

Aproveitamento de atuação autorregulatória permite imposição adequada de penalidades

Por Alexandre Pinheiro dos Santos* e Fábio Medina Osório**



Alexandre Pinheiro dos Santos

Sabe-se que a discussão em torno ao alcance do *non bis in idem*, no mercado financeiro e no mercado de capitais, está longe de solucionar-se. Em matéria de Direito Administrativo Sancionador, é um tema tormentoso, no Brasil ainda tratado de forma incipiente, mas no Direito comparado de modo muito relacionado ao campo dos Direitos Humanos e à teoria dos Direitos Fundamentais.¹

Cabe destacar que um só fato - e aqui reconhecemos, tranquilamente, a complexidade, muitas vezes, da definição da unitariedade fática - pode suscitar múltiplas reações não apenas do ordenamento jurídico, mas, sobretudo, das instituições fiscalizadoras. Nem sempre, porém, a existência de numerosas instituições atuando simultaneamente sobre um mesmo fato é garantia de combate à impunidade. Ao contrário, pensamos radicalmente o oposto: o que pode ocorrer, se não houver coerência, unidade institucional, atuação organizada, é a facilitação da impunidade, pela proliferação de decisões e atuações contraditórias.

De outro lado, a multiplicidade de reações do ordenamento jurídico frente a um mesmo fato é ou parece ser algo artificial, e seguramente essa hipótese não é tão rara quanto deveria ser. Noutras ocasiões, parece haver uma lógica perceptível por detrás da reação múltipla do sistema normativo. Como separar o joio do trigo? Como distinguir as situações umas das outras?

Consagrou-se a ideia de que não há unidade entre fatos jurídicos quando inexiste a tríplice identidade: fatos, sujeitos e fundamentos. Todavia, fatos, sujeitos e fundamentos apresentam-se, como sabemos, através de conceitos jurídicos indeterminados, abertos, carentes de interpretações. Depende, em última análise, do intérprete.²



Fábio Medina Osório

Já se disse que a teoria do bem jurídico serviria como suporte último para definir a identidade entre os fatos jurídicos tutelados. Assim, se o bem jurídico protegido se encontra na esfera disciplinar, não seria possível confundir com a esfera do bem jurídico protegido na área penal ou noutra instância da Administração Pública. Sem embargo, essa teoria do bem jurídico acabou desmoralizada, por certo, pela irrelevância no sistema axiológico que embasa a produção de normas no modelo constitucional vigente. Isso porque o Direito Penal nem sempre produz uma resposta necessariamente mais rigorosa do que o Direito Administrativo Sancionador, para tomarmos uma referência básica. Ademais, os bens jurídicos podem ser arbitrariamente eleitos pelo sistema normativo, o que não permite distinguir a identidade dos fatos abrigados nas normas à luz do postulado da proporcionalidade.³

No tocante aos sujeitos, como se pode notar, eles não têm essa relevância tão destacada, ainda que se respeite o princípio de separação de Poderes e as peculiaridades de atuação de cada um deles. Hoje, cada vez mais, há uma processualização da Administração Pública como um todo, o que a aproxima do Poder Judiciário como órgão habilitado a definir direitos e obrigações. Daí a importância dos Tribunais Administrativos e das Agências Reguladoras. E, no campo disciplinar, assoma o fenômeno da autorregulação e mesmo das entidades que assumem obrigações de tutelar suas classes profissionais, com interesse público subjacente, à luz de regras e normativas públicas ou de interesse público. Essas perspectivas tornam próximas as normativas regulatórias de um modo geral.

Finalmente, quanto aos fundamentos, aí sim pode haver variações importantes e dignas de nota. São as causas do poder punitivo, que devem ser examinadas cuidadosamente. Porém, e paradoxalmente, residem justamente nos fundamentos as causas para que se reconheçam, não raro, motivos suficientes para uma proporcional resposta estatal, numa perspectiva unitária, coerente, razoável.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) deve atuar de forma criteriosa e seletiva no exercício de sua pretensão punitiva. Não pode atuar de modo arbitrário, nem desencadear ou conduzir processos de modo desenfreado, desprovida de critérios, notadamente em relação a pessoas que já tenham sido apenadas ou que tenham assumido compromissos de ajustamento de conduta noutras instâncias de forma satisfatória ou suficiente, até mesmo para não abarrotar, de forma ineficiente e em detrimento do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal ⁴, a sua própria máquina processual.

Essa é uma premissa básica que, certamente, em conjunto com outros fatores correlatos e igualmente relevantes, conduziu ao disposto no art. 49, §§ 4º, 5º e 6º, da Instrução

CVM nº 461, de 23 de outubro de 2007 **5**, e ao Convênio que a CVM celebrou com a Associação Nacional dos Bancos de Investimento (ANBID) em 20 de agosto de 2008 **6**, tendo por objeto a institucionalização da possibilidade de as Convenientes aproveitarem penalidades impostas e termos de compromisso firmados no âmbito uma da outra, relativos aos mesmos fatos, em relação ao mesmo agente, em perfeita sintonia com a moderna dimensão do princípio do *non bis in idem* enfocada no presente artigo.

O que não está dito, expressamente, nem na Instrução CVM nº 461 e nem no Convênio, é o seguinte: em que medida a CVM pode aproveitar as penalidades impostas ou os termos de compromisso celebrados no âmbito dos autorreguladores alcançados pelas novas regras? Quais as potencialidades da Instrução e do Convênio em termos de maximização do princípio do *non bis in idem*? De que forma os termos de compromisso podem veicular valores ligados ao *non bis in idem* plasmados nas novas regras?

Para podermos avançar na questão, gostaríamos de relembrar alguns conceitos básicos, explorados fundamentalmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), acerca da proporcionalidade e seus desdobramentos, de modo que fique claro um ponto decisivo: não é necessário que a contrapartida ao desvio de conduta seja idêntica para o aproveitamento das respectivas medidas numa ou noutra instância. O agente pode, por exemplo, vir a ser adequada e rapidamente penalizado por uma instituição autorreguladora, mediante decisão com um importante e visível efeito paradigmático junto ao mercado mobiliário, e, em sede de termo de compromisso, após toda a análise discricionária cabível no âmbito da CVM, lograr obter um ajuste que afaste a possibilidade de aplicação de penalidade adicional pela Autarquia, em vista do postulado da proporcionalidade **7** e de um entendimento institucional, no caso concreto, de que até os efeitos de qualquer possível nova sanção já teriam sido plenamente atingidos pela tempestiva e efetiva atuação autorregulatória.

O postulado da proporcionalidade, na Constituição Federal, tem sido extraído do art. 5º, inciso LIV, o qual preconiza o Devido Processo Jurídico Substancial. No campo infraconstitucional, tal norma se encontra disposta no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que dá densidade ao dispositivo constitucional e trata do processo administrativo federal. O desenvolvimento desse princípio, que se encontra relacionado também ao princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), vem ganhando corpo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aplicável ao campo do Direito Administrativo Sancionador e também em matéria de medidas restritivas de direitos individuais. **8**

Ora, é nesse contexto que os autorreguladores obrigatórios (como as Bolsas de Valores, que têm status de autorreguladoras e órgãos auxiliares da regulação estatal por força do disposto no art. 17, parágrafo único, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 **9**) ou voluntários (como a ANBID, reconhecida como instituição autorreguladora inclusive no âmbito da *International Organization of Securities Commissions - IOSCO*), nas suas esferas regulatórias, podem e devem aplicar penalidades e celebrar termos de compromisso, inibindo práticas contrárias ao mercado de valores mobiliários.

Estimular uma adequada imposição de penalidades e a celebração de termos de compromisso por órgãos autorreguladores do mercado de capitais que, embora privados, desempenham papéis de relevante interesse para o Estado brasileiro, no corpo de processos disciplinares internos nos quais seja caracterizada a existência de desvios de conduta, certamente é algo que integra os objetivos institucionais da CVM e pode ser

alcançado por meio de uma inteligente utilização da sistemática de aproveitamento da atuação autorregulatória objeto do presente artigo.

Nota-se, com facilidade, como o modelo institucional aqui enfocado pode contribuir para o fortalecimento dos mecanismos regulatórios que acarretam descongestionamento das pautas dos órgãos externos de controle, permitindo-lhes focos mais concentrados e seletivos de atuação e, em última análise, maior eficiência.

E em relação especificamente aos termos de compromisso (no caso da CVM, o instituto está previsto no art. 11, § 5º, da Lei nº 6.385/76 **10**), trata-se de um instrumento viabilizador de espaços discricionários abertos aos acordos entre as partes envolvidas. Nesse campo, há legítimos movimentos de negociação, em que as partes manejam cenários e horizontes, com suas perspectivas. É em tal quadro axiológico e normativo que os agentes da CVM podem levar em consideração as penalidades impostas e os termos de compromisso firmados com os agentes econômicos no âmbito dos autorreguladores do mercado de capitais, no bojo de uma negociação, à luz do postulado ou princípio da proporcionalidade, para fins de se chegar, em cada caso, a um ajustamento de conduta plenamente satisfatório para o interesse público presente.

* *Procurador-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto à CVM, ex-advogado da Bolsa do Rio e Professor de Direito Societário e do mercado de capitais*
11

** *Advogado e Professor colaborador nos Cursos de Pós-Graduação da UFRGS, Presidente do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado - IIEDE, Mestre em Direito Público pela UFRGS e Doutor em Direito Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid. Ex-Membro do Ministério Público do RS.*

Este artigo reflete as opiniões dos autores, e não do Espaço Jurídico BM&FBovespa. O site não se responsabiliza e nem pode ser responsabilizado pelas informações acima ou por prejuízos de qualquer natureza em decorrência do uso destas informações.

1 Vale consultar GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1997; HEERS, M. Le principe *non bis in idem* devant le juge administratif français. L'application en droit interne d'une garantie procédurale consacrée par les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme. In **Revue trimestrielle des droits de l'homme**, vol. 7, nº 25, p. 35-44, 1996; MESEGUER-YEBRA, Joaquín. **El principio non bis in idem en el procedimiento administrativo sancionador**. Barcelona: Bosch, 2000; NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 2. ed. ampl. Madrid: Tecnos, 1994; POELS, Alexander. A need for transnational non bis in idem protection in international human rights law. In **Netherlands quarterly of human rights**, vol. 23, nº 3 (Sept. 2005), p. 329-347.

2 Ver: MEDINA OSÓRIO, Fábio. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

3 NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4. ed. reformada. Madrid: Tecnos, 2006.

4 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** (...)” (sem destaque o original).

5 “Art. 49. A violação das normas cuja fiscalização incumba ao Departamento de Auto-Regulação sujeita seus infratores às penalidades previstas em regulamento.

(...) §4º O investigado pode requerer que a penalidade que lhe tenha sido imposta, ou a prestação que tenha sido acordada em termo de compromisso celebrado no âmbito da auto-regulação, seja submetida à CVM como base para a celebração de termo de compromisso.

§5º No julgamento das infrações das normas legais sob sua competência, a CVM poderá reduzir, das penalidades que venha a aplicar, aquelas que tenham sido impostas no âmbito da auto-regulação.

§6º Em processos administrativos perante a CVM que tenham por objeto os mesmos fatos já apurados no âmbito da auto-regulação, a pena máxima prevista no art. 11, §1º, da Lei 6.385, de 1976, deve ser calculada somando-se a pena imposta pela auto-regulação e aquela aplicada pela CVM, quando forem da mesma natureza.”

6 Disponível no endereço eletrônico <<http://www.cvm.gov.br/>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

7 Tal qual desenhado no cenário constitucional pátrio pela jurisprudência do STF, que, como se sabe, é um Tribunal construtor de normas.

8 Sobre o princípio da proporcionalidade nas sanções administrativas, ver: STF, RMS 24901, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2004, DJ 11-02-2005; STF, ADI 173, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009; STJ, RMS 28.487/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009; MS 8477/DF, relator Ministro PAULO GALLOTTI, 3ª SEÇÃO, julgado em 11/02/2009, DJe 20/02/2009; STJ, REsp 626.204/RS, relatora Ministra DENISE ARRUDA, 1ª TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 06/09/2007. Vale lembrar que o STF considera que o arquivamento do processo administrativo justifica o trancamento da ação penal nos crimes contra o Sistema Financeiro, o que não deixa de ser uma forma de estender, pela via da proporcionalidade, a aplicabilidade de uma medida imposta numa instância ao campo de outra instância. Vale conferir: STF – HC 83674 / SP – SÃO PAULO – Relator(a) : Min. CARLOS VELLOSO – Julgamento: 16/03/2004 – Órgão Julgador: Segunda Turma; STF – HC 81324 / SP – SÃO PAULO – Relator(a): Min. NELSON JOBIM – Julgamento: 12/03/2002 – Órgão Julgador: Segunda Turma. Também no STJ o princípio da independência entre as instâncias vem sendo relativizado: STJ, EDAPN – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL Nº 345/AP, Relator(a) Min. GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, data da decisão 16/05/2007, DJ 03/09/2007. O certo é que, independentemente da adesão às teses expostas e agasalhadas pelos Tribunais Superiores, os órgãos reguladores devem adotar, cada vez mais, uma postura altamente pragmática no sentido de evitar processos punitivos imprudentes ou descomprometidos com resultados. De outro lado, resulta imperiosa a busca de uma visão interinstitucional integrada e harmônica entre os diversos órgãos reguladores e autorreguladores na tutela dos interesses difusos em jogo, porquanto as decisões nas distintas instâncias indubitavelmente surtem efeitos umas nas outras.

9 “Art. 17. (...) § 1º Às Bolsas de Valores, às Bolsas de Mercadorias e Futuros, às entidades do mercado de balcão organizado e às entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários incumbe, como órgãos auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários, fiscalizar os respectivos membros e as operações com valores mobiliários nelas realizadas.”

10 “Art. 11. (...) § 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se 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.”

11 O presente artigo reflete a opinião dos seus autores e não vincula a Comissão de Valores Mobiliários - CVM ou a Advocacia-Geral da União.