que o lugar em que se encontrarem as pessoas referidas no § 5º deste artigo for ignorado, incerto ou inacessível, ou na hipótese de suspeita de ocultação, é o liquidante autorizado a depositar o acervo remanescente em favor delas, no juízo ao qual caberia decretar a falência.” (NR)

Art. 52. O caput do art. 17 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 17. Tomar ou receber crédito, na qualidade de qualquer das pessoas mencionadas no art. 25, ou deferir operações de crédito vedadas, observado o disposto no art. 34 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 :

.....” (NR)

Art. 53. O caput do art. 66 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 66. As instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que apresentem insuficiência nos recolhimentos compulsórios ou efetuem saques a descoberto na conta Reservas Bancárias estão sujeitas aos custos financeiros estabelecidos pelo Banco Central do Brasil.

.....” (NR)

Art. 54. As instituições financeiras e as demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que apresentem insuficiência nos recolhimentos compulsórios ou efetuem saques a descoberto na conta Reservas Bancárias estão sujeitas ao disposto nesta Lei.

Art. 55. O § 2º do art. 16 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 16.

.....

§ 2º Caberá recurso das decisões do Coaf relativas às aplicações de penas administrativas ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.” (NR)

Art. 56. Fica suspensa a prescrição de que trata a Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, durante a vigência do termo de compromisso de que tratam o § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e os arts. 11, 12, 13, 14 e 15 desta Lei.

Art. 57. O art. 9º da Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

[“Art. 9º](#) A infração às normas legais e regulamentares que regem o sistema de pagamentos sujeita as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação, seus administradores e membros de conselhos fiscais, consultivos e assemelhados ao disposto na [Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976](#), e nas demais disposições legais.

I - (revogado);

II - (revogado).

Parágrafo único. Caberá recurso, no prazo de 30 (trinta) dias, sem efeito suspensivo, das decisões proferidas pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários, com fundamento neste artigo, para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.” (NR)

Art. 58. A infração às normas legais e regulamentares que regem o sistema de pagamentos sujeita as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação, seus administradores e membros de conselhos fiscais, consultivos e assemelhados ao disposto nesta Lei.

Art. 59. O caput do art. 1º da Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

[“Art. 1º](#) O não fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo Banco Central do Brasil relativas a capitais brasileiros no exterior e a prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação em vigor constituem infrações sujeitas à aplicação da ação punitiva do Banco Central do Brasil, nos termos definidos pela legislação em vigor.

.....” (NR)

Art. 60. O não fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo Banco Central do Brasil relativas a capitais brasileiros no exterior e a prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação em vigor constituem infrações sujeitas à aplicação desta Lei na forma do art. 38.

Art. 61. O art. 7º da [Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

[“Art. 7º](#) As infrações às normas que regulam os registros, no Banco Central do Brasil, de capital estrangeiro em moeda nacional sujeitam os responsáveis à aplicação da ação punitiva do Banco Central do Brasil, nos termos definidos pela legislação em vigor.

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

Art. 62. As infrações às normas que regulam os registros, no Banco Central do Brasil, de capital estrangeiro em moeda nacional sujeitam os responsáveis aos dispositivos desta Lei aplicáveis nos termos do art. 38.

Art. 63. O art. 42 da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 42. Às infrações aos dispositivos desta Lei e às normas regulamentares aplica-se a ação punitiva do Banco Central do Brasil, nos termos definidos pela legislação em vigor.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado);

VI - (revogado);

VII - (revogado);

VIII - (revogado).

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

Art. 64. Às infrações aos dispositivos da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, e às demais normas regulamentares do Sistema de Consórcios aplica-se o disposto nesta Lei.

Art. 65. O art. 29 da Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 29. A infração às normas legais e regulamentares que regem as atividades de depósito centralizado e de registro de ativos financeiros e de valores mobiliários sujeita as entidades autorizadas a exercer essas atividades, seus administradores e membros de conselhos fiscais, consultivos e assemelhados ao disposto na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, aplicável pela Comissão de Valores Mobiliários, e às demais disposições legais.” (NR)

Art. 66. A infração às normas legais e regulamentares que regem as atividades de depósito centralizado e de registro de ativos financeiros e de valores mobiliários sujeita as entidades autorizadas a exercer essas atividades, seus administradores e membros de conselhos fiscais, consultivos e assemelhados ao disposto nesta Lei, aplicável pelo Banco Central do Brasil.

Art. 67. O caput do art. 11 da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:

[“Art. 11.](#) As infrações às normas legais e regulamentares que regem os arranjos e as instituições de pagamento sujeitam o instituidor de arranjo de pagamento e a instituição de pagamento, os seus administradores e os membros de seus órgãos estatutários ou contratuais às penalidades previstas pela legislação em vigor.

.....” (NR)

Art. 68. As infrações às normas legais e regulamentares que regem os arranjos e as instituições de pagamento sujeitam o instituidor de arranjo de pagamento e a instituição de pagamento, os seus administradores e os membros de seus órgãos estatutários ou contratuais ao disposto nesta Lei.

Art. 69. O art. 34 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

[“Art. 34.](#) É vedado às instituições financeiras realizar operação de crédito com a parte relacionada.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado);

IV - (revogado);

V - (revogado).

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º Considera-se parte relacionada à instituição financeira, para efeitos deste artigo:

I - seus controladores, pessoas físicas ou jurídicas, nos termos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

II - seus diretores e membros de órgãos estatutários ou contratuais;

III - o cônjuge, o companheiro e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau, das pessoas mencionadas nos incisos I e II deste parágrafo;

IV - as pessoas físicas com participação societária qualificada em seu capital; e

V - as pessoas jurídicas:

a) com participação qualificada em seu capital;

b) em cujo capital, direta ou indiretamente, haja participação societária qualificada;

c) nas quais haja controle operacional efetivo ou preponderância nas deliberações, independentemente da participação societária; e

d) que possuam diretor ou membro de conselho de administração em comum.

§ 4º Excetuem-se da vedação de que trata o caput deste artigo, respeitados os limites e as condições estabelecidos em regulamentação:

I - as operações realizadas em condições compatíveis com as de mercado, inclusive quanto a limites, taxas de juros, carência, prazos, garantias requeridas e critérios para classificação de risco para fins de constituição de provisão para perdas prováveis e baixa como prejuízo, sem benefícios adicionais ou diferenciados comparativamente às operações deferidas aos demais clientes de mesmo perfil das respectivas instituições;

II - as operações com empresas controladas pela União, no caso das instituições financeiras públicas federais;

III - as operações de crédito que tenham como contraparte instituição financeira integrante do mesmo conglomerado prudencial, desde que contenham cláusula contratual de subordinação, observado o disposto no inciso V do art. 10 desta Lei, no caso das instituições financeiras bancárias;

IV - os depósitos interfinanceiros regulados na forma do inciso XXXII do caput do art. 4º desta Lei;

V - as obrigações assumidas entre partes relacionadas em decorrência de responsabilidade imposta a membros de compensação e demais participantes de câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários e suas respectivas contrapartes em operações conduzidas no âmbito das referidas câmaras ou prestadores de serviços; e

VI - os demais casos autorizados pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 5º Considera-se também realizada com parte relacionada qualquer operação que caracterize negócio indireto, simulado ou mediante interposição de terceiro, com o fim de realizar operação vedada nos termos deste artigo.

§ 6º O Conselho Monetário Nacional disciplinará o disposto neste artigo, inclusive a definição de operação de crédito, de limites e de participação qualificada.” (NR)

Art. 70. O Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários editarão normas complementares ao disposto nesta Lei.

Art. 71. Revogam-se:

I - o art. 5º -A do Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933;

II - o § 5º do art. 23, o [parágrafo único do art. 25](#) e o [art. 58 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962](#);

III - o [art. 43 da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964](#);

IV - os [incisos I, II, III, IV e V do caput](#) e os [§§ 1º e 2º do art. 34](#) e os arts. 35, [36](#), [42](#), [43](#) e 44 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 ;

V - o [§ 6º do art. 4º da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965](#);

VI - os §§ 3º e 4º do art. 21 da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965;

VII - o [Decreto-Lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969](#);

VIII - o [inciso III do caput do art. 11](#) e o § 4º do art. 26 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976;

IX - o [art. 67 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995](#);

X - o art. 9º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997;

XI - o [inciso II do art. 3º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999](#);

XII - os [arts. 3º e 5º da Medida Provisória nº 2.224](#), de 4 de setembro de 2001;

XIII - o [parágrafo único do art. 7º](#) e o art. 12 da Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006;

XIV - o [inciso IV do caput do art. 7º](#), os [incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII](#) e o [parágrafo único do art. 42](#) e os arts. 43 e 44 da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008 .
Art. 72. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de novembro de 2017; 196º da Independência e 129º da República.

MICHEL TEMER

Henrique Meirelles

Otávio Ribeiro Damaso