

Fábio Medina Osório e Fábio Eduardo Galvão Ferreira Costa

# PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO SFN



Direito Administrativo Sancionador (DAS) tem origem no recorte do poder de polícia<sup>1</sup> do Estado e nasce com autonomia científica apenas muito recentemente no Brasil<sup>2</sup>, a partir da primeira obra monográfica publicada com esse título específico.

O DAS abarca o sistema financeiro nacional (Lei 4595/64) e interage com outras disciplinas jurídicas e metajurídicas.

## REPERCUSSÃO GERAL NO STF

No julgamento do ARE 843989/PR, o STF fixou a repercussão geral da retroatividade benigna da Lei 14.230/21<sup>3</sup>.

O novo paradigma elencou os princípios constitucionais do DAS, entre os quais, da legalidade, tipicidade e responsabilidade subjetiva, aplicáveis à atuação sancionadora no SFN. Como decorrência, a deslegalização e os tipos demasiado abertos devem ser considerados inconstitucionais, pois a tipicidade mínima é corolário da legalidade e responsabilidade subjetiva.

<sup>1</sup> No IA nº 05/1998, j. 08/07/1999, a CVM tratou da prescrição das sanções administrativas. No MS nº 637445 – 1988.063744-5, j. 18/08/1994, a 4ª Câmara Cível do TJ-SC analisou as sanções administrativas do BCB. Nelson Hungria já diferenciava os ilícitos administrativo e penal (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Revista De Direito Administrativo, v.1, n. 1, p. 24–31, 1945).

<sup>2</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador* – 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, foi a primeira obra monográfica com esse título específico no Brasil.

<sup>3</sup> Alterou a Lei 8.429/92.



**A pretensão punitiva estatal pode ser objeto de negociação e nesta etapa não se discute o mérito, mas sim a narrativa em tese deduzida pela autoridade acusatória, cuja lógica deve ser demonstrada. A negociação pode, nesse contexto, adentrar debates sobre dosimetria das sanções e gravidade dos ilícitos, mas deve justificar nexos causais abstratos a partir da descrição da conduta proibida. Em qualquer cenário, a pretensão punitiva se vinculará a precedentes judiciais e administrativos, à luz do princípio da segurança jurídica.**

#### RETROATIVIDADE DAS NORMAS MAIS BENIGNAS

O STF mitigou a retroatividade benigna da Lei 8.429/92, não alcançando os processos transitados em julgado. Entendemos que o STF afrontou jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>4</sup> e Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>5</sup>. Mais ainda, a retroatividade mitigada incide apenas para as ações de improbidade administrativa e não afeta o DAS no SFN.

Noutros segmentos do DAS, em especial no SFN, a jurisprudência confere amplo alcance à retroatividade benigna, reconhecendo sua aplicação no Processo Administrativo Sancionador (PAS) e nos Inquéritos Administrativos (IA)<sup>6</sup>.

Assim, a aplicação do DAS no SFN deve incorporar a retroatividade benigna em toda sua extensão (art. 5º, XL, CF), alcançando a coisa julgada para fins de revisão administrativa ou rescisórias.

#### PARÂMETROS PARA O DIREITO CONSENSUAL

O direito consensual<sup>7</sup> traz efetividade ao DAS no SFN, viabilizando os mecanismos do Termo de Compromisso (TC) e Acordo Administrativo em Processos de Supervisão (APS), que possibilitam a suspensão e extinção de processos punitivos.

Imperioso observar os critérios adotados por cada Órgão Regulador<sup>8</sup> e os precedentes de negociação. Assinale-se que a construção da proposta deve considerar os seguintes parâmetros: (a) natureza e gravidade das infrações; (b) antecedentes

dos investigados; (c) efetiva possibilidade de condenação; (d) necessidade de posicionamento orientador pelo regulador; (e) estágio processual a justificar o benefício; (f) economia e celeridade processual, na extinção ou não do processo em relação aos demais investigados.

#### APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NOS ACORDOS

A pretensão punitiva estatal pode ser objeto de negociação e nesta etapa não se discute o mérito, mas sim a narrativa em tese deduzida pela autoridade acusatória, cuja lógica deve ser demonstrada. A negociação pode, nesse contexto, adentrar debates sobre dosimetria das sanções e gravidade dos ilícitos, mas deve justificar nexos causais abstratos a partir da descrição da conduta proibida. Em qualquer cenário, a pretensão punitiva se vinculará a precedentes judiciais e administrativos, à luz do princípio da segurança jurídica.

Ao emitir juízo sobre as propostas, o Órgão Regulador deverá seguir os critérios dos acordos anteriores e, em linha com a Teoria dos Precedentes (art. 30, § único, LINDB; arts. 926 e 927, CPC; e art. 13, Lei 13.874/19), deverá justificar eventual overruling dos precedentes debatidos durante negociação (art. 489, §1º, VI, CPC).

Importante que os juristas tenham visão integrada do DAS com a economia e o mercado para o diálogo com os reguladores, para compreensão dos próprios tipos sancionadores envolvidos.

Fábio Medina Osório and Fábio Eduardo Galvão Ferreira Costa

## CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS LAW IN THE NFS

**A**dministrative Sanctions Law (ASL) has its root in the State's policing power and only very recently gained scientific autonomy in Brazil, beginning with the first monograph published under this specific title.

ASL comprehends the National Financial System (NFS, Law No. 4595/64) and interacts with other legal and meta-legal disciplines.

#### GENERAL SUPREME-COURT REPERCUSSION

When ruling upon Special Appeal (ARE) 843989/PR, the Brazilian Supreme Court (STF) enshrined the general applicability of the new paradigm, listed the constitutional principles of ASL, including those of legality, typicality and subjective liability, among others, which apply to sanctioning acts within the NFS. As a result, de-legalization and exceedingly broad criminal types must be deemed unconstitutional, as minimum typicality is a corollary of legality and subjective liability.

#### THE RETROACTIVE NATURE OF MORE BENIGN NORMS

The STF mitigated the benign retroactive nature of Law 8.429/92, and failed to extend it to res judicata. We understand that the STF's ruling flies in the face of the case law of the Inter-American Human Rights Court and the European Human Rights Court. Furthermore, mitigated retroactivity applies only to administrative malfeasance cases, and does not affect ASL in the NFS.

In other segments of ASL, in particular as concerns the NFS, case law lends extensive reach to benign retroactivity, recognizing its application to Administrative Sanctioning Procedure (ASP) and Administrative Inquiries (AI).

Therefore, application of ASL to the NFS must incorporate benign retroactivity in its fullest extent (Article 5, Item XL, of the Brazilian Federal Constitution), including res judicata for the purposes of administrative review or writs of reversal.

#### PLEA BARGAINING PARAMETERS

Plea bargaining adds effectiveness to ALS within the NFS, enabling the mechanisms of Pledge Statements (OS) and Administrative Deal in Oversight Proceedings (ADO), which allow suspending and terminating sanctioning proceedings.

One must point out the criteria that each Regulatory adopts, as well as previous bargaining cases. Construction of the proposed deal must take account of the following parameters: (a) the nature and severity of the conduct; (b) track record of the suspects; (c) actual odds of conviction; (d) need of advisory view of the regulator; (e) stage of the proceedings justifying the benefit; (f) procedural economy and speed as concerns termination or non-termination of the case vis-à-vis other suspects.

#### APPLICATION OF THEORY OF PRECEDENT TO PLEA DEALS

The state's sanctioning intent may be the subject of negotiation. At this stage, it is not merit that is under discussion but rather the theoretical narrative deduced by the accusing authority, the logic of which must be substantiated. In such a context, bargaining may include discussion of sanctioning dosage and the severity of the breaches, but must justify abstract causal links based on a description of the forbidden conduct. In any event, the sanctioning intent will be bound by court and administrative case law in the light of the principle of legal safety.

When ruling on proposed deals, the Regulatory Authority must embrace the criteria of previous deals and, in line with the Theory of Precedent (Article 30, sole paragraph, LINDB; Articles 926 and 927, Brazilian Civil Procedural Code; and Article 13, Law 13.874/19), justify any overruling relative to the case-law discussed in negotiations (Article. 489, Paragraph 1 of the Brazilian Civil Procedural Code).

It is key for legal practitioners to have an integrated view of ASL, the economy and the market to strike a dialogue with regulators, so that the criminal conducts in question are themselves properly understood.

<sup>4</sup> Casos Baena v. Panamá, par. 106; Canese v. Paraguay, pars. 178 e 179; e Ordoñez v. Guatemala, par. 89.

<sup>5</sup> Caso Öztürk v. Alemanha, pars. 45 e ss.

<sup>6</sup> Nos PAS CVM RJ2013/5456, j. 20/10/2015; RJ2013/11113, j. 11/08/2015; RJ2005/8542, j. 29/08/2006; e nos IA CVM 38/00, j. 02/04/2003; e 06/94, j. 21/03/2002.

<sup>7</sup> Leis 6.385/76 e 13.506/17.

<sup>8</sup> Resoluções BCB 131/21 e CVM 45/21.