

**FERNANDO CELSO GOMES DE SOUZA**

**TUTELA PENAL DA ECONOMIA E ILÍCITOS  
ADMINISTRATIVOS:**

**Uma análise da sanção sob a ótica da duplicidade de instâncias  
jurisdicionais**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientadora: Professora Sandra Márcia  
Nascimento.

**BRASÍLIA**

**Outubro de 2010**

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
<b>1 A TUTELA PENAL DA ECONOMIA E OS ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>4</b>
<b>1.1 Sonegação de cobertura cambial e evasão de divisas – situação fática .....</b>	<b>4</b>
<b>1.2 Considerações sobre a tutela penal da economia .....</b>	<b>9</b>
<i>1.2.1 Normas em branco e sua compreensão pelo homem médio.....</i>	<i>9</i>
<i>1.2.2 O contexto político-econômico da Lei nº 7.492, de 1986.....</i>	<i>13</i>
<b>1.3 As instâncias jurisdicionais e o duplo critério de justiça .....</b>	<b>18</b>
<b>2 A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA E OS PRINCÍPIOS SANCIONADORES</b>	
<b>PENAIIS E ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>24</b>
<b>2.1 Ordem econômico-financeira .....</b>	<b>24</b>
<b>2.2 Um confronto entre as tutelas penal e administrativa.....</b>	<b>26</b>
<b>2.3 Jurisdição única.....</b>	<b>39</b>
<b>2.4 Controle de legalidade .....</b>	<b>41</b>
<b>2.5 Coisa julgada.....</b>	<b>46</b>
<b>2.6 Reexame de mérito .....</b>	<b>47</b>
<b>3 SANÇÃO ADMINISTRATIVA E PENAL– NATUREZA E DISTINÇÕES .....</b>	<b>52</b>
<b>3.1 Sanção como gênero.....</b>	<b>52</b>
<b>3.2 Sanção administrativa.....</b>	<b>53</b>
<i>3.2.1 Do elemento subjetivo da sanção administrativa.....</i>	<i>53</i>
<i>3.2.2 Do elemento objetivo da sanção administrativa .....</i>	<i>54</i>
<i>3.2.3 Do elemento teleológico da sanção administrativa .....</i>	<i>55</i>
<i>3.2.4 Conceito de sanção administrativa .....</i>	<i>56</i>
<b>3.3 Medidas de sfavoráveis ao administrado, não configuradoras de sanção</b>	
<b>administrativa .....</b>	<b>56</b>
<b>3.4 Uma tentativa de distinção entre sanções administrativas e penais.....</b>	<b>58</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>66</b>
<b>ANEXO I.....</b>	<b>69</b>
<b>ANEXO II.....</b>	<b>75</b>

## **Dedicatória**

A meus pais, que há muito se foram, mas não saem do meu presente.

A Ana Lúcia, minha esposa, por quem me apaixonei há 34 anos, e, se há algo que não consigo negar, é que assim permaneço.

A meus filhos: Rafael, médico-veterinário, e Fernanda, psicóloga, pelas pessoas íntegras e profissionais competentes que são e de quem me orgulho profundamente.

## Agradecimentos

A Ele, pois que sem, só o Nada.

Aos meus irmãos: Antonio Carlos, Júlio Cesar, *in memoriam*, e Mário Cláudio, pelos momentos lúdicos e aprendizado contínuo.

A Izaura, minha sogra e quase-mãe.

A Sérgio Luiz Fragale, irmão por opção há mais de 33 anos, por tudo o que fez, mesmo sem saber, e pelo o que continua fazendo.

A Giovanna, Bárbara e Marina, filhas de Sérgio, e minhas por consequência do coração, pelo bálsamo que suas existências significam.

A Ricardo Liáo, que não me conhecia, mas me carregou no colo quando mais precisei.

A Tereza Cristina Grossi Togni, que mesmo em circunstâncias adversas, me acolheu, e, sem pressa, permitiu nascer o sol da verdade.

A Magaly Silva Melendez, Paulo Roberto Gonçalves, Antonio Marcos Fonte Guimarães, Maria Quevedo, Maria José da Cunha Martins, Maurílio Gomes de Oliveira, Anuar Kalil, João Carlos Kyth, Antonio José Lávio Teixeira, Marco Aurélio de Melo Vieira, e tantos outros que, ao longo dos anos dedicados ao Banco Central do Brasil, contribuíram para a minha formação ético-profissional.

A Antonio Gustavo Rodrigues, Antonio Carlos Ferreira de Sousa, Joaquim da Cunha Neto e César Almeida de Meneses Silva, porque contribuem, dia após dia, para que me aperfeiçoe como pessoa e como servidor público.

A Professora Sandra Márcia Nascimento, pelas valiosas orientações, estímulo e muita, muita paciência.

## **Resumo**

O presente trabalho examina a natureza da tutela penal da economia em contraponto com o Direito Administrativo Sancionador, e as consequências da tipificação do mesmo fato como ilícito administrativo e ilícito penal. Avalia se dessa dupla tipificação resultam decisões administrativas e judiciais dessintonizadas, seja em razão da ótica preventiva própria do direito administrativo e da prevalência do resultado danoso no campo penal, seja em face de visões mais ou menos severas sobre a ofensa ao bem jurídico tutelado. Discute se estamos diante de uma questão jurídico-dogmática ou de gestão do sistema punitivo composto pelos subsistemas administrativo sancionador e penal. Examina aspectos da ordem econômico-financeira e os princípios sancionadores administrativos e penais a ela aplicáveis, com vistas a evidenciar suas congruências e distinções. Por fim, trata da natureza da sanção administrativa, e de suas distinções, enquanto pena, daquela que melhor se mostra como medida desfavorável ao administrado, bem como, e principalmente, da sanção penal.

Palavras-chave:

Direito Administrativo. Ordem Econômica. Ilícito Administrativo e Penal. Dupla jurisdição. Sanção.

## INTRODUÇÃO

A evolução social, econômica e tecnológica fez surgir ramos especializados do direito, como o ambiental, o do consumidor, o econômico ou antitruste e outros abrangidos pelo o que se convencionou chamar de direitos difusos, isto é, direitos amplos, transindividuais, indivisíveis e de sujeitos indeterminados, em especial aqueles albergados sob o manto da ordem econômico-financeira, tutelados tanto no âmbito do direito administrativo, pela intervenção no domínio econômico, quanto pelo direito penal especializado, do que são exemplos a Lei nº 7.492, de 1986 (define os crimes contra o sistema financeiro nacional), e a Lei nº 8.137, de 1990 (define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

O caráter fragmentário do direito penal, e sua força principiológica, indicam que nem todas as ilicitudes representariam infrações penais, conquanto todas estas denotem alguma ilicitude. De outra banda, embora toda sanção penal reflita uma pena, dado o seu caráter aflagante e os efeitos da condenação previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal, estes se declarados na sentença, nem toda penalidade constitui uma sanção penal, nem sequer administrativa, a exemplo daquelas aplicadas nos âmbitos dos condomínios, da família ou dos cultos religiosos. Reserva-se ao direito penal, dada a sua fragmentariedade e subsidiariedade, reprová-las as infrações a bens jurídicos valorados pela sociedade, em especial aqueles que, por transcenderem a individualidade da vítima, assumem o caráter de ilícitos anti-sociais a espalhar seus efeitos por todo o corpo social.

Por seu turno, as sanções administrativas parecem se dividir em dois grupos:

i) as que se mostram como medidas desfavoráveis ao administrado, a exemplo das

preventivas, como a fiscalização, as ordens, notificações, autorizações, etc., com vistas a adequar os comportamentos individuais à lei; as repressivas, como a apreensão de gêneros alimentícios deteriorados; e as reparatórias, destinadas a recompor a parte da ordem e da legalidade administrativa atingida, mediante a correção da irregularidade; e ii) as que constituem reprovação, e, portanto, medida punitiva, aplicada, com alcance geral, àqueles que deixarem de cumprir um dever normativamente imposto ou como consequência de conduta tipificada como ilícita em norma proibitiva.

Tem-se como certo que o legislador possui discricionariedade para tipificar determinado fato como ilícito administrativo ou penal ou, mesmo, transpor determinados ilícitos de um para outro desses âmbitos, observadas, sempre, as imposições constitucionais de criminalização destinadas à proteção de bens jurídicos específicos.

Ocorre que, não raro, o mesmo fato é tipificado em leis como ilícito administrativo e ilícito penal, com variações estritamente semânticas ou, quando não, com a utilização de conceitos indeterminados a serem substanciados por interpretação ou por normas infralegais. Por outro lado, as decisões administrativas e penais, em regra, mostram-se dessintonizadas, seja em razão da ótica preventiva no campo administrativo e da ótica do resultado no campo penal, seja em face de visões mais ou menos severas sobre a ofensa ao bem jurídico.

Pretende-se, nesta monografia, traçar ao menos as primeiras linhas para posterior aprofundamento do tema, o qual talvez mais se apresente como uma questão de gestão do sistema punitivo do que uma questão jurídico-dogmática.

Com esse desiderato, apresenta-se, no capítulo 1, um caso fático de crime contra o sistema financeiro, também tipificado como ilícito administrativo, e sua

consequência, seguindo-se algumas considerações sobre a tutela penal da economia abrangendo as normas penais em branco e o contexto político econômico em que se deu a promulgação da Lei nº 7.492, de 1986, e encerrando com uma percepção do que seria um duplo critério de justiça.

No capítulo 2 adentra-se em considerações sobre a ordem econômico-financeira e os princípios sancionadores penais e administrativos, abrangendo breve discussão sobre as tutelas penal e administrativa, a jurisdição única e o contencioso administrativo, o controle de legalidade, a coisa julgada e o reexame de mérito, entendido o mérito não como o binômio conveniência e oportunidade, mas como o conteúdo da decisão administrativa submetida ao crivo judicial.

No capítulo 3 pretende-se assentar as distinções entre as sanções administrativa e penal para, ao fim e ao cabo, na conclusão, avaliar se o problema realmente existe, se o *status quo* deve ser mantido ou se é possível deixar indicada alguma idéia, a ser objeto de futuro aprimoramento.



# 1 A TUTELA PENAL DA ECONOMIA E OS ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS

Quando os homens se reuniram em sociedade, foi apenas para se sujeitarem aos mínimos males possíveis; e não há país que possa negar esse princípio incontestável.

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (1738-1794)

## 1.1 Sonegação de cobertura cambial e evasão de divisas – situação fática

Conforme o ACÓRDÃO/CRSFN nº 8304/08<sup>1</sup>, do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, o Banco Central do Brasil, em 22.10.2002, intimou pessoa natural a apresentar defesa no processo administrativo BCB 0201171970, em face da efetivação de exportações ocorridas em 31.10.1996 e em 14.8.1997, no total de US\$ 49.100,00, sem a correspondente cobertura cambial, o que caracterizava infringência ao artigo 3º do Decreto nº 23.258, de 19.10.1933, sujeitando os responsáveis às sanções previstas no artigo 6º do mesmo diploma legal.

À época dos fatos, o artigo 3º do Decreto nº 23.258, de 19.10.1933, assim dispunha: “São passíveis de penalidades as sonegações de coberturas nos valores de exportação, bem como o aumento de preço de mercadorias importadas, para obtenção de coberturas indevidas”. Tal Decreto, ainda vigente, possui força de lei por ter sido editado com base no Decreto nº 19.398, de 11.11.1930, o qual instituiu o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e cujo artigo 1º dizia:

“O governo provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder

---

1 CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. Recurso Voluntário nº 4741. Relator: Raul Jorge de Pinho Curro. Brasília, DF, 27 fev. 2008. Ata publicada no DOU de 7.4.2008, seção I, pp. 13-14.

Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta a reorganização constitucional do país”.

Desse modo, os exportadores eram obrigados a carrear para o Estado, via contratos de câmbio celebrados com a rede bancária, em prazo determinado em regulamento do Banco Central do Brasil, a totalidade do valor em moeda estrangeira auferido com as exportações, recebendo dos bancos o valor correspondente em reais, a uma taxa de câmbio administrada pelo Estado.

Ocorre que a Lei nº 7.492, de 16.6.1986, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, em seu artigo 22, houvera tipificado o crime de evasão de divisas. Por seu turno, a Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001, artigo 9º, obriga o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários a comunicarem, ao Ministério Público, a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes.

Portanto, o fato (sonegação de cobertura cambial) foi comunicado pelo Banco Central do Brasil ao Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul, por configurar, em tese, indício da prática do delito previsto na parte final do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.492, de 1986, isto é: manter depósito no exterior não declarado à repartição federal competente. A repartição competente, no caso, é o Banco Central do Brasil, consoante o artigo 1º do Decreto-Lei nº 1.060, de 21.10.1969, verbis:

"Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil, os bens e valores que possuírem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição".

No âmbito administrativo, o Banco Central do Brasil aplicou a pena de multa pecuniária equivalente, em reais, a US\$ 2.455,00, correspondente a 5% (cinco por

cento) do valor das exportações, a qual foi mantida, por maioria, pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, conforme o referido ACÓRDÃO/CRSFN nº 8304/08.

Em consequência da comunicação feita pelo Banco Central do Brasil ao Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul, foi instaurado o competente inquérito, tendo o *Parquet* promovido pelo arquivamento por entender faltar elementos de convicção suficientes à persecução penal, conforme consta na decisão judicial prolatada em 17.8.2005<sup>2</sup>.

O MM. Juiz Federal Substituto, ao transcrever decisão adotada pelo MM. Juiz Titular em outro inquérito, sobre o mesmo tema, carrou desta manifestações antagônicas, então colacionadas pelo titular, conforme indicado a seguir:

Pela tipicidade:

"A evasão não pressupõe, necessariamente, a saída física do numerário, consistindo, de fato, no prejuízo às reservas cambiais brasileiras, independentemente de estar entrando ou saindo o dinheiro do País (STJ, RHC 9.281/PR, Gilson Dipp, 5ª. T, un., 13.9.00)."

"[...] a equiparação da conduta, de evasão de divisas à conduta de não fechamento, no prazo legal, de contrato de câmbio, com o que deixaram de entrar divisas no país (HC 97.03.062818-4/SP, Sylvia Steiner, 2ª. T., m., 15.6.99)"

"A tipicidade dos fatos é evidente, na medida em que se enquadram no tipo penal descrito pelo artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, vez que as receitas decorrentes das operações de exportação não ingressaram no Brasil, na forma prevista na resolução nº 667/80 do Banco Central do Brasil [sic]<sup>3</sup>, permanecendo com empresa estrangeira situada em Grand Cayman. A conduta delituosa que o tipo penal visa coibir é não só a saída da moeda do território brasileiro, como também o deixar de entrar a mesma no território nacional (TRF 3ª. R., HC 97.03.066544-6/97, Marisa Santos, 2ª. T., un., 26.5.00)"

Pela atipicidade:

"A norma penal, sobretudo a incriminadora, deve ser interpretada restritivamente, sendo vedado o uso da analogia. O fato praticado pelos recorridos, consistente em operações de exportação de mercadorias sem a

---

2 Inquérito nº 2003.71.00.042456-5/RS; 1ª Vara Federal Criminal e Juizado Especial Federal de Porto Alegre.

3 As resoluções são do Conselho Monetário Nacional. O Banco Central do Brasil apenas as torna públicas, conforme o artigo 6º, § 5º, da Lei nº 4.595, de 1964, com a redação dada pela Lei nº 9.069, de 1995.

comprovação dos contratos de câmbio pertinentes, em que pese ser tão ou mais danosa à economia e à operação nacional, na medida em que saíram mercadorias do País, e não ingressaram, pelo menos ao que se presume, as respectivas divisas, é penalmente impunível, por não se enquadrar no tipo penal contido no parágrafo único do artigo 22 da lei nº 7.492/86, que trata da evasão de divisas. (RSE 2001.04.01.011338-5/PR, José Luiz B. Germano da Silva, 7ª T., un., DJ 12.9.01)"

"O art. 22 da lei nº 7.492 é um crime de intenção porque contém o elemento subjetivo do tipo, que se realiza por meio do ato de efetuar a operação de câmbio não autorizada a fim de promover evasão de divisas do país. Trata-se de um crime comissivo, que não prevê forma omissiva. Quanto à forma equiparada, prevista no parágrafo único do referido artigo, tipifica a retirada da divisa para fora do país. Promover a saída de moeda ou divisa para o exterior. Impedir que a moeda entre no território nacional não é conduta típica, poderia ser equiparada, mas isso por meio de um raciocínio de interpretação extensiva ou analógica do tipo penal, o que é vedado *in malam partem*. (RSE 2002.04.01.012440-5/SC, Fábio Rosa, 7ª. T., un., 26.11.02)."

"Com efeito, somente por interpretação extensiva do tipo penal em exame poderia se chegar ao resultado típico pretendido pelo *parquet*, já que a descrição objetiva do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 somente prevê a saída de divisas do país. Decorre daí, que o simples ingresso de valores no território nacional não se enquadra nas hipóteses de crime contra o sistema financeiro nacional. Se é assim, muito menos se pode cogitar como típico o fato de ter havido 'omissão na entrada de divisas' (...). (RSE 2003.71.00.042201-5/RS, Paulo Afonso Brum Vaz, 8ª T., un., DJ 30.3.05)"

Por fim, concluiu o MM. Juiz Federal Substituto:

"A conduta descrita, consoante entendimento acima exposto, não configuraria crime de evasão de divisas. Admite-se que há fraude cambial como infração administrativa, mas sem preencher os requisitos da tipificação penal. Por outro lado, poderá configurar o crime do parágrafo único do art. 22, parte final, da manutenção de valores no exterior, **mas para isso será necessário determinar o local, a instituição financeira e os valores mantidos nas contas**, dados estes que não se encontram nos autos". [grifo nosso] [!]

"ANTE O EXPOSTO, diante da atipicidade do fato quanto ao delito de evasão de divisas, e ante a ausência de informações acerca do delito tipificado no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, acolho o pleito formulado pelo *parquet*, e DETERMINO O ARQUIVAMENTO dos presentes autos, com a ressalva prevista no art. 18 do CPP".

Com a devida vênia, o magistrado não fundamentou a afirmação de ser necessário determinar o local, a instituição financeira e os valores mantidos nas contas, de modo a caracterizar a manutenção de depósitos no exterior não declarados à autoridade federal competente. O texto legal não faz qualquer alusão a isso. Ao contrário, o entendimento

que se mostraria coerente seria o de considerar exterior o que é fora do Brasil, esteja o valor mantido em depósito em alguma conta em instituição financeira ou guardado em cofre residencial.

A Lei nº 11.371, de 28.11.2006 (conversão da Medida Provisória nº 315, de 3.8.2006), alterou o regime cambial brasileiro ao autorizar os exportadores a manterem, no exterior, os valores em moeda estrangeira recebidos por suas exportações; deu nova redação ao artigo 3º do Decreto nº 23.258, de 1933, e atribuiu à Secretaria da Receita Federal do Brasil o controle e o acompanhamento dos valores assim existentes no exterior, transpondo para o ambiente fiscal o controle que antes era executado no ambiente cambial pelo Banco Central do Brasil. Veja-se:

"Art. 1º Os recursos em moeda estrangeira relativos aos recebimentos de exportações brasileiras de mercadorias e de serviços para o exterior, realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, poderão ser mantidos em instituição financeira no exterior, observados os limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional. "

[...]

"Art. 11. O art. 3º do Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 3º É passível de penalidade o aumento de preço de mercadorias importadas para obtenção de coberturas indevidas."

"Art. 12. [...]"

"§ 2º Sujeitam-se às penalidades do art. 6º do Decreto nº 23.258, de 1933, as sonegações de cobertura nos valores de exportação ocorridas até 3 de agosto de 2006."

Como se vê, a sonegação de cobertura cambial nas exportações foi eliminada do cenário normativo-administrativo pela Lei nº 11.371, de 2006. Contudo, os processos administrativos punitivos instaurados em face de sonegações de cobertura cambial, ocorridas até 3.8.2006, tiveram seu curso normal por força do artigo 12, § 2º, da originária Medida Provisória nº 315, resultando na aplicação de penalidades a exportadores, conforme ocorreu na situação fática descrita, cujo acórdão que manteve a penalidade aplicada pelo

Banco Central do Brasil foi publicado no Diário Oficial da União de 7.4.2008, quase dois anos depois da referida Lei.

## 1.2 Considerações sobre a tutela penal da economia

Neste item serão traçadas algumas considerações sobre a criminalização de ilícitos antes restritos ao âmbito administrativo e ao contexto político-econômico em que se deu a edição da Lei nº 7.492, de 1986, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional.

### 1.2.1 Normas em branco e sua compreensão pelo homem médio

Indicativamente, compare-se a Lei nº 4.131, de 1962, artigo 23, §§ 2º e 3º, com a redação dada pelo artigo 72 da Lei nº 9.069, de 1995, com o artigo 21 da Lei nº 7.492, de 1986, a qual tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional:

"Art. 23 [...]"

"§ 2º Constitui infração imputável ao estabelecimento bancário, ao corretor e ao cliente, [...], a **declaração de falsa identidade** no formulário que, em número de vias e segundo o modelo determinado pelo Banco Central do Brasil, será exigido em cada operação [...]" [grifo nosso]

"§ 3º. Constitui infração, de responsabilidade exclusiva do cliente, [...], a **declaração de informações falsas** no formulário a que se refere o § 2º." [grifo nosso]

"Art. 21 Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, **falsa identidade**, para realização de operação de câmbio:" [grifo nosso]

"Pena - Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. "

"Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, sonega informação que devia prestar ou **presta informação falsa.**" [grifo nosso]

A redação original dos parágrafos 2º e 3º da Lei nº 4.131, de 1962, previa penas de multa correspondentes ao triplo e a cem por cento (não até) do valor da operação, respectivamente, e essa evidente exacerbação somente foi corrigida 33 anos depois, em 1995, pela Lei nº 9.069 (multas de 50% a 300% e de 5% a 100%, respectivamente). As normas administrativas que tratam de ilícitos cambiais e financeiros são quinquenárias, algumas das

décadas de vinte e trinta do século passado, e contêm dispositivos punitivos em branco, deixando ao arbítrio da autoridade administrativa a sua interpretação.

Não é simples a distinção entre declarar falsa identidade em formulário de operação de câmbio e atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para realizar esse tipo de operação. Na mesma linha, também não é fácil distinguir prestar informação falsa em formulário de operação de câmbio de prestar informação falsa ao banco para realizar tal operação, a depender do grau de pormenorização exigido em regulamento cuja compreensão, pelo homem médio, demanda significativo esforço. Vejamos um exemplo.

O cliente presta ao banco a informação de que deseja adquirir dólares para viajar ao exterior com vistas a tratar de sua saúde. Na década de oitenta do século passado, o regulamento vinculava a finalidade da viagem ao *quantum* em dólares que cada pessoa podia adquirir e, para alguns fins, como tratamento de saúde, por exemplo, estabelecia a documentação a ser apresentada ao banco (laudo médico, atestado da autoridade competente sobre a inexistência de tratamento no Brasil, etc.) e exigia a assinatura de termo de compromisso segundo o qual o viajante se obrigava a comprovar os gastos no exterior quando do seu retorno ao Brasil.

Considere-se que essa pessoa, já no exterior, tenha desistido do tratamento ao reavaliar os seus efeitos colaterais e as privações a que teria que se submeter, preferindo gastar os dólares em sua última oportunidade de conhecer o mundo prazerosamente. Assim fazendo, ao retornar para o Brasil não tinha como comprovar os gastos com o tratamento de saúde. Teria essa pessoa declarado falsa informação no formulário da operação de câmbio? Teria ela prestado informação falsa ao banco, para realizar a operação de câmbio?

O crime de falsidade ideológica está tipificado no artigo 299 do Código Penal, com pena de reclusão de um a cinco anos e multa, se o documento é público e de um a três anos e multa, se o documento é particular. Tem por finalidade prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, e por objeto jurídico a fé pública, especialmente a genuinidade ou a veracidade do documento. Já para a Lei nº 7.492, de 1986, a finalidade é a realização de operação de câmbio, e configura crime contra o sistema financeiro nacional, punível com detenção de um a quatro anos e multa.

O delito do artigo 299 do CP tem por objeto jurídico a fé pública e por sujeito passivo o Estado, primeiramente, e a pessoa prejudicada pela falsidade, secundariamente. Naquele de que trata o artigo 21, parágrafo único, da Lei nº 7.492, de 1986, o objeto jurídico é o bom funcionamento do sistema financeiro nacional, visto como uma espécie do bem jurídico mais geral ordem econômica, a qual se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais ou, em outras palavras, a boa execução da política econômica do Estado, e, como sujeito passivo, a sociedade.

Seria de se indagar: a prestação de informação falsa para a realização de operação de câmbio afronta de modo juridicamente relevante o bom funcionamento do sistema financeiro nacional ou a boa execução da política econômica do Estado, a ponto de ser tratada no âmbito do direito penal?

Câmbio significa troca. Operação de câmbio é troca de um valor em moeda estrangeira pelo contravalor em moeda nacional e, no Brasil, tem o tratamento de compra e venda fundado em contrato solene e assinado pelo banco e pelo cliente. Desse modo, não há



risco de crédito para o banco, eis que se trata de modificação patrimonial apenas qualitativa.<sup>4</sup> Nas operações em que há descasamento de prazo para a entrega ou o recebimento de uma das moedas, há procedimentos legais que asseguram ao banco a recuperação dos valores a receber, a exemplo do protesto do contrato de câmbio e ação judicial de cobrança, conforme o artigo 75 da Lei 4.728, de 14.7.1965, verbis:

"O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva."

"§ 1º Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora."

"§ 2º Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor."  
[...]

Portanto, sendo a informação prestada pelo cliente, para a realização da operação de câmbio, falsa ou verdadeira, o que interessa, em termos de possível prejuízo ao sistema financeiro é a falta da contraprestação, pelo cliente, de uma das moedas envolvidas, a estrangeira ou a nacional.

Demais disso, é de se ver que o sujeito ativo do crime tipificado no artigo 21 da Lei nº 7.492, de 1986, seja aquele previsto no *caput* (falsa identidade), seja no parágrafo único (informação falsa), seria o cliente do banco. Por seu turno, o artigo 25 da mesma lei elenca, taxativamente, as pessoas penalmente responsáveis pelos delitos nela tipificados, limitando-as ao controlador, aos administradores, ao interventor, ao liquidante e ao síndico das instituições financeiras. Veja-se:

---

<sup>4</sup> O formulário de operação de câmbio previsto na parte final do § 2º do artigo 23 da Lei 4.131, de 1962, tem natureza privada, embora o seu modelo e quantidade de vias sejam determinados pelo Banco Central do Brasil. Tal formulário caracteriza o atributo de solenidade do contrato de câmbio (contrato de compra e venda de moeda estrangeira) realizado entre o banco e o cliente e assinado por ambos, assentado nos elementos essenciais da compra e venda: o consentimento (acordo de vontades sobre o preço, o tipo e a quantidade da coisa); o preço (a taxa de câmbio) e a coisa (a moeda estrangeira).

"São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes."

"Parágrafo único. Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico."

Como se vê, o cliente do banco, embora sujeito ativo do delito, não é penalmente responsável segundo a própria lei.

Aliás, a Lei nº 9.080, de 19/07/1995, por seu artigo 1º, acrescentou um segundo parágrafo ao referido artigo 25 da Lei nº 7.492, sem, contudo, modificar as disposições do *caput* e do então parágrafo único, o que corrobora e reforça que o cliente do banco, embora sujeito ativo do delito, não é penalmente responsável:

"Ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo:"

"§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."

### *1.2.2 O contexto político-econômico da Lei nº 7.492, de 1986*

Conforme Cerqueira<sup>5</sup>, em razão do conflito árabe-israelense de 1973 o preço do petróleo aumentou em mais de trezentos por cento entre outubro de 1973 e janeiro de 1974 ("primeiro choque do petróleo"), condicionando o comportamento da economia internacional no período 1973/1978. Em 1979 a economia mundial sofreu nova fase de dificuldades em razão das incertezas quanto à oferta do produto, associadas à elevação brusca das taxas de juros internacionais.

Para combater os efeitos da crise, o governo brasileiro adotou política diferenciada em relação àquela manejada pela maioria dos países industrializados. Em vez de aplicar medidas econômicas recessivas, optou por mobilizar volumosos recursos para custear

---

<sup>5</sup> CERQUEIRA, Ceres Aires. Dívida externa brasileira. 2. ed. Brasília: Banco Central do Brasil, 2003, p. 19-25.

grandes investimentos nos setores de energia, transportes, siderurgia, bens de capital, petroquímica, papel e celulose etc. (o chamado "milagre econômico"). No entanto, ante a falta de poupança interna suficiente, o então governo recorreu à captação de recursos no mercado financeiro internacional, elevando a dívida externa brasileira. Os ingressos de recursos no país destinados a investimentos atingiram, no período de 1974 a 1982, cerca de US\$ 50 bilhões e as elevações dos preços do petróleo, no mesmo período, representaram um dispêndio de mais de US\$ 30 bilhões, totalizando US\$ 80 bilhões.

Vários foram os fatos que, conjugados, resultaram na chamada "crise do mercado financeiro internacional", dentre eles: a instabilidade política no Oriente Médio, a insolvência da Polônia, as dificuldades de grandes empresas alemãs, canadenses e americanas, a guerra "Falkland-Malvinas", a moratória do México, em agosto de 1982, e o insucesso da reunião do Fundo Monetário Internacional, em setembro do mesmo ano, em Toronto, em que se esperava a criação de um fundo de emergência de US\$ 25 bilhões e que não se concretizou.

Em setembro de 1982, o chamado "setembro negro", os ingressos de recursos externos no Brasil, cujo influxo mensal se mantinha na ordem de US\$ 1,5 bilhão, cessaram repentinamente. O mercado financeiro internacional retraiu-se subitamente para novas operações que permitiam a rolagem das dívidas na forma usualmente praticada, isto é, dinheiro novo para pagar dívida velha.

Apesar de o Brasil ter recebido recursos externos durante vários anos, em valores expressivos, essa situação se inverteu muito rapidamente, num prazo de dois a quatro anos, e, num momento de concentração de pagamentos, eis que as dívidas contraídas com o exterior eram de médio prazo e não estavam adequadamente escalonadas, o ingresso líquido de recursos passou a ser negativo, inviabilizando a continuidade e a normalidade dos

pagamentos ao exterior. No final de 1982 o "caixa" do País ficou negativo (déficit no Balanço de Pagamentos da ordem de US\$ 8,8 bilhões e reservas em ouro e moedas estrangeiras ao nível de US\$ 3,9 bilhões), situação que resultou no recurso ao Fundo Monetário Internacional em 22 de novembro daquele ano.

Em toda a década de oitenta (também chamada de "década perdida"), o Brasil não dispunha de tratamentos médicos mais especializados, como cirurgias cardíacas de grande complexidade, transplantes de medula óssea, de fígado, de rins, tratamentos contra o câncer etc. O país estava mergulhado em reservas de mercado, em especial na área de informática, e ineficiências de todos os tipos.

Em 1985 houve a transição do regime militar para o regime civil (Governo Sarney). Em 1986 iniciou-se a era dos planos econômicos heterodoxos, inaugurada com o chamado Plano Cruzado. Pouco tempo depois, em abril de 1987, o governo brasileiro decretou moratória na acepção exata da palavra, isto é, declarou o não pagamento da dívida externa, inclusive dos juros.

Ainda conforme Cerqueira:<sup>6</sup>

"Entre os eventos a se destacar durante o ano de 1987, podemos citar a suspensão das remessas ao exterior dos juros devidos sobre a dívida de médio e longo prazos e das obrigações decorrentes das linhas de crédito de curto prazo. Os problemas que levaram o país à moratória tiveram sua origem no Plano Cruzado, que prolongou o controle dos preços por tempo superior ao suportável. A demora em ajustar o Plano de Estabilização Econômica fez surgir primeiramente o ágio e depois o desabastecimento. Para tentar atender à demanda, o governo despendeu divisas em importações, com o que suas reservas chegaram a um nível crítico."

No período de 1985 a 1987 ocorreram as liquidações extrajudiciais de grandes bancos, como o Auxiliar de São Paulo, o do Comércio e Indústria de São Paulo – COMIND, o Sul Brasileiro, e de outros menores, como o Habitasul e o Maisonnave, causando

---

<sup>6</sup> CERQUEIRA, Ceres Aires. Dívida externa brasileira. 2. ed. Brasília: Banco Central do Brasil, 2003, p. 45.

incertezas no mercado financeiro e transtornos às empresas e cidadãos que neles mantinham depósitos e aplicações.

Em 1987 instalou-se a Assembléia Nacional Constituinte, com a consequente produção de mais incertezas ante a redefinição da ordem econômico-financeira, inclusive quanto à reformulação do banco central, conforme o artigo 192 da Constituição promulgada em outubro de 1988, até hoje não regulamentado.

Sob outro prisma, tem-se que, no ano de 1982, o Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal organizou, sobre o tema do Direito Penal Econômico, no Rio de Janeiro, nas datas de 20 a 23 de outubro, um Colóquio Internacional, Preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, que seria realizado no Cairo, Egito, em 1984.<sup>7</sup>

Em 6.8.1983 foi instituída Comissão destinada a elaborar o Anteprojeto de Nova Parte Especial do Código Penal, o qual continha um Título dedicado ao tratamento dos crimes contra a ordem econômica, financeira e tributária. No entanto, os trabalhos dessa Comissão foram paralisados e outra foi criada, por meio do Decreto nº 91.159, de 18.3.1985, a qual elaborou um Anteprojeto de Lei que dispunha sobre as instituições financeiras e definia os delitos financeiros.<sup>8</sup> Segundo o referido decreto:

"[...]"

"CONSIDERANDO que diversos fatos ocorridos nos mercados monetários e de capitais do País durante os últimos anos demonstram (a) a ineficácia do regime legal em vigor de definição e apuração da responsabilidade civil e criminal dos participantes desses mercados, especialmente dos controladores administradores e fiscais de instituições financeiras, e (b) a inadequação dos

---

7 VIEIRA, Vanderson Roberto. **Criminalidade econômica – considerações sobre a lei 7.492/86 (lei do colarinho branco), que define os crimes contra o sistema financeiro nacional**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3589](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3589)> Acesso em: 17 set. 2010.

8 idem, ibidem.

instrumentos legais de que dispõem as autoridades para administrar as situações de liquidez e insolvência de intermediários financeiros;"

"CONSIDERANDO que o aperfeiçoamento dessa legislação é indispensável para assegurar o funcionamento regular dos mercados financeiros e proteger os interesses dos agentes econômicos que aplicam seus recursos nesses mercados;"

"CONSIDERANDO a necessidade de proteger a poupança popular, [...]"

"Art. 1º Fica instituída Comissão para Elaboração de Projeto sobre Responsabilidade nos Mercados Financeiros encarregada de elaborar anteprojeto de lei, a ser submetida pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional dispondo sobre:[...]"

Contudo, ainda na fase de catalogação e avaliação dos aperfeiçoamentos sugeridos aos trabalhos da Comissão, sobreveio a sanção, com vetos, do Projeto de Lei nº 273/83, na Câmara dos Deputados, e nº 27/85, no Senado, resultando na Lei nº 7.492, de 16.6.1986. Na Mensagem nº 252, publicada no Diário Oficial da União de 18.6.1986, seção I, página 8.818, na qual as razões dos vetos parciais aplicados aos artigos 1º, 8º, 13, 16, 24, 25, *caput* e parágrafo único, 30 e 32, foram comunicadas ao Congresso Nacional, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República afirmava que, em breve, enviaria um novo Projeto aperfeiçoando a matéria. Veja-se:

"As críticas ao resultado dos trabalhos da Comissão de Juristas, feitas por quantos desejaram trazer-lhe aperfeiçoamentos, estão em fase final de catalogação e avaliação, para eventual incorporação ao anteprojeto, o qual, tão logo esteja em condições de ser apreciado pelo Congresso Nacional, encaminharei como projeto de lei à apreciação de Vossas Excelências."

[...]

"Sem embargo da providência acima referida, entendi dar sanção ao Projeto que o Congresso houve por bem aprovar. Ao sancioná-lo, resolvi, ouvidos os Ministérios da Justiça e Fazenda, vetar as disposições a seguir relacionadas por inconstitucionalidade e injuridicidade, por ser meu dever preservar o arcabouço do nosso estado de direito."

O mencionado novo projeto jamais foi enviado ao Congresso Nacional. Tratava-se, portanto, a Lei nº 7.492, por assim dizer, de uma "lei provisória", que se mantém até os dias atuais.

É nesse contexto que se deu a criminalização, pela Lei nº 7.492, de 1986, de ilícitos até então tipificados no âmbito administrativo, utilizando-se o direito penal como instrumento de tutela econômica. Esse fenômeno de criminalização parece ter sido consequência do encontro de uma valoração de interesses ocorrida numa dimensão tempo-espacial muito específica: a década de 80 no Brasil, guindando-os à condição de bens jurídicos, com uma ação administrativa restrita quanto à aplicação de sanções, com base em medidas de polícia sob uma visão de legalidade estrita.

### **1.3 As instâncias jurisdicionais e o duplo critério de justiça**

Em linha com o referido acima é necessário, para uma compreensão adequada da tutela penal e suas conseqüentes sanções, levar em conta o modelo sócio-econômico em que se desenvolve o sistema sancionador. Trata-se de saber por que e para que, em determinados momentos históricos, o Estado recorre à sanção penal como meio de defesa da sociedade, utilizando-se do direito penal como *prima ratio* e não como, classicamente, de *ultima ratio*.

Note-se, a respeito, o que já expusemos sobre o contexto em que se deu a edição da Lei nº 7.492, de 1986, e os motivos da criação, pelo Decreto nº 91.159, de 18.3.1985, de Comissão encarregada de elaborar projeto sobre responsabilidade nos mercados financeiros, em especial o contido nos "considerandos" desse Decreto: a ineficácia do regime legal vigente à época, para a definição e a apuração da responsabilidade civil e criminal dos controladores, administradores e fiscais de instituições financeiras; e a inadequação dos instrumentos legais de que dispunham as autoridades para administrar as situações de liquidez e insolvência de intermediários financeiros.

Segundo Bitencourt<sup>9</sup>, apesar de existirem outras formas de controle social, o Estado utiliza a pena para proteger determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica. Veja-se:

"[...], a *política de criminalização* [...] somente se justifica como *ultima ratio*, isto é, quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar tutela devida a bens relevantes na vida do cidadão e da própria coletividade. Embora a resposta estatal ao *fenômeno criminal* deva ocorrer nos limites e por meio do Direito Penal, que é o mais seguro, democrático e garantista instrumento de controle social formalizado, a *reação* ao delito não deve ser exclusividade do Direito Penal que somente deve ser utilizado, já o afirmamos, em última instância."

Em sentido oposto, Feldens<sup>10</sup> adota a linha de Winfried Hassemer sobre a problemática da delinquência ambiental, organizada, econômica e tributária, segundo a qual, diante de tais casos, o Direito Penal não deve funcionar com a *ultima*, mas como a *prima ratio*, com destaque para o seguinte trecho:

"O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas."

Prosseguindo, Feldens<sup>11</sup> recorre a Eduardo Novoa Monreal para amparar a rediscussão que propõe, no sentido de identificar se a normatização de determinados e novos valores tem se revelado sincronizada ao seu reconhecimento pelo meio social, e se essa positivação tem atendido a contento a tarefa protetiva de que está investido o Direito Penal. Assim, o autor destaca trecho da obra de Monreal, o qual vai aqui reduzido no que é essencial:

"[...]. O interesse que está na base de cada bem jurídico não é criado pelo direito, senão que é fruto de uma determinada forma de conceber a sociedade

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. Prefácio, p. 3-5. In: FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

10 FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 45.

11 idem, ibidem, p. 52-53.



e os indivíduos que a formam, a qual se reflete em um concreto regime de organização social, política e econômica, que se estabelece em um país em uma certa etapa de sua história. Mas *é o direito que capta e recolhe este interesse e que, elevando-o à categoria de bem jurídico, o coloca como base da ordem social que lhe cumpre proteger e sustentar.*"

A conduta criminosa poderá externar uma face predominantemente antiindividual, como o furto ou o estelionato, ou anti-social, como os delitos contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro, contra a administração pública, circunstância que se pode aquilatar a partir da natureza do bem jurídico atingido. De um modo ou de outro, a conduta delitiva pode revestir-se de anti-socialidade em qualquer das hipóteses.

Para Feldens<sup>12</sup>, além da proteção à vida e à incolumidade física e moral do homem, a atividade legislativa deveria atender às objetividades reconhecidamente fundamentais à manutenção do ser em sociedade, como titular de direitos e deveres individuais e sociais. Sob essa perspectiva, o autor visualiza um Direito Penal incriminador mais legítimo por estar conectado à realidade social que se lhe subjaz, e por priorizar, dentro de uma escala de valores, aqueles que se mostrem efetivamente essenciais à vida do homem em sua sociedade, quando, por exemplo, a economia e o dano privados cedem à higidez das ordens econômica e financeira, as quais são estruturadas no interesse da coletividade e têm por fim assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Parece não haver sincronia, lógica e temporal, entre o que a lei penal prevê como infração e o que ela, em coerência com a Constituição, deveria ou não prever, entendida a Carta como o instrumento político-normativo que constitui a própria sociedade. Advém daí a existência de superávits ou de déficits na estrutura normativa incriminadora.

---

12 FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 55-56.

Repetindo Monreal, como indicado acima, o interesse que está na base de cada bem jurídico não é criado pelo direito. É fruto de uma determinada forma de conceber a sociedade e os indivíduos que a formam, a qual se reflete em um regime de organização social, política e econômica, que se estabelece em um país em certa etapa de sua história. O direito capta esse interesse e o eleva à categoria de bem jurídico.

Ora, se de um lado temos que o direito reconhece interesses vitais, e, assim, os guinda à condição de bens juridicamente tutelados, tem-se, lado outro, que tais interesses são valorados como vitais pela sociedade. Significa dizer que sociedades aguda ou cronicamente anômicas podem caracterizar, como interesses vitais, fatos que não se coadunariam com essa condição ou que seriam apenas circunstancialmente graves em uma delimitada dimensão tempo-espacial, produzindo, também, superávits e déficits normativos.

Em outra de suas obras, Feldens<sup>13</sup>, ao reconhecer que ao lado do Direito Administrativo surgiu um novo Direito Penal que, em vez de orientar-se à tutela de interesses individuais, veio a reforçar a proteção a interesses difusos, afirma que o Direito Penal Econômico alimenta-se das sequelas das crises econômicas ocorridas em cada país, e lembra que os problemas relacionados à criminalização da "lavagem" de dinheiro, no Brasil, somente ganharam relevância depois da abertura da economia.

Ainda segundo o autor, a mudança se dá em relação à finalidade da intervenção penal, que passa a assumir uma característica instrumental, a serviço da política econômica *lato sensu*. Ao mesmo tempo em que a repressão penal de homicídios e furtos transcende interesses políticos do Estado e conjunturas específicas, a repressão penal de sonegações fiscais e de crimes contra o sistema financeiro pode fluir segundo os rumos da política econômica vigente em determinados momentos históricos. E finaliza dizendo:

---

13 FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006, p. 148-149.

"O problema é que, ao mesmo tempo em que se corre o risco de o Direito Penal ser utilizado como meio de reforço de concretas e precárias políticas de governo, a necessidade dessa forma de tutela penal parece inquestionável, pelo menos enquanto a solidez da economia não encontre mecanismos próprios de controlar o desvio."

A situação fática tratada no subtítulo 1.1, isto é, sonegação de cobertura cambial *versus* evasão de divisas ou manutenção de depósito no exterior não declarado à repartição federal competente, e o que foi descrito nos subtítulos seguintes sobre normas em branco e o contexto político-econômico em que se deu a edição da Lei nº 7.492, de 1986, parece conferir concretude a essa percepção.

Nos dias atuais, o Brasil, consoante amplamente noticiado na mídia, apresenta uma economia reconhecida internacionalmente como bem gerida nos fundamentos macroeconômicos, com inflação baixa e sob controle, moeda sã, reservas cambiais acima de US\$ 270 bilhões, valor superior ao endividamento externo, entrada significativa de investimentos estrangeiros para os setores produtivos, auto-suficiência na área petrolífera, sistema financeiro sólido, mercado consumidor interno fortalecido pelo aumento da renda da população, com a inserção de famílias antes dele alijadas, e ampla liberdade nos fluxos de capitais com o exterior.

No entanto, subsistem leis e regulamentos seculares que tutelam bens jurídicos nos âmbitos administrativo e penal simultaneamente. Tanto quanto o Direito Penal, a vertente sancionadora do Direito Administrativo deveria também assumir o caráter de instrumento de controle social formalizado, seguro, democrático e garantista.

Conforme Osório<sup>14</sup>, não é possível distinguir se uma sanção pertence ao Direito Penal ou ao Direito Administrativo, sob um prisma axiológico. Tal discussão estaria, hoje, pacificada no sentido de que inexistem distinções substancialmente válidas, universalmente exigíveis e constatáveis, malgrado o debate já tenha aventado a hipótese de que as normas administrativas sancionadoras seriam uma categoria do Direito Penal.

Ocorre que a aplicação do Direito Penal, em virtude de sua natureza democrática e garantista, é naturalmente ajustada à dimensão tempo-espacial, tornando impuníveis ou mesmo desnaturando a tipicidade penal de determinadas condutas ou fatos. Já na vertente sancionadora do Direito Administrativo tem prevalecido a subsunção dos atos administrativos sancionadores ao princípio da legalidade ao qual estão submetidos os agentes da Administração, mas aplicando-se o direito com base numa legalidade estrita, sem qualquer ajustamento dimensional.

Como visto na situação fática descrita no subtítulo 1.1, foi aplicada sanção administrativa consistente em multa pecuniária, ao passo em que o inquérito policial sequer deu origem à ação penal correspondente, por ter entendido o Ministério Público não haver elementos suficientes de convicção para a denúncia-crime, resultando no acolhimento, pelo Juiz, da promoção pelo arquivamento do procedimento. Tal dicotomia é o que caracteriza o que aqui chamamos de duplo critério de justiça e remete para a discussão a ser desenvolvida no capítulo seguinte.

---

14 OSÓRIO, Fábio Medina. **O Conceito de Sanção Administrativa no Direito Brasileiro**; in Moreira Neto, Diogo de F. (Coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-328.

## **2 A ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA E OS PRINCÍPIOS SANCIONADORES PENAIS E ADMINISTRATIVOS**

A ordem econômico-financeira tem sede constitucional nos artigos 165 e 170 da Carta Magna e é juridicamente tutelada tanto pelo Direito Administrativo, por meio da intervenção no domínio econômico, quanto pelo Direito Penal, por meio do chamado Direito Penal Econômico.

### **2.1 Ordem econômico -financeira**

O artigo 165 da Carta determina que leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (ordem financeira). Já o artigo 170 define a ordem econômica como aquela fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nery Junior<sup>15</sup> tece críticas à separação entre a ordem financeira e a ordem econômica promovida pela doutrina e pela prática pós 1988, como se fossem estanques uma em relação à outra. Segundo o autor, a ordem financeira teria a função de assegurar os recursos necessários para a implementação da ordem econômica, mas tem sido interpretada e aplicada como se fosse neutra, sob um enfoque meramente processual, o que acabaria por transformar a ordem econômica em norma simplesmente programática.

Nada obstante a crítica de Nery Junior, dirigida a uma implementação operacional do objetivo colimado, a ordem econômica, por sua principiologia constitucional, subordina-se à construção de um Estado Democrático de Direito e de uma sociedade justa, livre e solidária, instrumentando-se, para isso, pela intervenção no domínio econômico.

---

15 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 639, n. 2.

Segundo Gasparini<sup>16</sup>, o Estado, com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em determinada área de atividade econômica. No entanto, os atos e as medidas intervencionistas devem respeitar os princípios constitucionais que conformam a intervenção com o Estado Democrático de Direito, como o são a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa.

Ainda segundo o Mestre, para cada espécie interventiva tem-se um fundamento de natureza constitucional. O fundamento para a intervenção via exploração de atividade própria da iniciativa privada, mediante empresas estatais, é o artigo 173. A intervenção através do controle de preços está abrigada no artigo 170, inciso V (defesa do consumidor). A normalização do abastecimento está fundada na requisição prevista no artigo 5º, inciso XXV. A repressão ao abuso do poder econômico está no parágrafo 4º do artigo 173. A assunção de atividade monopolizada tem seu fundamento no artigo 177, enquanto a intervenção mediante fiscalização, incentivo e planejamento funda-se no artigo 174, todos da Lei Maior.

No entanto, consoante a lição de Nery Junior<sup>17</sup>, a intervenção no domínio econômico deve ser mínima, o que significa tomar medidas razoáveis e proporcionais, sempre no sentido de preservar o direito de propriedade, a livre iniciativa e a atividade econômica. Havendo mais de um caminho para que o Estado possa exercer sua atividade controladora e reguladora, deve, necessariamente, optar pela via menos gravosa para a atividade econômica.

---

16 GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 880-881.

17 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 640, n. 6.

Sob o prisma do Direito Penal, como instrumento de tutela da ordem econômica, Feldens<sup>18</sup> entende que se espera do Estado, em sua missão de operar na prossecução dos direitos fundamentais, uma distinta forma de atuação: em regra não-interventiva, quando em referência aos direitos individuais, tal como a liberdade, e comissiva, quando em questão os direitos sociais, tal como a segurança dos cidadãos. Assim, haveria um direito fundamental a uma tutela penal, a verificar-se em torno de um núcleo essencial de bens relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana, categoria político-normativa estruturante e informadora do Estado Democrático de Direito

Mais adiante, o autor afirma que o Direito Penal Econômico tem sido tratado, internacionalmente, como a área do Direito Penal que se aglutina em torno ao denominador comum da atividade econômica, de sorte que sua definição conceitual relaciona-se ao conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica.

## **2.2 Um confronto entre as tutelas penal e administrativa**

Como visto, a ordem econômica é tutelada tanto administrativamente, pela intervenção no domínio econômico, quanto penalmente, em razão de imposições constitucionais de criminalização.

A Constituição impõe ao legislador ordinário, expressamente, a criminalização de determinados fatos, a exemplo do artigo 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico de drogas, terrorismo e os definidos como hediondos), XLIV (ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático). No entanto, a explicitação dessas imposições não as esgota nem impede que outras, por implícitas, emanem do texto constitucional, como é o caso da proteção à ordem econômica, fundada, repita-se, na

---

<sup>18</sup> FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 91-92.

valorização do trabalho e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Segundo Feldens<sup>19</sup>, da plataforma penal estabelecida na Constituição é possível deduzir outras zonas de obrigatória intervenção do legislador penal. Se a Constituição chega a determinar a utilização do Direito Penal para proteger bens jurídico-penais coletivos, seria razoável admitir que igualmente está a exigir a proteção de determinados bens jurídicos que se revelem inequivocamente primários no âmbito de uma sociedade democrática, submetida a um programa constitucional assentado na defesa da vida, da liberdade e da dignidade humana.

Em contraposição, Osório<sup>20</sup> sustenta que na comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas haveria uma substancial identidade entre os ilícitos penais e os administrativos. Prova disso seria o fato de que o Legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos, nada impedindo que um ilícito seja hoje penal e, amanhã, administrativo, e vice-versa. Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as sanções penais.

Na mesma linha, Moreira Neto<sup>21</sup> entende que a evolução do Direito Administrativo, a partir da segunda metade do século passado, fez desaparecer a distinção que havia entre sanções penais e administrativas. As primeiras, de aplicação exclusiva pelo ramo

---

19 FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94.

20 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 104.

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito administrativo sancionador e direitos fundamentais: algumas considerações sistemáticas**. Exposição resumidamente apresentada no 2º seminário “Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional”. São Paulo, 4 e 5 de setembro de 2008. Disponível em < [http://www.iiede.org.br/agenda\\_det.php?id=23](http://www.iiede.org.br/agenda_det.php?id=23) > Acesso em: 17 set. 2010.



judicial do Estado, eram destinadas às infrações mais graves e com penas predominantemente pessoais e, por isso, vinculadas a certas garantias historicamente conquistadas, entre as quais a reserva legal de tipicidade. As segundas eram definidas para infrações de menor gravidade, com penas predominantemente impessoais e, por isso, com a reserva de tipicidade reduzida pelo emprego da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Prosseguindo, o autor considera que o conceito de gravidade tornou-se insuficiente, quando não inútil, em razão das dificuldades de caracterização do potencial ofensivo das infrações. A ver: por em risco a vida e a integridade de uma pessoa por atos deliberados de agressão injusta, penalmente sancionáveis, em contraposição a por em risco a vida e a integridade de uma comunidade por comportamentos temerários, administrativamente puníveis.

Quanto à pessoalidade das penas, Moreira Neto anota que, em sua aplicação a pessoas jurídicas, as sanções evoluíram da mera retribuição e da aflição, que caracteriza a apenação de pessoas naturais, para atuarem com maior sofisticação finalística, como se dá na imposição de penas preventivas, pedagógicas ou reparatórias. Nessa hipótese, não haveria sentido em aplicar sanções pessoais aflitivas quando se está considerando a prática de ações empresariais potencialmente nocivas.

Não há que polemizar entre um e outro âmbito de tutela, para conferir alguma prevalência a um deles, ou mesmo no sentido de igualá-los em nome de uma unicidade do *ius puniendi* estatal ou unicidade da pretensão punitiva do Estado. Embora seja possível visualizar um caráter unitário do *ius puniendi* estatal, sobretudo em face da inexistência de distinções entre os ilícitos administrativos e os penais, e das sanções

respectivas, sob um prisma axiológico, como antes referido (p. 20), Osório<sup>22</sup> combate essa idéia fundando-se nos aspectos inerentes ao direito vigente no Brasil e sintetizados a seguir, pelo o que pudemos depreender de sua obra.

As organizações privadas, quando prestadoras de serviços tipicamente públicos, como, por exemplo, nas privatizações, podem ostentar poderes punitivos ou de polícia, legitimadas indiretamente por uma supervisão estatal. A unicidade do poder punitivo estatal esmaece diante da multiplicidade de entidades detentoras de parcelas autônomas desse poder e das variações procedimentais nos regimes jurídicos próprios.

O Direito Processual Civil utiliza o termo "penas" para designar a atividade sancionadora que se desenvolve no âmbito da garantia de institutos processuais. Embora seja uma manifestação do *ius puniendi* do Estado, suas regras e princípios não são os mesmos que vigoram para o Direito Administrativo Sancionador, menos ainda para o Direito penal.

Por ser possível sancionar pessoas jurídicas, mostra-se claro que a responsabilização administrativa não parte do mesmo dogma da responsabilidade subjetiva ínsita ao Direito Penal. Ademais, o Direito Administrativo pode ser aplicado por autoridades administrativas ou judiciais. Já o Direito Penal somente pode ser aplicado por juízes com jurisdição penal.

O elemento formal da sanção administrativa é o processo administrativo, seja ele judicial ou extrajudicial. O elemento formal das sanções penais é o processo penal. Esses conjuntos de atos são substancialmente distintos. Além do que, a interpretação penal é

---

22 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 116-127.

distinta da interpretação administrativa, em face de toda uma tradição hermenêutica que busca a garantia de direitos individuais contra o poder do Estado.

Em regra, em termos de política repressiva o Direito Penal é mais radical, em razão de poder privar o ser humano de sua liberdade, e o princípio da intervenção mínima é, nele, mais acentuado. O interesse público tem alcance e importância maiores no Direito Administrativo do que no Direito Penal. No primeiro, o foco é a consecução do interesse público; interessa à Administração ver o interesse público realizado. No segundo, o foco é a realização da justiça.<sup>23</sup>

O legislador pode optar por uma ou outra política pública repressiva, com maior ou menor utilização do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador. É a vontade legislativa, de fato, a maior e mais autorizada fonte dos distintos regimes jurídicos impostos ao poder punitivo estatal.

Trata-se, portanto, de delinear os princípios que regem o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal para estabelecer as suas congruências e distinções. Nesse sentido, Moreira Neto<sup>24</sup> afirma que o devido processo legal sancionador, sem distinguir entre administrativo e penal, contempla pelo menos dez direitos fundamentais aos acusados em geral, todos permeados pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da segurança jurídica e da isonomia.

Segundo o autor, tais direitos, conforme a Constituição Federal de 1988, se expressam na garantia de que a administração pública só poderá fazer o que a lei permitir (art.

---

23 Malgrado a privação da liberdade seja uma peculiaridade do Direito Penal, lembre-se que a Constituição Federal prevê: Art. 5º, LXI: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei**" [grifo nosso]; e Art. 142, § 2º: "Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares".

24 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito administrativo sancionador e direitos fundamentais: algumas considerações sistemáticas**. Exposição resumidamente apresentada no 2º seminário "Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional". São Paulo, 4 e 5 de setembro de 2008. Disponível em < [http://www.iiede.org.br/agenda\\_det.php?id=23](http://www.iiede.org.br/agenda_det.php?id=23) > Acesso em: 17 set. 2010.

5º, II); no acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV); na proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º XXXVI); na garantia de ser processado e sentenciado somente por autoridade competente (art. 5º, XXXVII e LIII); na individualização da pena (art. 5º, XLV e XLVI); na presunção de inocência (art. 5º, LVII); na garantia de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV); na imparcialidade do juiz garantida pelo dever de motivação das decisões (art. 5º, LX, art. 93, IX); na razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII); e na garantia de igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput* e I).

A esses, poderiam ser adicionados os da reserva legal e tipicidade (art. 5º, XXXIX), da retroatividade da norma mais benéfica (art. 5º, XL), e da licitude dos meios de obtenção de provas (art. 5º LVI).

Por seu turno, Osório discorre sobre alguns dos princípios que regem o direito sancionador, estabelecendo matizes entre os penais e os administrativos.

Quanto à legalidade<sup>25</sup>, o autor sustenta que no Direito Administrativo Sancionador há sanções que podem ser aplicadas por autoridades judiciárias, eis que a sanção administrativa não se define em razão da autoridade que a aplica, mas do ramo jurídico a que pertence. Ademais, não há, na seara administrativa, reserva de lei federal, ao contrário do que ocorre no terreno penal. Consoante as competências próprias, Municípios, Estados e União podem legislar sobre sanções administrativas, inclusive criando e regrido os respectivos processos sancionadores. Em Direito Penal descabe cogitar de medidas provisórias na tipificação de infrações e sanções. No Direito Administrativo Sancionador não há essa mesma restrição.

---

25 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205-207.

Quanto à tipicidade<sup>26</sup>, Osório recorre à Constituição espanhola de 1978, cujo artigo 25.1 preceitua que ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento em que são produzidas não constituam delito, falta ou **infração administrativa**, segundo a legislação vigente naquele momento (tradução nossa)<sup>27</sup>. Verifica-se que a Constituição brasileira, referindo-se apenas a crimes (art. 5º, XXXIX: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"), deixa uma margem de liberdade para a tipificação das infrações administrativas que pode transformar-se em arbítrio.

No entanto, a estreitar essa margem de liberdade, ressalva o autor que o princípio da tipicidade das infrações administrativas encontra ressonância no conjunto de direitos fundamentais, e decorre, ainda, do princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna.

No que pertine à retroatividade da norma mais favorável<sup>28</sup>, Osório entende que esse princípio, além de estar expressamente previsto na Carta (art. 5º, XL: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu."), atende a uma razoável e racional política jurídica de proteção a valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Sendo essa a política do Direito penal, não seria outra a orientação do Direito Administrativo Sancionador.

Há que se ponderar, entretanto, por prudência, que o Direito Administrativo Sancionador, dado o seu maior dinamismo, não pode ser equiparado ao Direito Penal neste aspecto específico, para fazer retroagir, genericamente, todas as normas administrativas mais

---

26 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 210-211.

27 CE, 1978, art. 25.1: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones o omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

28 Op. cit., p. 268-271.

benéficas. Há situações conjunturais que demandam a adoção de determinadas medidas, as quais são acompanhadas das sanções aplicáveis aos seu descumprimento, mas cuja vigência se dá por tempo relativamente curto. Recomposta a normalidade, não faz sentido desnaturar os descumprimentos havidos com base na retroatividade de norma mais benéfica.

Nada obstante, o autor ressalva que, se há uma mudança radical de valores, se o legislador modifica uma orientação axiológica tida como permanente, é possível cogitar da retroatividade. As mudanças das normas inferiores que integram o preceito proibitivo primário, em regra, não retroagem seus efeitos mais favoráveis, salvo quando se trate de alterações radicais nos valores e conceitos que embasavam as normas punitivas, provocando relevante transformação normativa, a qual, à luz da isonomia e por critério de razoabilidade, haveria que retroagir.

Quanto ao *non bis in idem*<sup>29</sup>, Osório considera que a idéia preponderante sempre foi a de excluir a sua aplicabilidade sob o argumento de que os fatos assumiriam identidades distintas, a partir de óticas diferenciadas e valorações autônomas, bem como em razão da independência entre as instâncias administrativa e penal. Ocorre que, quando essas instâncias atuam de maneira contraditória, sem manter um mínimo de coerência, o resultado é o descrédito, a insegurança jurídica e a desproporcionalidade nas respostas do sistema punitivo, conforme aventamos na introdução desta monografia e em linha com o que dissemos no encerramento do capítulo 1 sobre a percepção de um duplo critério de justiça.

Prosseguindo, o autor esclarece que, na hipótese de estar provada a inexistência do fato ou existir especial circunstância que exclua o caráter do crime, v.g., exercício regular de um direito ou estrito cumprimento do dever legal, há repercussão em

---

29 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 274-277.

qualquer esfera extrapenal, judicial ou administrativa, desembocando na improcedência da pretensão acusatória, dada a necessidade de mínima coerência no interior do sistema jurídico.

De fato, as decisões judiciais penais repercutem na esfera extrapenal, seja em razão do artigo 66 do Código de Processo Penal – "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato" –, seja em razão do artigo 935 do Código Civil – "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal". Por seu turno, as decisões administrativas, embora não façam coisa julgada material, têm crescentemente repercutido na jurisdição penal, inclusive sendo alçadas à condição de requisito de tipicidade criminal, condição de punibilidade, justa causa ou elemento perfectibilizante.

Nesse sentido, o Mestre aduz que é possível inverter o raciocínio, de modo a verificar em que medida as decisões administrativas influenciam o alcance das competências jurisdicionais. Para isso, indica que o Supremo Tribunal Federal, no HC 81.611-DF, julgado em 10.12.2003, decidiu que, em matéria de crime de sonegação fiscal, é imprescindível aguardar pela formação administrativa do tributo, entendida como requisito de tipicidade criminal ou condição objetiva de punibilidade.

No que diz com a culpabilidade<sup>30</sup>, Osório assinala ser decorrente da idéia de presunção de inocência, mas fundamentalmente conectada com a possibilidade de uma razoável defesa das posições jurídicas do imputado. Embora seja princípio ínsito ao Direito Penal, dada a subjetividade de que se reveste, a culpabilidade encerra um forte significado de

---

30 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 346-371; p. 378-379.

evitabilidade. Baseia-se em um juízo normativo e traduz as noções de exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa, isto é, a possibilidade, *ex ante*, de abster-se de praticar a ação ilícita.

Nesse sentido, a culpabilidade é fundamento da pena, porque esta se dirige a pessoas capazes de evitar os atos ilícitos. Trata-se da inobservância de deveres objetivos de cuidado. Vale dizer: ainda que o agente comprove que ignorava a ilegalidade de seu comportamento, e que não havia vontade de produzir o resultado, deve demonstrar que procedeu de maneira cuidadosa, prudente e razoável.

Assim, a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. Havendo obrigações normativamente previstas de a pessoa jurídica alcançar determinados resultados ou evitar certos efeitos ou atos, resulta possível sancionar, de forma objetiva, as ações omissivas ou comissivas violadoras desses preceitos, mesmo na esfera penal, como previsto nos delitos ambientais (Lei nº 9.605, de 1998), embora mais acentuadamente no campo do direito administrativo.

Por fim, relativamente à individualização da pena<sup>31</sup>, Osório considera haver direito subjetivo público perante o Estado-Juiz, aplicável analogamente às autoridades administrativas competentes, a uma fundamentação adequada, nos moldes do art. 59 do Código Penal (culpabilidade, no sentido de evitabilidade, antecedentes, conduta social, no sentido de responsabilidade social das empresas, motivos, circunstâncias e consequências do fato). A motivação é condição de validade do ato administrativo, inclusive dos sancionadores, ligando-se ao princípio da individualização da sanção, o qual também se aplica às pessoas

---

31 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 373-374.



jurídicas, igualmente dotadas de peculiaridades relevantes, com o objetivo de assegurar sanções proporcionais.

De todo modo, o que se pode concluir é que não há um *ius puniendi* estatal unitário, e que os princípios constitucionais sancionadores aplicam-se a ambos os âmbitos, penal e administrativo, com algumas diferenciações, mas insuficientes para, sob esse prisma, conferir alguma prevalência a um deles como instrumento exclusivo de tutela da ordem econômica.

Sobre a comunicabilidade entre as esferas administrativa e penal, e à repercussão das decisões num e noutra desses âmbitos, em especial no que concerne aos crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro, vale registrar a crítica contundente de Feldens<sup>32</sup> sobre o que denomina uma porta aberta ao controle político do crime.

Segundo esse autor, a despeito de se constituírem como crimes de ação penal pública incondicionada, os fatos são previamente investigados no âmbito da Receita Federal e do Banco Central, respectivamente, de onde emanam as peças de informação que subsidiam a ação penal a ser proposta pelo Ministério Público. Indaga Feldens se em situações que tais, haveriam o Ministério Público e o Poder Judiciário de submeter-se ao entendimento traçado na órbita administrativa da Receita Federal ou do Banco Central, e qual seria o nível de "obediência hermenêutica" do Poder Judiciário em face de uma decisão adotada na esfera administrativa.

---

32 FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 203-208.

A ilustrar sua perplexidade, o autor colaciona decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 81.324:

"Crime contra o Sistema Financeiro. Concluído o julgamento de *habeas corpus* (v. Informativo 258) impetrado contra acórdão do STJ, que negara ao paciente o trancamento da ação penal por falta de justa causa sob o fundamento de que a decisão administrativa proferida no âmbito do Banco Central não vincula o Poder Judiciário, por serem independentes as instâncias penal e administrativa. Tratava-se, na espécie, de paciente denunciado por crime contra o sistema financeiro nacional, **com base exclusivamente na representação criminal encaminhada pelo Banco Central**, sendo que, posteriormente, o próprio Banco Central veio a reconhecer a normalidade da conduta do paciente, determinando o arquivamento do processo administrativo. A Turma deferiu o *writ* para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa, por entender que, no caso concreto, a denúncia não tem mais fundamento, **já que baseada unicamente na representação do Banco Central**, que veio a considerar a conduta relatada como lícita. HC 81.324-SP, rel. Min. Nelson Jobim, 12.3.2002." [grifos nossos]

Entende Feldens que essa decisão conferiria ao Banco Central poderes equivalentes ao do Supremo Tribunal Federal, porquanto lhe permite afirmar, em última instância (administrativa), acerca da incorrência de fato com possível repercussão penal, e que a aludida decisão estabeleceria o "controle político do crime", pois que desloca sensivelmente o foco de tensão e de análise do Direito, emigrando-o do Poder Judiciário para fazê-lo residir junto aos órgãos de fiscalização do Poder Executivo, os quais, assim, passam a deter a responsabilidade – e o poder – de afirmar, com inquestionável autoridade, sobre a inexistência de fato criminoso passível de investigação na esfera judicial.

Não parece possível concordar com esse entendimento, *permissa máxima vênia*. A uma porque, nos crimes contra a ordem tributária, há expressa determinação legal conferindo à Receita Federal a prerrogativa da representação fiscal para fins penais, conforme o artigo 83 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Medida Provisória nº 497, de 27.7.2010:

"Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente."

A redação original desse dispositivo, de 1996, era:

"Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente."

A duas porque, nos crimes contra o sistema financeiro, o Banco Central é obrigado a comunicar ao Ministério Público os indícios da prática, em tese, de ilícitos penais, por força do artigo 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

Tais indícios são obtidos a partir das averiguações efetuadas no exercício da atividade fiscalizadora em âmbito administrativo, mas são, apenas, indícios, a serem substanciados por investigações complementares a cargo das autoridades policiais ou do próprio *Parquet* (não cabe, aqui, discutir eventuais prerrogativas investigatórias). Note-se que a decisão do STF afirma, conforme nela grifamos, que a denúncia do Ministério Público foi feita "com base exclusivamente na representação criminal encaminhada pelo Banco Central".

Posicionamentos ideológicos à parte, o problema, ao que parece, não está na duplicidade ou na multiplicidade de instrumentos jurídicos de tutela da ordem econômica, isto é, não se trataria de uma questão jurídico-dogmática, mas, sim, de uma melhor definição, distribuição e gestão do sistema punitivo, de modo a conferir maior sintonia e coerência às decisões prolatadas, façam elas coisa julgada material ou não, tenham elas repercussão em esfera diversa ou não, sejam elas, ainda, perfectibilizadoras de ilícitos em outro âmbito.

### 2.3 Jurisdição única

De mais a mais, os atos administrativos, inclusive os sancionadores, estão submetidos ao controle de legalidade, pelo Poder Judiciário, entendida esta sempre no sentido mais amplo defluente da Carta de 1988, por consequência da garantia fundamental prevista no seu artigo 5º, inciso XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O sistema de jurisdição única está consagrado na Constituição Federal, de 1988, no artigo 5º, XXXV: "A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Além desse regime de controle da legalidade dos atos e das atividades administrativas, há o sistema de jurisdição dual, nascido na França e acolhido na Itália, na Alemanha e no Uruguai, dentre outros países, o qual consagra duas ordens jurisdicionais: uma, ao Judiciário; outra, a órgão próprio do Executivo, denominado Contencioso Administrativo, ao qual incumbe conhecer e julgar, em caráter definitivo, as lides em que a Administração Pública é parte (autora, ré ou parte interessada), caracterizando uma justiça própria para a Administração, e que faz coisa julgada.

O sistema de jurisdição dual chegou a ser previsto no Brasil em sede constitucional, como se vê no artigo 111 da Emenda nº 1, de 1969, à Constituição Federal de 1967: "Art. 111 A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior". O artigo anterior se referia a litígios decorrentes de relações de trabalho dos servidores com a União, autarquias e empresas públicas federais. No entanto, a sua implementação necessitava de lei, a qual nunca foi promulgada.

Portanto, vigora no Brasil o sistema de jurisdição única, segundo o qual **todos** os litígios entre particulares ou entre os particulares e o Estado ou, ainda, entre duas entidades públicas, **seriam** solucionados por juízes e Tribunais do Poder Judiciário. **Seriam** porque, conforme Gasparini:<sup>33</sup>

"A Lei Maior excepciona essa regra ao atribuir, [...], privativamente, ao Senado Federal a competência para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I, da CF, com a redação dada pela EC n. 23/99), e para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União [sic], nos crimes de responsabilidade (art. 52, II, da CF)."

Certamente por falha de revisão ou de impressão, a citação acima, extraída da obra do Mestre, não menciona os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, incluídos pela Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004 (DOU de 31.12.2004, p. 1).

Quanto ao exercício, pelo Senado, da competência privativa prevista no artigo 52, I e II, da Constituição Federal, ensina Nery Junior:<sup>34</sup>

"O Senado exerce atividade jurisdicional atípica, nos casos de sua competência privativa descritos na CF 52 I e II. Mesmo exercendo jurisdição *strictu sensu*, não é órgão do Poder Judiciário. Nas hipóteses mencionadas nos incisos I e II o Senado exerce, igualmente, função política, razão pela qual essa atividade não pode ser revista pelo Poder Judiciário. Por estes fundamentos, os efeitos vinculantes da súmula do STF, nos casos permitidos pela CF 103-A, não se aplicam ao Senado quando pratica as atividades da CF 52 I e II."

Depreende-se, assim, que o sistema de jurisdição única não se caracteriza pela exclusividade do Poder Judiciário para dirimir os conflitos e os litígios, mas, sim, por fazerem as suas decisões, e somente as suas, coisa julgada material. Conforme Temer:<sup>35</sup>

33 GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1040.

34 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 400, n. 6.

"Qualquer do povo, qualquer órgão público, qualquer tribunal administrativo poderá 'dizer o direito' que deve ser aplicado à dirimência de uma controvérsia. Não estará, contudo, exercendo a jurisdição no sentido rigorosamente científico que lhe empresta a Constituição, ao atribuí-la ao Poder Judiciário. É que tais decisões poderão ser levadas, sempre, ao Judiciário, para que ali, escoados os recursos, se opere a 'definitividade' da decisão. De outro lado, ainda que a parte litigante no Executivo ou no Legislativo veja evidenciada a inexistência de direito que alicerce sua pretensão; ainda que se utilize de todos os recursos administrativos buscando amparo para suas razões; nem assim podem tais órgãos do Poder, utilizando-se da força, compelir o particular a fazer, a não fazer, a pagar, a entregar ou a não entregar. Só ao Judiciário se confere tal competência."

## 2.4 Controle de legalidade

Segundo a doutrina, o controle jurisdicional dos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária é possível e necessário, mas sua extensão é restrita à aferição da legalidade, considerada esta no conceito ampliado sob o prisma axiológico advindo da Constituição Federal de 1988.

Mello<sup>36</sup> entende não ser suficiente que a atuação administrativa se dê com base nas alternativas legais, sendo possível, no âmbito judicial, em sede de razoabilidade, verificar se essa atuação revelou-se, no caso concreto, de modo consentâneo com as circunstâncias e com a finalidade colimada pela norma. Coelho<sup>37</sup> ressalta que a opção discricionária não é um "cheque em branco" a permitir opções desarrazoadas, personalíssimas ou ofensivas aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico, não sendo a atividade administrativa, portanto, imune ao controle jurisdicional.

Por seu turno, Medauar<sup>38</sup> ensina que o conceito de discricionariedade evoluiu da mera necessidade de atender aos requisitos de competência e forma para incorporar, também, a exigência de nexos entre o ato administrativo e seus antecedentes ou

---

35 TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 170.

36 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 953-954.

37 COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

38 MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 177.

circunstâncias de fato, tornando possível, assim, o controle jurisdicional do motivo. Para Tácito<sup>39</sup>, se não existe o motivo ou se dele o agente extraiu consequências incompatíveis com o direito aplicado ao caso concreto, o ato será nulo por violação da legalidade, e aduz que não só o erro de direito, mas também o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo.

Conectada com a doutrina, a jurisprudência é forte no sentido de dar eficácia aos princípios e garantias fundamentais albergadas constitucionalmente, de modo explícito ou implícito, da razoabilidade, da proporcionalidade, da licitude dos meios de obtenção de provas, da tipicidade e ampla defesa (conceitos indeterminados), e da individualização da pena.

Sobre a razoabilidade e a proporcionalidade, veja -se o Recurso em Mandado de Segurança RMS nº 16.536/PE<sup>40</sup>, relativo à aplicação da pena de demissão a servidor público estadual, em sede de processo administrativo disciplinar (PAD):

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. [...].

1. É sabido que em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, fundadas no devido processo legal, decorrem da legalidade, por isso que podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, quando provocado a fazê-lo.
2. A pena de demissão deve ser revista pelo Poder Judiciário, quando desarrazoada e desproporcional ao fato apurado no PAD, o que ocorreu nos presentes autos. Precedentes do STJ.
3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido".

Vale a pena destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Relator, no referido RMS, por conter firme assentamento quanto ao controle jurisdicional vis-à-vis o binômio "conveniência e oportunidade":

---

39 TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p.60.

40 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. RMS nº 16.536/PE. Relator: Celso Limongi. Brasília, DF, 2 fev. 2010. DJe de 22.2.2010.

"[...]. Com o advento da Constituição da República de 1988, foi ampliado o conceito de legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito. [...]. **Analisar a razoabilidade do ato administrativo, bem como a proporcionalidade, não é analisar a conveniência e a oportunidade da Administração. É, em termos efetivos, garantir a própria legalidade da decisão**" [grifo nosso].

Quanto à garantia da licitude dos meios de obtenção de provas, anote-se a Apelação Cível nº 2008.70.00.023414-0/PR<sup>41</sup>, a qual versou, em termos principais, sobre a exigência de sindicância como requisito para a instauração de processo administrativo disciplinar:

"ADMINISTRATIVO. AUDITOR FISCAL. RECEITA FEDERAL [...]. Nos termos do art. 143 da Lei nº 8.112/90, não é obrigatória a realização de sindicância prévia ao processo administrativo disciplinar. [...]. Não há que confundir a atividade fiscal da Receita Federal, enquanto órgão fazendário, com a atividade administrativa do ente público (a União), perante o qual o servidor exerce cargo público. Os dados cobertos pelo sigilo fiscal e bancário não podem ser utilizados em processo administrativo, inquérito ou ação judicial sem prévia autorização judicial, sob pena de ser considerada prova ilícita".

No que diz com a aplicação dos princípios da tipicidade e da ampla defesa, vale colacionar o Recurso em Mandado de Segurança RMS nº 24.699/DF<sup>42</sup>, o qual tratou da aplicação da pena de demissão por ato de improbidade administrativa, com base em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. [...]. ATO DE IMPROBIDADE.  
1. [...].  
2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. **Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.**

41 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 4ª Região. Apelação Cível nº 2008.70.00.023414-0/PR. Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, RS, 16 dez. 2009. DE de 26.1.2010.

42 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª. Turma, RMS n. 24.699/DF, Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 30 nov. 2004. DJ de 1.7.2005.



3. Processo disciplinar, **no qual se discutiu a ocorrência de desídia** --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. **Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito.** A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, **o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.**

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido". [grifos do autor]

Quanto ao princípio da individualização da pena, conectado com o princípio da proporcionalidade, tem-se o Mandado de Segurança MS nº 426.680-6, OE<sup>43</sup>:

"MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO [...] - PENA MÁXIMA E NÃO ÚNICA [...].

1. [...].

2. O princípio da individualização da pena, [...], também é aplicável na esfera administrativo-disciplinar.

3. O princípio do devido processo legal sob o enfoque material, também conhecido como princípio da proporcionalidade, aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário.

4. O preceito secundário do inc. XLI, do art. 213, da Lei Complementar do Estado do Paraná nº 14/82 (Penalidade: demissão), com redação dada pela Lei Complementar nº 89/2001, regula-se constitucional somente se interpretado como sendo a pena máxima e não como pena única, a fim de possibilitar a análise subjetiva e individualizadora da conduta, [...].

5. Caracteriza-se como ilegal, e passível de ser impugnado via mandado de segurança, o ato contrário à lei ou, ainda que conforme a lei, mas contrário à Constituição Federal.

6. Não obstante o Judiciário não possa substituir à Administração, na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida.

7. [...]."

Por fim, parece-nos interessante colacionar o Recurso em Mandado de Segurança RMS nº 25.627/DF, que também tratou da aplicação de pena de demissão a servidor público por ato de improbidade, malferindo o princípio da proporcionalidade. A questão, nesse caso, é que foi negado provimento ao recurso ordinário apenas em razão da incidência do artigo 128 do Código de Processo Civil, o qual determina ao juiz decidir a lide

43 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. MS nº 426.680-6, OE. Relator: Lauro Augusto Fabrício de Melo. Curitiba, PR, 19 out. 2007. DJ de 7.12.2007.

nos limites em que foi proposta, nada obstante ter sido antecipado o entendimento de que a reprimenda não se coadunara com o princípio da proporcionalidade. Veja-se:

"ADMINISTRATIVO. [...]. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA MENOS SEVERA. ART. 128 DO CPC.

[...]. Embora não caiba ao Judiciário substituir-se à Administração, em tema de punição do servidor, cabe-lhe determinar a esta a aplicação de reprimenda menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Incidência do art. 128 do CPC -- que manda o juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta --, dado que a inicial não pede, nem mesmo alternativamente, pena mais branda que a demissão. Segundo o processo disciplinar, conduzido regularmente, o investigado respondeu por atos de improbidade em processos licitatórios, o que acarreta a pena de demissão, na forma da lei de regência. Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de todas as provas colhidas, procedimento inoportuno na via estreita do mandado de segurança. Recurso ordinário a que se nega provimento".<sup>44</sup>

O caso parece inserir-se na questão da comunicabilidade entre as instâncias administrativa e judicial e suas repercussões. Parece a ele aplicar-se o artigo 6º da Lei nº 9.784, de 29.1.1999, *verbis*: 'Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada'.

Vê-se que a doutrina e a jurisprudência são fortes em assentar que as decisões administrativas sancionadoras se submetem a um controle de legalidade, pelo judiciário, que não mais pode ser visto como restrito aos aspectos de competência e forma. Ao contrário, sob o manto da legalidade são examinados os aspectos da razoabilidade, da proporcionalidade, do motivo, da finalidade, da prova ilícita, da individualização da pena e da sanção aplicada com base em conceitos indeterminados ou fluidos.

---

44 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª. Turma, RMS n. 25.627/DF, Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 15 mai. 2007. DJ de 19.10.2007.

## 2.5 Coisa julgada

Visto que somente as decisões prolatadas pelo Poder Judiciário podem assumir o atributo de coisa julgada material, cabe fazer uma pequena digressão sobre esta, vis-à-vis a coisa julgada formal. Diz a Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º, § 3º: "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso". E o artigo 467 do Código de Processo Civil: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

Santos<sup>45</sup> ensina que da coisa julgada formal resulta a imutabilidade da sentença no mesmo processo em que foi proferida, isto é, não é mais possível a sua reforma nesse mesmo processo. A essa qualidade se acrescenta outra, que lhe dá autoridade para além do processo em que foi prolatada, qual seja, a vontade da lei, que se contém no comando emergente da sentença, e que corresponde à expressão da vontade do Estado de regular concreta e definitivamente o caso decidido, tornando a decisão indiscutível, imutável, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja objeto de reexame no mesmo ou em outro processo, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal. A essa outra qualidade se dá o nome de coisa julgada material.

Assim, coisa julgada formal significa a imutabilidade do comando emergente de uma sentença, com efeito restrito ao processo no qual foi prolatada, em face da preclusão ou do esgotamento de todos os recursos previstos em lei. E coisa julgada material, a imutabilidade do comando emergente de uma sentença, irradiado para fora do processo no qual foi prolatada, e revestida de autoridade impeditiva de seu reexame, no mesmo ou em outro processo, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal.

---

45 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 8. ed. Saraiva, 1985, 3v., p. 44.

Feita essa breve digressão, tem-se por assentado que a decisão administrativa sancionadora, definitiva em seu âmbito próprio, embora não faça coisa julgada material, faz coisa julgada formal. Seria de se indagar, então, se a coisa julgada formal administrativa seria passível de se revestir de autoridade de coisa julgada material se, e somente se, o Poder Judiciário, no exercício do controle de legalidade ínsito à jurisdição única, considerá-la livre de qualquer vício.

## **2.6 Reexame de mérito**

Cumprе lembrar que nesta monografia não se está tratando dos atos administrativos ou da atividade administrativa em geral, mas, sim, da atividade administrativa sancionadora, decorrente de processo administrativo punitivo e de julgamento monocrático ou colegiado em primeiro grau, com recurso a um segundo grau de decisão colegiado ou monocrático.

Um breve parêntesis. Nos processos administrativos punitivos conduzidos pelo Banco Central do Brasil, a decisão de primeiro grau cabe ao diretor de fiscalização (monocrático) e o recurso é decidido pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (colegiado). Naqueles conduzidos pela Comissão de Valores Mobiliários, a decisão de primeiro grau cabe à diretoria da Comissão (colegiado) e o recurso é decidido pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (colegiado). Já naqueles de que trata a Lei nº 9.613, de 3.3.1998 ("lavagem de dinheiro") a decisão de primeiro grau cabe ao plenário do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF (colegiado) e o recurso é decidido pelo Ministro de Estado da Fazenda (monocrático). Por não ser o tema desta monografia, não nos alongaremos nessa seara, mas deixamos essa indicação como provocação para estudo posterior.

Nos atos administrativos em geral, o mérito se traduz no binômio "conveniência e oportunidade". Gasparini<sup>46</sup> entende que cabe à Administração escolher um dentre vários comportamentos que a lei prescreve, e essa escolha se faz por critérios de conveniência, que significa o atributo do ato no sentido de interessar, convir ou satisfazer o interesse público, e de oportunidade, que traduz o momento adequado à satisfação desse interesse. Assim o binômio "conveniência e oportunidade" configuraria o mérito do ato. Nessa linha, o autor afirma que os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto de controle jurisdicional. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente.

Já para Di Pietro<sup>47</sup>, a discricionariedade é um poder delimitado previamente pelo legislador. Este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção, de modo que qualquer delas será legal. Daí por que não poderia o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade legalmente competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

A atividade administrativa, entendida como: "a gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando o bem comum" (GASPARINI, 2010, p. 107) não compreende os poderes de disposição e de renúncia, os quais são detidos pelo Estado. Ao contrário, a ela se aplica o princípio da indisponibilidade, do qual resulta o poder-dever de agir.

---

46 GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

47 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 202.

Assim, a instauração de um processo administrativo sancionador, destinado a apurar infrações praticadas pelos administrados e por aqueles que, embora não integrem a administração pública, com ela mantenham vínculos especiais e determinados em lei, é uma expressão do poder-dever de agir. Detectada a infração, instaura-se o processo para estabelecer o contraditório e a ampla defesa, aplicando-se, se for o caso, a sanção correspondente.

Portanto, quando se fala em reexame judicial de mérito de decisões, em processos administrativos sancionadores, não se está falando de reexame da conveniência nem da oportunidade, mas, sim, de reexame relativo à competência, à forma e ao conteúdo da decisão, para examiná-la quanto à razoabilidade, à proporcionalidade, ao motivo, à finalidade, à existência de prova ilícita e à observância da individualização da pena, enfim, quanto à legalidade em seu sentido amplo.

Tome-se, então, hipoteticamente, uma decisão sancionadora, no âmbito administrativo, da qual não caiba mais recurso nesse âmbito, e, portanto, assim caracterizada como coisa julgada formal. Seria de se indagar se tal decisão, submetida ao crivo judicial quanto à competência, à forma e à legalidade em seu sentido amplo, conforme antes descrito, assumiria a condição de coisa julgada material.

Creemos que a resposta seja não. A regra é que somente as decisões judiciais das quais não caiba mais recurso fazem coisa julgada material. Na hipótese, a decisão de mérito é administrativa; não judicial. Já a decisão judicial que isentou a decisão administrativa de qualquer vício quanto à competência, à forma e à legalidade, em seu sentido amplo, essa sim faz coisa julgada material, ou seja: quanto a esses aspectos a decisão administrativa não mais poderá ser atacada.

No entanto, Bôas Cueva<sup>48</sup> sustentou, em seminário sobre governança no sistema financeiro nacional, que não há, entre nós, uma orientação jurisprudencial que permita estabelecer com clareza quais são os limites da vedação ao *bis in idem*. Recorrendo ao direito comparado, o palestrante mostrou que na experiência da corte constitucional espanhola, **entre 1999 e 2003, prevaleceu o entendimento de que a vedação ao *bis in idem* constituía proibição absoluta à instauração de processos acerca de fatos e fundamentos idênticos, ainda que por instâncias tão diversas como a penal e a administrativa**, entendimento este que desde então foi relativizado, em vista de outros interesses dignos de tutela, corporificados, entre outros, no princípio da prevalência da jurisdição penal e no princípio da proporcionalidade. [grifo nosso].

Prosseguindo em sua análise, o autor afirma que caso os processos sancionadores tenham sido instaurados por autoridades estatais diversas, deve-se verificar se há comunicabilidade de instâncias com base na regra do Código de Processo Penal: decisão absolutória penal fundada na negação do fato ou da autoria certamente repercute na esfera administrativa, se não houver resíduo infracional. **O inverso, ou seja, a repercussão da decisão absolutória administrativa fundada nos mesmos pressupostos na jurisdição penal tende crescentemente a ser verdadeiro.** [grifo nosso]

Para encerrar este capítulo, registre-se dois pequenos excertos da palestra proferida por Mendes<sup>49</sup> na abertura do seminário "Infrações e Sanções nos Serviços Públicos Regulados – Poder de Fiscalização, Poder de Polícia, Poder Sancionador", ocorrido em

---

48 BÔAS CUEVA, Ricardo Villas. **Autoridades administrativas independentes e o princípio do non bis in idem**. Palestra proferida no 2º Seminário "Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional". São Paulo, 4 e 5 de setembro de 2008. Disponível em <[http://www.iiede.org.br/agenda\\_det.php?id=23](http://www.iiede.org.br/agenda_det.php?id=23)> Acesso em: 17 set. 2010.

49 MENDES, Gilmar Ferreira **Conferência de abertura do 2º Seminário "Infrações e Sanções nos Serviços Públicos Regulados – Poder de Fiscalização, Poder de Polícia, Poder Sancionador"**. Brasília, 5 e 6 de outubro de 2010. Disponível em <[http://www.iiede.org.br/noticias\\_det.php?id=650](http://www.iiede.org.br/noticias_det.php?id=650)> Acesso em: 11 out. 2010.

Brasília, em 5 e 6 de outubro de 2010, e dos quais se pode extrair ao menos um lampejo de caminhos a serem trilhados, inclusive quanto ao tema desta monografia:

"De alguma forma a ineficiência do sistema administrativo acaba por sobrecarregar a Justiça. Temos que pensar esse modelo de cultura judicialista: ou as pessoas obtêm seus direitos no âmbito da administração, ou só resta a alternativa da justiça. Precisamos dialogar com franqueza, todos os setores envolvidos, para entender essa complexidade, que aumenta o risco Brasil e gera uma insegurança jurídica".

"Temos muitas indefinições, muitos mecanismos de controle, e os processos judiciais tendem a se eternizar. Precisamos sair desse quadro de gambiarras institucionais, criando um processo decisório mais célere e transparente, para dar um salto de qualidade e atingir outro padrão civilizatório".

De fato, as decisões adotadas na esfera administrativa, em especial as sancionadoras, não raro apenas tangenciam as garantias constitucionalmente previstas, deixando de aplicar princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, individualização da pena, tipicidade, retroatividade da norma mais favorável, culpabilidade, dentre outros tantos. Há, também, uma profusão de ritos processuais variados, estabelecidos em decretos, portarias e resoluções, sendo a Lei nº 9.874, de 1999, conhecida como a Lei Geral do Processo Administrativo, aplicada a eles apenas subsidiariamente, com as consequentes dificuldades que isso traz ao exercício da ampla defesa. Por outro lado, não se pode descartar que o rigorismo do controle sobre os agentes públicos, sob a espada da lei de improbidade administrativa, pode levar a um cumprimento estrito e literal das leis e regulamentos, deixando ao Poder Judiciário a melhor aplicação do direito.



### **3 SANÇÃO ADMINISTRATIVA E PENAL – NATUREZA E DISTINÇÕES**

Ainda que tenhamos afirmado antes, com base no entendimento de Osório, de que não há distinções relevantes entre sanções administrativas e penais, sob um prisma axiológico, cumpre prospectar o tema com vistas a confirmar tal entendimento.

#### **3.1 Sanção como gênero**

Na amplitude do conceito, a sanção configura uma garantia assecuratória do cumprimento de uma regra. Antecede, mesmo, a figura do Estado, no sentido de que os descumprimentos de regras estabelecidas por determinada comunidade eram sancionados pela própria comunidade sob um prisma de restrições impostas ao infrator. Considere-se, ainda, as sanções aplicáveis nos âmbitos familiar e religioso, pela não observância de regras e preceitos ínsitos a eles. Mesmo no Estado, há corporações de direito público e privado que também aplicam sanções aos integrantes de seu corpo, como ocorre com os Conselhos Profissionais, inclusive a Ordem dos Advogados do Brasil, e as associações de classe ou clubes de lazer. É, portanto, gênero do qual a sanção jurídica é espécie.

Esta, a sanção jurídica, por seu turno, em sentido lato, abrange todos os meios de que se utiliza o legislador para assegurar a eficácia da norma. Em sentido estrito, significa a consequência danosa atribuída pelo ordenamento jurídico a quem transgide uma norma jurídica, seja impondo-lhe um dever de ressarcimento, seja retribuindo-lhe o mal praticado mediante a aplicação de determinada punição.

Sob o prisma jurídico, as sanções se dividem pelos âmbitos civil, administrativo e penal. Nesta oportunidade, nos dedicaremos aos dois últimos.

### 3.2 Sanção administrativa

Para que seja possível distinguir sanção administrativa de sanção penal há que se tentar, primeiramente, extrair um conceito, ainda que por aproximação, do que seja a sanção administrativa, diferenciando-a do que se cognomina de medidas desfavoráveis ao administrado.

Utilizando-se do direito comparado, Osório expõe que:

"Para SUAY RINCÓN, portanto, [...] a sanção administrativa é 'qualquer mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal a resultar de um procedimento administrativo e com uma finalidade puramente repressora'." <sup>50</sup> [tradução nossa]

Desse conceito de sanção administrativa defluem três elementos estruturantes: a autoridade administrativa, como elemento subjetivo; o efeito aflitivo da medida, como elemento objetivo; e a finalidade repressora, como elemento teleológico.

#### 3.2.1 Do elemento subjetivo da sanção administrativa

Nada obstante o recurso ao direito comparado, o conceito europeu de sanção administrativa não se aplica diretamente ao modelo brasileiro pela simples razão de que, aqui, não há jurisdição administrativa ou justiça administrativa, no sentido do contencioso administrativo do direito francês. O Poder Judiciário pode aplicar sanções administrativas, a exemplo do que ocorre no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990), no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990) e na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992).

Por outro lado, embora, em regra, as penas privativas de liberdade, por seu caráter aflitivo, tenham origem no Direito Penal, a teor do artigo 1º da Lei de Introdução ao

---

50 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 78: "[...] cualquier mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultar de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente repressora."

Código Penal: "Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção [...]", e sejam aplicadas pelo Poder Judiciário, isso não constitui verdade absoluta. A exceção, como já o dissemos, está nas penas administrativas disciplinares do Direito Militar, conforme a Constituição Federal, artigos 5º, inciso LXI: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei", e 142, § 2º: "Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares".

Reforça-se, assim, o entendimento de que não configura elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva.

### 3.2.2 *Do elemento objetivo da sanção administrativa*

Segundo Osório<sup>51</sup>, o efeito aflitivo da medida é um elemento da sanção administrativa, porque representa o sofrimento, a dor, o mal imposto ao infrator. No entanto, o próprio autor ressalva que apesar do caráter aflitivo das sanções administrativas e das sanções penais (elemento comum a ambas), nem todas as sanções administrativas apresentam parentesco com a sanções criminais, e aponta, como exemplo, a multa administrativa, mais próxima do Direito Civil do que do Direito Penal, mormente em razão de que nem sempre é o real infrator que sofre o efeito aflitivo, podendo se beneficiar do favor de alguém que efetua o pagamento, e atende, assim, ao ato sancionador em nome do infrator.

---

51 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 88

Lado outro, as sanções administrativas não produzem as consequências das sanções penais, conforme previsto nos artigos 91 (efeitos automáticos) e 92 (motivadamente declarados na sentença) do Código Penal.

Nada obstante, sob um prisma objetivo, as sanções administrativas têm, por evidente, efeito intimidatório e são capazes de causar aflição, mormente no campo patrimonial do infrator.

### *3.2.3 Do elemento teleológico da sanção administrativa*

Ainda segundo Osório<sup>52</sup>, descabe conceituar sanção administrativa como uma medida com caráter ou finalidade puramente repressiva. Em anotação de nota de rodapé o autor discorda da definição de SUAY RINCÓN, argumentando que o Mestre espanhol pretendeu escapar à necessidade do exame das chamadas "sanções disciplinares" e que a finalidade puramente repressora não é incompatível, ao menos, com pretensões pedagógicas. Nesse sentido, o elemento teleológico serviria, apenas, para afastar da classificação medidas cujas finalidades não seriam punitivas, a exemplo daquelas inerentes ao poder de polícia e as medidas preventivas.

Já para Prates<sup>53</sup>, a punição administrativa não carrega a mesma valoração ético-jurídica em relação às ações penalmente puníveis. A sanção administrativa não visa a censurar, em primeiro lugar, a conduta do infrator ou a vontade por este exteriorizada, mas, sim os efeitos nocivos da conduta infratora, evidenciando que certas ações que prejudiquem a prossecução do interesse público também são socialmente condenáveis. A finalidade da

---

52 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.

53 PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 129.

sanção administrativa é mais pragmática. O que interessa à Administração é ver o interesse público realizado.

#### 3.2.4 *Conceito de sanção administrativa*

Visto que o conceito europeu de sanção administrativa não pode ser simplesmente transposto para o modelo brasileiro, resta estabelecer, então, em que consistiria a sanção administrativa. Para Osório<sup>54</sup>:

"Consiste a sanção administrativa [...] em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo."

E para Prates:<sup>55</sup>

"Sanção administrativa é a medida punitiva prevista em ato normativo, que pode ser aplicada diretamente pela Administração no âmbito de suas relações jurídicas gerais, a quem, sem justificação, deixe de cumprir um dever administrativo certo e determinado normativamente imposto."

### **3.3 Medidas desfavoráveis ao administrado, não configuradoras de sanção administrativa**<sup>56</sup>

A Administração, na prossecução do interesse público, objetiva que tais interesses não sejam afetados e que a ordem administrativa não seja desestabilizada. Para isso, utiliza-se de medidas preventivas, como a fiscalização, as ordens, notificações, autorizações, etc., com vistas a adequar os comportamentos individuais à lei; de medidas repressivas, como a apreensão de gêneros alimentícios deteriorados, internação ou outra forma de afastamento

54 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95.

55 PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 54.

56 op. cit., Passim, p. 167-205.

compulsório de pessoa com doença contagiosa, etc.; e de medidas reparatórias, nos casos em que a ofensa se dá, também, no plano material, porém sem visar a punir o administrado infrator, mas sim a recompor a parte da ordem e da legalidade administrativa por ele atingida, mediante a correção da irregularidade. Assim, a preventiva busca evitar que o ilícito ocorra; a repressiva procura obstar os efeitos lesivos do ilícito; e a reparatória objetiva o ressarcimento do dano material.

As medidas preventivas podem ser desdobradas em “de controle prévio” (negativa de uma autorização pela Administração em face do não preenchimento, pelo administrado, de condições normativamente exigidas); “persuasivas” (atos informativos destinados a orientar ou a conformar comportamentos dos administrados); e “prudenciais” (comandos dirigidos aos administrados com o objetivo de evitar a ocorrência de infrações e de lesões a interesses público-administrativos não necessariamente ligadas à prática de um ilícito, como, por exemplo, a ordem para que um proprietário execute benfeitorias necessárias em seu imóvel para preservar a integridade de outrem).

A medida repressiva é aplicável às ações infratoras já iniciadas, porém não exauridas, como, por exemplo, o início de uma determinada atividade sem a necessária autorização administrativa. O ilícito ocorre já no início do exercício, mas os seus efeitos lesivos perduram enquanto a atividade continuar a ser exercida sem a devida autorização.

A medida reparatória independe de a atuação do administrado ser regular ou irregular, a exemplo de uma autorização de construção concedida por autoridade incompetente. Anulada a autorização viciada, a Administração pode, para a recomposição da legalidade administrativa, ordenar a demolição, se for o caso mediante indenização.

Essas medidas não se confundem com a sanção administrativa geral (ou comum), assim entendida aquela que pode ser aplicada diretamente pela Administração no âmbito de suas relações jurídicas gerais, isto é, não aplicável aos campos disciplinar, contratual e setorial (estas seriam sanções administrativas especiais). A sanção administrativa geral surge em momento seguinte, já ocorrido o ilícito e já produzidos os seus efeitos, para reprová-lo.

### **3.4 Uma tentativa de distinção entre sanções administrativas e penais**

Segundo Prates<sup>57</sup>, estremar a sanção administrativa da sanção penal não tem sido tarefa fácil nem, muito menos, isenta de controvérsia, em razão dos motivos a seguir alinhados.

Quanto às pessoas afetadas, poder-se-ia categorizá-las separando-as entre aquelas que fazem parte da sociedade organizada e, portanto, cidadãos sujeitos à sanção penal, e aquelas que se poderia cognominar de administrados, por possuírem alguma relação jurídica com as autoridades administrativas, e, assim, sujeitas à sanção administrativa. Tal segregação não resistiria à "conurbação", por assim dizer, entre os espaços social e administrativo atualmente existente. Administrados são, hoje, a maioria das pessoas, independentemente de possuírem vínculos especiais com a Administração.

A distinção com base na finalidade das sanções não prevalece em face da aproximação da função administrativa, historicamente tida como preventiva e vinculada ao poder de polícia, com a atividade repressiva exercida, classicamente, pelo Direito Penal.

---

<sup>57</sup> PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 134-139.

O critério de gravidade das sanções também não se sustenta, uma vez que as sanções administrativas têm se mostrado mais severas do que a sanção penal clássica, como ocorre, por exemplo, com as penas pecuniárias vultosas, com a suspensão de alguma atividade, a cassação do direito de exercê-la ou a inabilitação para o exercício de cargos.

Dizer que a sanção penal tem por referência o equilíbrio social e as relações interpessoais, e que a sanção administrativa se destina a preservar a continuidade das atividades da Administração e da proteção dos interesses públicos, não se mostra facilmente comprovável em razão das imprecisões na indicação dos valores e interesses jurídicos pertinentes à ordem social e à ordem administrativa.

A separação entre sanções administrativas e penais com base na natureza dos ilícitos também se revela falha. Em tese, a sanção penal deveria ser aplicada apenas para reprovar as ações que são naturalmente ilícitas, como as ofensivas à vida, à incolumidade física ou moral da pessoa, à propriedade, etc., enquanto a sanção administrativa seria utilizada para punir as infrações artificiais ou de criação política, isto é, aquelas para as quais não seja possível atribuir valoração sob um prisma moral ou ético, sendo, portanto, axiologicamente neutras, a exemplo da fixação de limites de velocidade em vias públicas.

Mesmo que fosse possível fazer algum tipo de distinção, usando-se de critérios jurídicos ou metajurídicos, o fato é que a posição das sanções no âmbito administrativo ou penal se dá por meio de opções externadas no âmbito da política criminal. Apenas o legislador pode fixar, de acordo com os paradigmas sociais vigentes, quais ilícitos devem merecer a maior carga punitiva da sanção penal e quais podem ser deixados à repressão administrativa.



O tipo de sanção aplicável também não se presta como critério distintivo, de vez que tanto as sanções pecuniárias como as restritivas de direitos são utilizadas nos dois âmbitos. Como já dissemos, mesmo a pena privativa de liberdade não constitui monopólio do Direito Penal.

A par dessas dificuldades, Prates<sup>58</sup> sugere três elementos distintivos essencialmente formais. Do ponto de vista orgânico, a sanção penal é imposta exclusivamente pelos tribunais, não podendo a Administração ter parte nessa função. Sob o prisma simbólico, a sanção penal é eivada de reprovação ético-jurídica, em função da gravidade das condutas criminosas e da qualidade dos bens jurídicos por ela atingidos, o que não ocorre no domínio administrativo sancionador dada a neutralidade axiológica da ação administrativamente ilícita. No campo objetivo, a sanção penal, de ordinário, não visa à proteção de interesses difusos, os quais, por seu caráter abstrato e abrangente, seriam mais adequadamente defendidos pelo direito administrativo sancionador. A sanção administrativa, *ab initio*, não tenciona a defesa direta de bens jurídicos individuais e concretos, os quais apenas são por ela cobertos de maneira remota, por intermédio da reprovação de ações que os coloquem ou que tendam a os colocar em risco.

Para encerrar este capítulo, veja-se o entendimento de Hungria:<sup>59</sup>

“Pena administrativa e pena criminal: 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, pôsto 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 coação psicológica na prevenção contra o ilícito.”

---

58 PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 140-142.

59 Apud COZER, Felipe Rodrigues. *Reformatio in Pejus nos processos administrativos sancionadores*. Rio de Janeiro, 2007.2. Disponível em <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca\\_etds.php?...](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?...)> Acesso em: 18 set. 2010.

## CONCLUSÃO

Nada há contra um sistema punitivo composto por normas materiais, e respectivas sanções, divididas nos âmbitos penal e administrativo. O legislador tem ampla liberdade para tipificar como ilícitas as ações que malfiram bens que, a depender da valoração que a sociedade lhes atribua, sejam guindados à condição de juridicamente tutelados. O âmbito em que se dá a tutela, se administrativo ou penal, também é tratado e definido no processo legislativo, ressalvadas certas especificidades, como a imposição constitucional de tipificação penal para a proteção de determinados bens jurídicos expressos no artigo 5º da Carta Magna, e a vedação ao uso de medidas provisórias em matéria penal.

Não há distinções ontologicamente relevantes entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais, nem entre as respectivas sanções. O Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, subsistemas do sistema punitivo, são regidos pelos mesmos princípios constitucionais, ainda que com alguns poucos matizes.

Não há, também, um unitário *ius puniendi* estatal ou, em outros termos, uma unicidade de pretensão punitiva do Estado. Portanto, nada falar sobre prevalências do Direito Penal sobre o Direito Administrativo Sancionador, e vice-versa. É perfeitamente possível a coexistência pacífica de ambos, até porque, na maioria das vezes, os campos de incidência estão bem definidos.

Tanto as decisões sancionadoras prolatadas no âmbito administrativo quanto as decisões judiciais penais submetem-se ao mesmo controle de legalidade, tomando-se a legalidade em seu sentido mais amplo, defluente da Constituição Federal de 1988. As primeiras sujeitam-se ao controle judicial com base na inafastabilidade do Poder Judiciário

para a apreciação de lesão ou ameaça a direito. As segundas podem ser devolvidas a exame por meio dos variados recursos legais disponíveis.

As decisões judiciais penais repercutem na esfera extrapenal, inclusive no campo do Direito Administrativo Sancionador. Por seu turno, as decisões administrativas, embora não façam coisa julgada material, têm crescentemente repercutido na jurisdição penal, inclusive sendo alçadas à condição de requisito de tipicidade criminal, condição de punibilidade, justa causa ou elemento perfectibilizante.

Existe, então, um problema? Qual seria ele?

A resposta nos parece positiva e, de pronto, com base em nossa pesquisa, ousamos afirmar que o problema não está no campo dogmático-jurídico, mas, sim, na gestão do sistema punitivo.

A par das inconsistências intrínsecas aos subsistemas administrativo e penal, em termos de quantidade de pena, tipo de sanção, regimes de cumprimento e seu acompanhamento e controle, ritos processuais os mais variados, etc., o que pode ser tema de novo estudo, é perceptível que, embora seja correto afirmar, em tese, que o direito administrativo é mais dinâmico do que o direito penal e, portanto, mais apto a se conformar aos movimentos mutantes de uma sociedade em era tecnológica, o fato é que, a tutelar a ordem econômica subsistem normas administrativas da década de 30 do século passado, algumas editadas sob regime de exceção, portanto, incompatíveis com o Estado Democrático

Embora também seja correto afirmar, em tese, que o direito penal protege bens jurídicos de caráter supra-individual como a ordem econômica, desdobrada, em específico, em ordem tributária e sistema financeiro nacional, o fato é que o dinamismo da

criminalidade sofisticada (para não dizer organizada) não condiz com o rigorismo dogmático do direito penal. Também a finalidade última do direito penal, a condenação do infrator à pena de reclusão, não se coaduna com o arcaico mecanismo de cartas rogatórias necessárias para tentar recuperar ao menos parte dos recursos obtidos ilícitamente.

É, ainda, correto dizer que o legislador tem ampla liberdade para tipificar como ilícitas as ações que malfiram bens guindados à condição de juridicamente tutelados, e para transpor essa tipificação do âmbito administrativo ao penal, e vice-versa. No entanto, o fato é que, não raro, ocorre a sobreposição de ilícitos tipificados nos dois âmbitos, com diferenças de redação apenas semânticas ou, quando não, de modo aberto, mediante conceitos indeterminados, numa espécie de delegação ao Judiciário e ao Executivo para que perfectibilizem o tipo por interpretação ou regulamentação infralegal, o que quase nunca acontece em sintonia, em face das diferenças de ótica aplicadas ao caso, entre as quais a visão preventiva administrativa acerca de uma ação temerária e a visão judicial do resultado danoso inexistente;

Dentre os direitos das pessoas está o de serem processadas, julgadas e punidas, no campo do Direito Administrativo Sancionador, com a aplicação integral dos princípios e garantias constitucionais de regência, em especial os da razoabilidade, proporcionalidade, individualização da pena, tipicidade, retroatividade da norma mais favorável e culpabilidade. Há uma tendência na Administração em usar da chamada legalidade estrita como forma de proteção, compreensível, em face do rigorismo do controle sobre os agentes públicos, que têm, sobre suas cabeças, a espada da lei de improbidade administrativa.

Conforme indicado na introdução deste estudo, cremos ter demonstrado que o problema existe e se caracteriza pela pouca ou nenhuma aproximação entre os subsistemas sancionadores administrativo e penal, que compõem o sistema punitivo, inclusive no que diz com as normas pertinentes a cada um, transmitindo à sociedade uma percepção de duplo critério de justiça, associada a uma inexorabilidade da punição, se não em um, por certo no outro âmbito, pelo mesmo fato.

Também como aventado, parece possível deixar indicada alguma idéia, a ser objeto de futuro aprimoramento. Consiste esta em duas necessidades e duas possibilidades.

É necessário rever toda a legislação referente à tutela da economia – ordem econômico-financeira, em especial ordem tributária e sistema financeiro nacional – nos âmbitos do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, de modo a eliminar os déficits (lacunas) e os superávits (sobreposições) normativos acumulados por décadas de crises econômicas e cambiais geradoras de valorações de fatos como interesses vitais, os quais não se coadunariam com essa condição num ambiente de estabilidade e desenvolvimento sustentado.

Também necessário estabelecer, claramente, os ilícitos a serem tratados pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo Sancionador, privilegiando a fragmentariedade e a subsidiariedade do direito penal como instrumento de última instância, tipificando-os de modo a evitar sobreposições em homenagem ao princípio do *non bis in idem*.

Uma possibilidade de minimizar os problemas tratados neste trabalho seria rever a Lei nº 9.874, de 1999, conhecida como a Lei Geral do Processo Administrativo, a qual, malgrado o termo "Geral", é aplicável apenas subsidiariamente aos ritos processuais existentes à época de sua publicação, ritos esses previstos em decretos, resoluções e portarias.

Parece possível dividi-la em duas. Uma, aplicável aos processos administrativos não sancionadores, como os relativos a concessões, permissões, autorizações e quaisquer outras relações entre Administração e administrados; e a outra, reguladora dos processos administrativos sancionadores, mas efetivamente como lei geral, reformadora e determinante, ao menos, de um rito processual básico unitário para todos os órgãos dotados de poder sancionador.

A outra possibilidade seria considerar que o Poder Judiciário já dispõe, atualmente, de elevado grau de especialização dos ramos do direito, *v.g.*, a justiça trabalhista, de família, de falência ou recuperação judicial de empresas, da criança e do adolescente, do consumidor, etc. No campo do direito penal, têm-se as Varas Especializadas em crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, e de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Nessa linha de raciocínio, não se vislumbra óbices à criação e à implementação de ramo especializado de direito administrativo sancionador, permanecendo com a Administração apenas as sanções pertinentes ao exercício das medidas de polícia ou medidas desfavoráveis aos administrados.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Prefácio. Passim. In: FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BÔAS CUEVA, Ricardo Villas. **Autoridades administrativas independentes e o princípio do non bis in idem**. Palestra proferida no 2º Seminário “Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional”. São Paulo, 4 e 5 de setembro de 2008. Disponível em <[http://www.iiede.org.br/agenda\\_det.php?id=23](http://www.iiede.org.br/agenda_det.php?id=23)> Acesso em: 17 set. 2010.

CERQUEIRA, Ceres Aires. **Dívida externa brasileira**. 2. ed. Brasília: Banco Central do Brasil, 2003.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. Recurso Voluntário nº 4741. Relator: Raul Jorge de Pinho Curra Brasília, DF, 27 fev. 2008. Ata publicada no DOU de 7.4.2008, seção I, pp. 13-14.

COZER, Felipe Rodrigues. **Reformatio in Pejus nos processos administrativos sancionadores**. Rio de Janeiro, 2007.2. Disponível em <[http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca\\_etds.php?...](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?...)> Acesso em: 18 set. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **O crime de evasão de divisas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Conferência de abertura do 2º Seminário "Infrações e Sanções nos Serviços Públicos Regulados – Poder de Fiscalização, Poder de Polícia, Poder Sancionador"**. Brasília, 5 e 6 de outubro de 2010. Disponível em < [http://www.iiede.org.br/noticias\\_det.php?id=650](http://www.iiede.org.br/noticias_det.php?id=650)> Acesso em: 11 out. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito administrativo sancionador e direitos fundamentais: algumas considerações sistemáticas**. Exposição resumidamente apresentada no 2º seminário "Boa Governança no Sistema Financeiro Nacional". São Paulo, 4 e 5 de setembro de 2008. Disponível em < [http://www.iiede.org.br/agenda\\_det.php?id=23](http://www.iiede.org.br/agenda_det.php?id=23) > Acesso em: 17 set. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Conceito de Sanção Administrativa no Direito Brasileiro**; in Moreira Neto, Diogo de F. (Coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 8. ed. Saraiva, 1985, 3v.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. RMS nº 16.536/PE. Relator: Celso Limongi. Brasília, DF, 2 fev. 2010. DJe de 22.2.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª. Turma, RMS n. 25.627/DF, Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 15 mai. 2007. DJ de 19.10.2007.

\_\_\_\_\_. 1ª. Turma, RMS n. 24.699/DF, Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 30 nov. 2004. DJ de 1.7.2005.



TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. MS nº 426.680-6, OE. Relator: Lauro Augusto Fabrício de Melo. Curitiba, PR, 19 out. 2007. DJ de 7.12.2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 4ª Região. Apelação Cível nº 2008.70.00.023414-0/PR. Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, RS, 16 dez. 2009. DE de 26.1.2010.

## Anexo I



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CRSFN - CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

281ª Sessão

Recurso 4741

Processo BCB 0201171970

### RECURSO VOLUNTÁRIO

RECORRENTE:

[REDACTED]

RECORRIDO

BANCO CENTRAL DO BRASIL

**EMENTA:** RECURSO VOLUNTÁRIO – Câmbio – Exportação – Falta de negociação das divisas em estabelecimento autorizado a operar na modalidade ou de repatriamento das mercadorias – Sonegação de cobertura demonstrada – Apelo a que se nega provimento.

**PENALIDADE:** Multa Pecuniária.

**BASE LEGAL:** Decreto nº 23.258/33, art. 6º.

ACÓRDÃO/CRSFN 8304/08:

### RELATÓRIO

Em 22/10/2002, o Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais, intimou o Sr. [REDACTED], a apresentar defesa, em face da irregularidade descrita:

*"Efetivação de exportação, no valor líquido de US\$ 49.100,00 (...) sem a correspondente cobertura cambial (...)"*

2. Tal irregularidade caracteriza **infringência ao artigo 3º do Decreto 23.258, de 19.10.33**, sujeitando os responsáveis às **sanções previstas no artigo 6º do mesmo diploma legal**.

3. Em 23/12/2002 (fls. 36/43), o indiciado protocolizou defesa, alegando, em apertada síntese, o seguinte:

- Inicia afirmando ser proprietário de uma gleba de terras no município de Bagé/RS – Brasil, onde realiza atividades agrícolas e pecuárias, sob a denominação "Estância da Luz P.A.P"; além dessa propriedade, possui uma na vizinha República Oriental do Uruguai, onde explora particularmente agricultura orizícola, e onde usa de incentivos propiciados pelo Governo Uruguaio para incremento da produção agrícola, depois de que realizou uma transferência de implementos agrícolas, de sua propriedade nacional para sua propriedade rural uruguaia; (fls. 36/37)
- A "transferência internacional" de bens ocorreu através de formalização de "exportação", em virtude da necessidade do cumprimento dos requisitos burocráticos pertinentes, onde coincidem exportador e importador: o sr. [REDACTED]. Houve mera transferência de bens entre países, sem se verificar mudança no domínio



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CRSFN - CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

do quanto transferido, e sem dispêndio de moeda. O valor atribuído aos bens o foi unicamente a título de frete; (fl. 37/38)

- Quanto à contratação de operação de câmbio, afirma o ora recorrente que inexistiu movimentação financeira de moeda. Assim, nunca houve "contratação" de nenhuma espécie. Saliou ainda que exerce a atividade em seu nome pessoal – pessoa física ou jurídica – sem nunca ter constituído empresa ou firma individual.; (fl. 40)
- Nega a existência de dolo e levanta a sua não presunção, como princípio penal, e afirma, outrossim, que mesmo havendo outra forma de transferência dos bens, que não a da forma vazia de exportação, não poderia sobejar a figura da "sonegação", posto que inexistiu dispêndio de moeda correspondente ao objeto significado no contrato de exportação; (fls. 41/42)
- Requer seja o processo administrativo julgado improcedente, em virtude da inaplicabilidade do dispositivo em que se tipificou a conduta pretendida punível. (fl. 42)

4. Em 03/04/2003 (fls. 106/108), o BANCO CENTRAL DO BRASIL, por meio da **Decisão Decif/GTPAL-2003/089, assim se manifestou**, em apertada síntese:

- Baseado em evidências documentais, o BACEN afirma não merecerem amparo as afirmações do intimado de que não efetuou exportações senão mera transferência de local dos bens; (fl. 107)
- "A alegação de que, por não ter havido dispêndio de numerário, nunca houve necessidade legal de cobertura cambial não procede, pois a legislação cambial é bem clara quanto à necessidade de pagamento da exportação (CNC 5-1-2) e posterior fechamento de câmbio em estabelecimento bancário autorizado a operar em câmbio (Decreto 23.258/33)."; (fl. 107)
- "As afirmações do intimado de que teria agido lisamente e transferido legalmente os implementos para o exterior, ainda que verdadeiras, não retiram a evidência de que foi efetuada uma exportação normal, com cobertura cambial (...) e não uma mera transferência de bens, conforme alegado."; (fl. 107)
- Ao analisar as datas de embarque dos bens, em 31/10/1996 e 14/8/1997, o BACEN afirma que se poderia aventar da prescrição da ação punitiva sobre possíveis irregularidades, mas pondera que "no presente caso, todavia, considerando que a sonegação cambial também se constitui em ilícito penal, caracterizado como evasão de divisas ou manutenção de depósitos no exterior não-declarados, o prazo de prescrição alcança 12 anos, conforme previsto no artigo 22, caput, § único, da Lei 7.492/86, combinado com o artigo 1º, § 2º, da Lei 9.873/99."; (fl. 107)
- "No mérito, verifica-se que o indiciado realizou formalmente exportações para o Uruguai em outubro/1996 e agosto/1997, estando os Registros de Exportações ainda por aplicar (...) e não houve o retorno das máquinas."; (fl. 107)
- Coloca a decisão que não constam nos últimos cinco anos processos administrativos instaurados contra o ora recorrente."; (fl. 108)
- Assim, diante do exposto, caracterizada a sonegação de cobertura cambial, mas levando-se em conta como atenuante que o intimado realizou operação de exportação de maquinário para si mesmo, decidiu o Banco Central aplicar, ao Sr. Carlos Rodolfo Moglia Thompson Flores, com fulcro no artigo 6º do Decreto 23.258/33, a pena de multa pecuniária equivalente, em moeda nacional, a US\$ 2.455,00 correspondente a 5% (cinco por cento) do valor das operações irregulares (...)

5. Em 08/05/2003 (fls. 116/122), foi apresentado o **Recurso Voluntário, repisando, na essência**, os mesmos argumentos apresentados quando da defesa de primeira instância, e acrescentando os seguintes, em suma:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CRSFN - CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

- Começa por afirmar que a denominada "fatura comercial", acostada à fl. 76 dos autos, não é fatura mercantil, e sim uma simples declaração descritiva dos bens, informando-se data, destinatário e endereço. Afirma ainda que o documento distancia-se da lógica da realidade por superestimar valores de certos bens e por não os retratar devidamente. (fl. 117)
- Quanto à CNC 5-1-2, aduz que não pode ser oposta ao condenado. "O conhecimento presumido, previsto no art. 3º da Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (*sic*), mais conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil, ao afirmar que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece, é inaplicável ao caso presente, a saber: (...) a legislação argüida pela julgador e fundamentadora da condenação, não é 'lei' na legítima acepção da palavra e sim norma ou similar, que não tem sequer publicidade pelo Diário Oficial da União; (...) tal normativo não tem o condão de alterar a realidade fática de uma situação e, muito menos, a natureza jurídica de um ato transparente e inequívoco."; (fls. 117/118)
- A tipificação é inadequada ao caso, pois não houve pagamento, vez que a transferência foi para a mesma pessoa, não sendo lógica a exigência de cobertura cambial; (fl. 118)
- "Na realidade ficou o indiciado submetido aos desmandos de um despachante discrepado, desconhecedor das regras e que, indevidamente, preencheu documentos, para os quais não estava autorizado, com declarações diversas da realidade dos fatos."; (fl. 119)
- Ao Banco Central falece competência para o processo em comento, vez que exerce esta Autarquia Federal sua função relativamente a compra e venda de moeda estrangeira. Não havendo trânsito de moeda nas operações inquinadas, a fiscalização não poderia ficar nas diretrizes do BACEN; (fl. 119)
- Quanto à prescrição da pretensão do Banco Central, "(...) na área penal, verifica-se a prescrição antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, que seria a prescrição *in abstracto* e depois daquela, que seria a prescrição *in concreto* (...) No primeiro caso, que é o presente – não existe sentença e, muito menos, condenatória – aplica-se a prescrição *in abstracto*, regulando-se o dito prazo pelo máximo da pena que, no caso é de 6 (seis) anos. Ora, se os fatos – transferência de máquinas e implementos agrícolas para o Uruguai – de si e para si mesmo, ocorreram em 31.10.96 e 13.08.97, no mínimo, a primeira transferência já estaria atingida pela prescrição, no âmbito penal."; (fl. 120)
- Citando doutrina e jurisprudência, o ora recorrente afirma que "na saída de mercadorias, inexistente crime, se não são devidos tributos fiscais pela saída. É o caso. Não há tributação pela saída. A falta de cobertura cambial (se tivesse havido) é só infração administrativa."; (fls. 120/121)
- Por outro lado, segundo a defesa, resta mais do que comprovada a não participação do indiciado nos atos. Em nenhum momento, nos autos deste processo, se encontra a assinatura do indiciado, exceto em procurações a advogados e no A.R. da intimação; (fl. 121)
- O Banco Central não comprovou a realização efetiva da "operação de câmbio", "compra e venda de moeda" ou manejo de divisas, aduzindo o defendente ainda que os documentos foram mal preenchidos, e não foram objeto de seu conhecimento ou assinatura."; (fl. 121)
- Requeru a extinção do processo, com o julgamento de inteiramente improcedente do processo administrativo *sub judice*. (fl. 122)

**6. Em 05/02/2004 (fl. 126/127), o então representante da PGFN requereu "pedido de diligência", alegando "dificuldades técnicas e conceituais de aceitar a forma pela qual a decisão autárquica foi lavrada", para fazer baixar os**



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CRSFN - CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

autos para que o DEJUR/BACEN se pronunciasse a respeito da viabilidade jurídica do conteúdo da decisão proferida pela Autarquia, bem como avaliar se a prescrição, a respeito da sonegação cambial como ilícito penal, caracterizado como evasão de divisas, ou manutenção de depósitos no exterior não declarados, deveria ser regulado pela lei penal.

7. Em 18/04/2005 (fls. 132/138), o Banco Central do Brasil, em resposta à citada diligência, informou, em suas conclusões, que: (i) ao constituir o Administrador Público como intérprete autêntico da norma, o legislador pátrio não pretendeu usurpar o direito do Ministério Público previsto no art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, tampouco macular o princípio da jurisdição una; (ii) o procedimento administrativo adotado pelo Estado e por seus Entes Públicos é independente do processo penal e goza de presunção de legalidade, legitimidade e de vinculatividade; e (iii) inexistente reparo a ser feito na decisão técnico-administrativa adotada pelo DECIF/GTPAL nos presentes autos, em razão de sua perfeita adequação à hipótese legal.

8. Em 24/04/2007, a PGFN, por seu ilustre Procurador, exarou seu douto parecer, nos seguintes termos, em apertada síntese:

- "As razões recursais não abalam a materialidade e autoria descritas na decisão *a quo*. A punição está bem fundamentada, encontra-se livre de vícios, a pena aplicada insere-se dentre as cominadas e o processo obedeceu aos princípios da oportunidade e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.";
- "A prescrição, ademais, não transcorreu na espécie.";
- Assevera que dos termos da Lei nº 9.873 verifica-se "(...) o sistema da unicidade temporal da pretensão punitiva do Estado, mediante a comunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa no que toca ao lapso prescricional para seu exercício. O dogma da independência das instâncias há muito convive com a unicidade de prazo para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública.";
- Opinou pelo improvimento do recurso voluntário, mantendo-se intocada a decisão apelada.

É o RELATÓRIO. Brasília, 20 de novembro de 2007. FÁBIO MARTINS FARIA -  
Conselheiro Relator. Subscribo, na íntegra, o Relatório supra. Raul Jorge de Pinho Curro -  
Conselheiro.

Despacho do Revisor:

Nada a acrescentar ao relatório apresentado pelo ilustre Conselheiro Dr. Fábio Martins Faria.  
Brasília, 24 de janeiro de 2008. Felisberto Bonfim Pereira - Conselheiro-Revisor.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em face de decisão do Banco Central do Brasil que aplicou ao Sr. [REDACTED], com fulcro no artigo 6º do Decreto 23.258/33, a pena de multa pecuniária equivalente, em moeda nacional, a US\$ 2.455,00 correspondente a 5% (cinco por cento) do valor das operações irregulares, em decorrência de efetivação de exportação, no valor líquido de US\$ 49.100,00, sem a correspondente cobertura



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CRSFN - CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

*cambial*, em infringência ao artigo 3º do Decreto 23.258, de 19.10.33, e sujeitando os responsáveis às sanções previstas no artigo 6º do mesmo diploma legal.

Inicialmente, insustentáveis as alegações do Recorrente quanto à pretendida ocorrência de prescrição da ação punitiva da Administração neste processo, tendo em vista que, em se tratando de sonegação cambial, por constituir um ilícito penal - evasão de divisas ou manutenção de depósitos no exterior não-declarados -, o prazo de prescrição alcança 12 anos, conforme previsto no artigo 22, caput, § único, da Lei 7.492/86, em combinação com o artigo 1º, § 2º, da Lei 9.873/99. Ademais, ainda que essa hipótese fosse inaplicável ao caso concreto, tem-se que a prescrição, ainda assim, ficaria irremediavelmente afastada em face da existência de fato inequívoco que a interrompeu.

Por outro lado, autoria e materialidade das irregularidades ficaram devidamente comprovadas, sendo que o Recorrente longe está de negar o seu cometimento, apenas discorda da forma como foram enquadradas pela Autarquia, deixando, ademais, de apresentar contraprovas que pudessem vir em seu socorro.

Já no que respeita a dosimetria, andou bem a Autarquia pois aplicou a pena mínima de 5% sobre o total das operações inquinadas de irregulares por considerá-las de potencial menos grave em razão da exportação ter sido feita para o próprio Recorrente no exterior.

Diante do exposto, voto pelo improvimento do recurso voluntário, mantendo inalterada a decisão de primeira instância.

É o VOTO. Brasília, 26 de fevereiro de 2008. RAUL JORGE DE PINHO CURRO -  
Conselheiro Relator.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, decidem os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por maioria e nos termos do voto do Conselheiro-Relator, a) rejeitar, sem enfoque no aspecto penal, a questão de preliminar argüida (prescrição quinquenal), b) negar provimento ao recurso interposto, mantida a decisão do órgão de primeiro grau no sentido de aplicar a [REDACTED] pena de multa pecuniária no valor equivalente a US\$ 2,455.00 (dois mil e quatrocentos e cinqüenta e cinco dólares dos Estados Unidos), vencidos o Conselheiro Johan Albino Ribeiro e a Conselheira Rita Maria Scarponi em **a**, tendo igual sorte o voto (arquivamento) proferido solitariamente por nominado Conselheiro em **b**.

Participaram do julgamento os seguintes Conselheiros: Drs. Daniel Augusto Borges da Costa, Felisberto Bonfim Pereira, Johan Albino Ribeiro, Leonardo Brunet Mendes de Moraes, Marco Antonio Martins de Araújo Filho, Marcos Galileu Lorena Dutra, Raul Jorge de Pinho Curro e Rita Maria Scarponi. Presentes a Dra. Luciana Moreira Gomes, Procuradora da Fazenda Nacional, e Marcos Martins de Souza, Secretário-Executivo do CRSFN.

Brasília, 27 de fevereiro 2008.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
CRSFN - CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

**DANIEL AUGUSTO BORGES DA COSTA**  
Presidente

**RAUL JORGE DE PINHO CURRO**  
Relator

**LUCIANA MOREIRA GOMES**  
Procuradora da Fazenda Nacional  
Ata publicada no DOU de 07.04.2008, seção 1, págs. 13 e 14

## Anexo II

184

  
 Poder Judiciário  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
 Seção Judiciária do Rio Grande do Sul  
 1ª Vara Federal Criminal e Juizado Especial Federal de Porto Alegre

Pgcb/Prés rubrica fl. 174

**CONCLUSÃO**

*Faço estes autos conclusos ao(à) Juiz(iza) Federal.*

*Em 08/8/2005.*

*Diretor de Secretaria* Renê Ayres

**INQUÉRITO Nº 2003.71.00.042456-5/RS**

**AUTOR : JUSTIÇA PÚBLICA**

**INDICIADO :** \_\_\_\_\_

**DECISÃO**

Cuida-se do **Inquérito Policial** n.º 009/2003, instaurado com o objetivo de apurar a prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional - art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86 -, em tese atribuído a \_\_\_\_\_, por ter realizado, em data de 31.10.1996 e em 14.8.1997, operações de exportação de mercadorias no valor de **US\$ 49.100,00** (quarenta e nove mil e cem dólares dos Estados Unidos), sem a comprovação do regular ingresso da moeda estrangeira por meio de instituição financeira autorizada a operar em câmbio ou a repatriação das mercadorias enviadas.

Relatado o apuratório (fl. 144) e promovidas novas diligências a requerimento do **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** (fls. 146/147, 155/156 e 163/165), sobreveio promoção pelo arquivamento, em razão da falta de elementos de convicção suficientes à persecução penal (fls. 168/177).

**É o breve relato.**

Conforme entendimento manifestado pelo MM. Juiz Titular desta 1ª Vara Federal Criminal em processos similares ao presente, a conduta relatada no presente inquérito é atípica, consoante decisão proferida nos autos do Inquérito Policial n.º 2004.71.00.009955-5, a qual passo a transcrever:

"Primeiramente, é necessário que se faça uma breve digressão acerca do conceito de divisas.

Segundo o TRF da 4ª. Região: *A expressão divisa, contida no parágrafo único do art. 22 da Lei n.º 7.492/86, consiste em elemento normativo do tipo, ou seja, depende de um juízo de valor para adquirir sentido jurídico. A interpretação do conceito de divisa, elaborada com base nas normas que regulam o ingresso e a saída de valores do país, em nada ofende os*

2003.71.00.042456-5 [RCA/RCA]  


37155.V005 1/6  






Poder Judiciário  
JUSTIÇA FEDERAL  
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul  
1ª Vara Federal Criminal e Juizado Especial Federal de Porto Alegre

Pg/bcb/Tr4rs

Rubrica

n.º

45

185

*princípios penais da legalidade, taxatividade e tipicidade.* (ACR 1999.04.01.069388-5/PR, Fábio Rosa, 7ª T., m., DJ 16.1.02).

Na linguagem corrente, a expressão questionada pode significar, na acepção que aqui interessa: *letras, cheques, ordens de pagamento etc., convertíveis em moedas estrangeiras, ou as próprias moedas, usadas por governos e por entidades privadas nas transações comerciais.* (HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro : Objetiva, 2001, p. 1.065). No Dicionário Aurélio, o termo vem definido como 5. *Econ. Título que permite a um residente do país receber moeda ou mercadoria de um residente no exterior.* (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda et alli. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa.* 2ª. Ed., 27ª. Impr., Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986, p. 603).

No Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva figura o seguinte: *Na nomenclatura das operações de câmbio, é usado para exprimir a própria cambial, ou seja, o saque de câmbio que pode ser emitido contra qualquer praça estrangeira, para constituir reservas ou disponibilidades que possam autorizar pagamentos de aquisições ali realizadas. Dessa forma, divisa, além de ser indicativo da própria cambial, assinala a existência dessa mesma reserva ou disponibilidade a favor de um país em mercado estrangeiro.* (DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico, 15ª. Ed., Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 285).

De acordo com o Manual da Universidade Corporativa Banco do Brasil: *Divisas são as disponibilidades que um país possui, em moedas estrangeiras, obtidas pelas exportações, pelos empréstimos de capitais, vendas de tecnologias, direitos de patentes, etc. O termo divisa compreende as próprias moedas estrangeiras, letras de câmbio, ordens de pagamento, cheques, cartas de crédito, saldos das agências bancárias no exterior, etc.* (BANCO DO BRASIL, *Práticas Cambiais, s/local, 2002, p. 11*)

Segundo precedente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, divisas são: (...) *meios de pagamento que um país tem contra o estrangeiro, o que inclui moedas, títulos de crédito, direitos especiais de saque, depósitos bancários, letras do Tesouro, valores públicos a curto e longo prazo, na espécie dos autos é certo que mercadorias saíam e não créditos que elas representam.* (...) (TRF 3ª R., ACR 1999.60.00.002347-0/MS, André Nabarrete, 5ª T., un., 8.4.03).

Para a jurisprudência, integram o conceito de divisas:

2003.71.00.042456-5 [RCAO/RCA]



37155.V005 2/6





Poder Judiciário  
JUSTIÇA FEDERAL

Seção Judiciária do Rio Grande do Sul  
1ª Vara Federal Criminal e Juizado Especial Federal de Porto Alegre

Pgcbu/Prdes

rubrica

196

146

a) *cheques sacados contra bancos* (STJ, HC 10.329/PR, Edson Vidigal, 5ª T., un., DJ 27.9.99) ou *praças* (TRF 4ª R, ACR 1999.04.01.059260-6/PR, Ellen Gracie, 1ª T., un., DJ 19.1.00) *do exterior*;

b) *cheques sacados contra instituições financeiras nacionais* (TRF 4ª R., ACR 1999.04.01.053390-0/PR, Elcio Pinheiro de Castro, T. Férias, un., DJ 18.8.99; TRF 4ª R, ACR 1999.04.01.132-42/PR, Elcio Pinheiro de Castro, 2ª T., un., DJ 25.10.00; TRF 4ª R., ACR 1999.04.01.069388-5/PR, Fábio Rosa, 7ª T., m., DJ 16.1.02);

c) *o ouro, que "já era considerado como ativo financeiro ou instrumento cambial, conforme o disposto no Decreto-Lei nº 581/69 e na Lei nº 4.595/64" (art. 11, III) (TRF 4ª R., HC 97.04.71526-9/RS, Jardim de Camargo, 2ª T., un., DJ 15.7.98).*

Visto o conceito, surge o problema quando não há comprovação de que os recursos saíram do país, mas apenas que *deixaram de entrar*. A hipótese, bastante comum, é de que tenha sido firmado um contrato de câmbio vinculado a uma operação de exportação. Há comprovação do embarque da mercadoria, mas não da liquidação do contrato de câmbio, com o ingresso das divisas correspondentes. Claro está que isso pode ocorrer por variados motivos, alguns justificados, tais como inadimplência por parte do importador no exterior. Ainda que o exportador não comprove junto ao Bacen que está buscando receber os valores no exterior, e venha a ser punido administrativamente, por ter cometido fraude cambial, é duvidosa a tipicidade penal de tal conduta, mesmo que tenha o agente optado por deixar os valores referentes à exportação no exterior. É que, a rigor, não há nesse caso *evasão de divisas*, uma vez que apenas as mercadorias, e não os valores, deixaram o país. O que se dá é *omissão no ingresso das divisas*, conduta não alcançada pela literalidade da norma penal incriminadora.

Na jurisprudência há duas posições.

A primeira é no sentido de que: *A evasão não pressupõe, necessariamente, a saída física do numerário, consistindo, de fato, no prejuízo às reservas cambiais brasileiras, independentemente de estar entrando ou saindo o dinheiro do País.* (STJ, RHC 9.281/PR, Gilson Dipp, 5ª T, un., 13.9.00).

Na mesma linha, por maioria, vencida a Relatora, o TRF da 3ª Região, ao afirmar a *equiparação da conduta, de evasão de divisas à conduta de não fechamento, no prazo legal, de contrato de câmbio, com o que deixaram de entrar divisas no país* (HC 97.03.062818-4/SP, Sylvia Steiner, 2ª T., m., 15.6.99).

2003.71.00.042456-5 [RCA/RCA]



37155.V005 3/6



*HL*



Poder Judiciário  
JUSTIÇA FEDERAL  
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul  
1ª Vara Federal Criminal e Juizado Especial Federal de Porto Alegre

Pgob/Pr4m

rubrica

147

187

Também no mesmo sentido, em outra formulação: *A tipicidade dos fatos é evidente, na medida em que se enquadram no tipo penal descrito pelo artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, vez que as receitas decorrentes das operações de exportação não ingressaram no Brasil, na forma prevista na resolução nº 667/80 do Banco Central do Brasil, permanecendo com empresa estrangeira situada em Grand Cayman, a conduta delituosa que o tipo legal visa coibir é não só a saída da moeda do território brasileiro, como também o deixar de entrar a mesma no território nacional.* (TRF 3ª. R., HC 97.03.066544-6/97, Marisa Santos, 2ª. T., un., 26.5.00)

Outra decisão representativa dessa posição é aquela em que se afirmou que: *O ato de despachar crustáceos de tamanho e qualidade diversos dos declarados às autoridades e, por isso, com preço inferior ao declarado, implica efetivar operação de câmbio irregular, promovendo evasão de divisas, porquanto em desacordo com a autorização de exportação da CACEX (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86).* (TRF 4ª. R., ACR 1999.04.01.024303-0/SC, 7ª. T., 11.6.02). Com a devida vênia, temos que não houve, no caso, evasão de divisas, podendo ter ocorrido o crime do parágrafo único do art. 21 da Lei nº 7.492/86.

A segunda posição, que adotamos, é pela atipicidade da conduta de evasão de divisas nos casos de falta de liquidação do contrato de câmbio ou mesmo de subfaturamento de exportações. Nesse sentido, assim manifestou-se o TRF da 4ª. Região:

Idêntica foi a solução no caso em que foram realizadas "exportações de mercadorias sem prévia vinculação a contratos de câmbio." Entendeu o mesmo Tribunal atípica a conduta, nos seguintes termos: *A norma penal, sobretudo a incriminadora, deve ser interpretada restritivamente, sendo vedado o uso da analogia. O fato praticado pelos recorridos, consistente em operações de exportação de mercadorias sem a comprovação dos contratos de câmbio pertinentes, em que pese ser tão ou mais danosos à economia e à operação nacional, na medida em que saíram mercadorias do País, e não ingressaram, pelo menos ao que se presume, as respectivas divisas, é penalmente impune, por não se enquadrar no tipo penal contido no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, que trata da evasão de divisas.* (RSE 2001.04.01.011338-5/PR, José Luiz B. Germano da Silva, 7ª T., un., DJ 12.9.01)

*O art. 22 da Lei nº 7.492/86 é um crime de intenção porque contém o elemento subjetivo do tipo, que se realiza por meio do ato de efetuar a operação de câmbio não autorizada a fim de promover evasão de divisas do país. Trata-se de um crime comissivo, que não prevê forma omissiva. 3.*

2003.71.00.042456-5 [RCA/RCA]



37155.V005 4/6





Pgcbcb/Pr4rs

rubrica

fl.

189

48

Poder Judiciário  
JUSTIÇA FEDERAL  
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul  
1ª Vara Federal Criminal e Juizado Especial Federal de Porto Alegre

*Quanto à forma equiparada, prevista no parágrafo único do referido artigo, tipifica a retirada da divisa de dentro para fora do país. Promover a saída de moeda ou divisa para o exterior. Impedir que a moeda entre no território nacional não é conduta típica, poderia ser equiparada, mas isso por meio de um raciocínio de interpretação extensiva ou analógica do tipo penal, o que é vedado in malam partem. (RSE 2002.04.01.012440-5/SC, Fábio Rosa, 7ª T., un., 26.11.02).*

Uma terceira posição vislumbra, na hipótese, estelionato (TRF 3ª R., ACR 1999.60.00.002347-0/MS, André Nabarrete, 5ª T., un., 8.4.03). Com a devida vênia, parece que não há aqui proveito econômico do agente em prejuízo de terceiro, não se podendo falar em estelionato.

Por fim, em recente decisão proferida no âmbito da 8ª Turma, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região reforçou a posição pela atipicidade da conduta prevista parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, nos casos de omissão no ingresso de divisas: *Com efeito, somente por interpretação extensiva do tipo penal em exame poderia se chegar ao resultado típico pretendido pelo parquet, já que a descrição objetiva do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 somente prevê a saída de divisas do país. Decorre daí, que o simples ingresso de valores no território nacional não se enquadra nas hipóteses de crime contra o sistema financeiro nacional. Se é assim, muito menos se pode cogitar como típico o fato de ter havido "omissão na entrada de divisas" (...). (RSE 2003.71.00.042201-5/RS, Paulo Afonso Brum Vaz, 8ª T., un., DJ 30.3.05)"*

No caso concreto, noticia o Banco Central do Brasil a conduta de exportar mercadorias, "sem que tenha comprovado o ingresso da correspondente moeda estrangeira, por estabelecimento autorizado a operar em câmbio, nem tampouco o retorno das mercadorias ao País." (fl. 6).

A conduta descrita, consoante entendimento acima exposto, não configuraria crime de evasão de divisas. Admite-se que há fraude cambial como infração administrativa, mas sem preencher os requisitos da tipificação penal. Por outro lado, poderá configurar o crime do parágrafo único do art. 22, parte final, da manutenção dos valores no exterior, mas para isso será necessário determinar o local, a instituição financeira e os valores mantidos nas contas, dados estes que não se encontram nos autos.

ANTE O EXPOSTO, diante da atipicidade do fato quanto ao delito de evasão de divisas, e ante a ausência de informações acerca do delito tipificado no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86, acolho o pleito formulado pelo *parquet*, e **DETERMINO O ARQUIVAMENTO** dos presentes autos, com a ressalva da hipótese prevista no art. 18 do CPP.

2003.71.00.042456-5 [RCAO/RCA]



37155.V005 5/6





Pg:cb/Pr4es rubrica 149 189

**Poder Judiciário**  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
 Seção Judiciária do Rio Grande do Sul  
 1ª Vara Federal Criminal e Juizado Especial Federal de Porto Alegre


Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

**Oficie-se** ao Banco Central do Brasil, encaminhando cópia da presente decisão.

**Comunique-se** à Autoridade Policial.

Após, providencie a Secretaria na baixa e arquivamento dos autos.

Porto Alegre, 17 de agosto de 2005.

  
**Paulo Vieira Assafine**  
 Juiz Federal Substituto

**RECEBIMENTO**  
 Recebi os presentes autos do(a) Juiz(iza) Federal  
 Em  
 p/Diretor(a) de Secretaria \_\_\_\_\_

2003.71.00.042456-5 [RCAO/RCA]  


37155.V005 6/6  
