

VOTO

RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta que tem por objeto seis processos administrativos sancionadores oriundos do Banco Central do Brasil.
2. Os ditos processos, que se encontram em variadas fases, tratam de irregularidades em fundos de investimento e em operações de investidores não residentes, tendo sido instaurados pelo BACEN com base na Lei nº 4.595/64 que, com o advento da Lei nº 10.303/01, vigente a partir de 01.03.2002, passaram à competência desta Casa. Hoje, inclusive, os fundos de investimento já contam com regulamento específico, baixado pela própria CVM – Instrução CVM nº 409/04.
3. Diante dessa situação, a Diretoria de Fiscalização do Bacen – DIFIS – indagou a Procuradoria daquela autarquia sobre o tratamento a ser dado a estes processos administrativos em curso e, em expediente interno (Nota-Infomal/2002/00030/Dejur/Gabin), datado de 19.11.2002, esta manifestou o seu entendimento sobre a questão, do qual destaquei os seguintes pontos:
 - a. Nas normas relativas a processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, não há qualquer disposição a respeito do direito intertemporal, demandando, portanto, uma solução com base nos princípios gerais aplicáveis ao direito processual, que é gênero, do qual o direito processual administrativo é espécie;
 - b. Rememorou manifestação própria, quando da extinção do Dedip, em que aquela Procuradoria esposara o entendimento segundo o qual, "a lei nova atinge o processo em curso no ponto em que este se achar, no momento em que ela entra em vigor, sendo resguardada a inteira eficácia dos atos processuais até então praticados. São os atos posteriores à lei nova que se regularão conforme os preceitos desta."⁽¹⁾;
 - c. Quanto às infrações de regras relativas à relação fundo-administrador, ficam preservados todos os atos processuais até então praticados, uma vez que a competência para a persecução administrativa permanece com o Bacen, cabendo a este julgá-las;
 - d. Quanto às infrações de regras relativas à relação fundo-cotista, ficam preservados todos os atos processuais praticados até 28.02.2002. Os atos praticados a partir de 01.03.2002, data em que entrou em vigor a Lei nº 10.303/01, não gozam de validade, uma vez que a persecução administrativa foi transferida para a CVM. Entretanto, a nulidade desses atos só deverá ser decretada caso tenha havido prejuízo para o acusado, cabendo àquela a apreciação de qualquer postulação a respeito;
 - e. Os autos dos processos administrativos em referência devem ser encaminhados à CVM para julgamento, cabendo a ela a condução do trâmite processual posterior até o fim;
 - f. Quanto aos casos em que se imputar ao acusado infração às regras protetivas da solidez de instituição financeira e, cumulativamente, infração das regras que protegem os interesses dos investidores, ficam ambas as autarquias competentes para, cada uma, julgar as infrações aos seus respectivos regulamentos;
 - g. Explicou, ainda, que tanto as sociedades anônimas de capital aberto, quanto as de capital fechado, como é o caso do Banco Meridional S.A. e do Banco Bozano, Simonsen S.A., submetem-se à regulação e supervisão da CVM, no tocante às atividades sujeitas ao regime da Lei nº 6.385/76, dentre elas, a administração de fundos de investimento.
4. Desta feita, em 07.03.2003, a Superintendência de Fiscalização Externa recebeu os referidos processos para dar continuidade no âmbito desta CVM e, em 17.03.2003, através do MEMO/CVM/SFI/Nº 009/2003, consultou a PFE, a respeito dos procedimentos aplicáveis e, ainda, sobre a possibilidade de aproveitamento dos atos já realizados pelo Bacen.
5. Através do MEMO/CVM/GJU-1/Nº 95/03, datado de 26.03.2003, a PFE manifestou-se assim:
 - a. Trata-se, indubitavelmente, de normas de natureza processual, uma vez que concernem ao procedimento administrativo sancionador. Assim, ao entrar em vigor, a lei nova atinge o processo no estado em que este se achar, respeitando os efeitos dos atos já praticados. Estes sim permanecem regulados pela lei do tempo em que foram consumados;
 - b. Se, eventualmente, a lei nova vem a suprimir algum direito, cerceando a ampla defesa e o contraditório, aí então, não poderá ter aplicação, não por ser mais severa, mas por ser notadamente inconstitucional;
 - c. Quanto ao questionamento acerca da autoridade competente para apreciar os referidos casos, embora as estruturas regimentais sejam distintas, este fato não se revela um empecilho à tramitação do processo nesta CVM, desde, é claro, que seja observada a sua regulamentação própria. A aplicação da penalidade sugerida pela lei anterior, mesmo no âmbito do Bacen, estaria eivada de nulidade, por tratar-se de entidade sem competência para a matéria;
 - d. No tocante a atos praticados pelo Copad - órgão do Bacen, a quem competia a matéria -, após a entrada em vigor da Lei nº 10.303/01, a PFE, chamando atenção para o processo Bacen PT 0101074541, entendeu tratar-se de atos afetados por vício de incompetência. No caso, ao examinar proposta de instauração de processo administrativo em face do Banco Boavista Interatlântico, o Copad acatou manifestação formulada pela Gerência Técnica do Rio de Janeiro, no sentido de acolher como irregularidade passível de instauração de processo administrativo, apenas, a falta de transparência dos fundos. Como à época, já não tinha competência para a matéria, a PFE entendeu que o referido ato deveria, "em tese, ser invalidado." Isto porque, a invalidação de ato administrativo, "pressupõe a existência de um interesse público concreto e específico que justifique a eliminação do ato.";
 - e. Com referência ao IA CVM nº 36/00, cuja matéria foi objeto de análise tanto pela CVM, quanto pelo Bacen, cada qual, evidentemente, dentro de sua respectiva competência, cabe lembrar que, não obstante considerarem fundamentos distintos, ambos os órgãos entenderam pela inexistência de ilegalidade na conduta *sub judice*. Assim, o Colegiado, acompanhando o voto do Diretor-Relator Marcelo Trindade, decidiu em 04.09.2001 pelo arquivamento do referido inquérito administrativo. Portanto, não cabe à CVM, rever a decisão proferida, à época, pelo Copad;

- f. Diante disso, a PFE entendeu que os autos deveriam ser encaminhados a este Colegiado para dar cumprimento ao disposto no artigo 11 e seguintes da Deliberação CVM nº 457/02. Ressaltou, ainda, que os processos PT 0201149405 e PT 0001034422, não constituem processos administrativos sancionadores. Na realidade, encontram-se, ainda, na fase de procedimento investigatório preliminar a sua instauração. Logo, nestes casos, a Superintendência de Fiscalização Externa deve deliberar acerca do prosseguimento da investigação;
- g. Por fim, a PFE, sob a lavra da Procuradora Federal Marilisa Azevedo Wernesbach, alertou para a observância do princípio do devido processo legal e, com isso, a necessidade de cientificar os sujeitos passivos dos processos administrativos sancionadores sobre a transferência da competência "punitiva" para esta Comissão.
6. Diante do pronunciamento da PFE, acima exposto, os processos em menção foram encaminhados a este Colegiado para sorteio de Diretor-Relator.
7. Apenas a título de observação, cabe citar o MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 128/04, em que, consultada pelo DWB acerca da competência punitiva em relação ao IA CVM nº 11/03, a PFE assim se manifestou:
- a. Tendo sido, a Lei nº 10.303/01, omissa, a respeito do ente competente para julgar os processos em questão, deve-se recorrer aos princípios e prerrogativas materiais e processuais asseguradas aos réus nos processos de natureza penal. O poder estatal sancionador deve sempre observar as finalidades e princípios norteadores de quaisquer penas;
- b. Há de ser observado, portanto, o princípio da legalidade, que determina que não há crime nem pena sem lei anterior que os defina. Assim, no caso, é indiscutível a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 4.595/64 às infrações cometidas em sua vigência;
- c. A exceção se dá, apenas, no caso de a lei nova ser mais benéfica ao réu. É que, neste caso, com base no princípio constitucional da retroatividade benigna, pode a Lei nº 6.385/76 retroagir, abrangendo fato anterior a ela, para abrandar pena cominada àquele fato, em detrimento da Lei nº 4.595/64;
- d. Atentou para o fato de que o artigo 44, VI e VII, da Lei nº 4.595/64, ao estabelecer penas de detenção e reclusão, não foi recepcionado pela CRFB que, nos termos do artigo 5º, LXI e LXVII, aboliu a prisão administrativa;
- e. Enquanto não editada regulamentação específica pela CVM, podem ser observados os tipos previstos em atos do Bacen. De outro modo, propiciar-se-ia a impunidade de todo e qualquer ato ilícito praticado entre a vigência da Lei nº 10.303/01, que transferiu a competência da matéria para a CVM, e a vigência de normas atinentes ao tema, baixadas pela Autarquia;
- f. Não há que se falar em vício formal superveniente, já que tendo a norma observado as regras procedimentais vigentes ao tempo de sua edição, norma posterior modificadora não tem o poder de revogá-la (cit. RE 229.440-RN e RE 214.206 – AL).
8. Em DESPACHO ao MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 128/04, o Procurador-Chefe, Henrique Vergara, apresentou outras considerações sobre o problema, das quais destacam-se as seguintes:
- a. Com base numa adaptação da Teoria da Recepção e, conforme ficou expresso na Decisão-Conjunta CVM/BACEN nº 10, até que seja editada nova regulamentação sobre a matéria, a Lei nº 6.385/76 recepcionou a regulamentação editada pelo CMN e pelo Bacen, salvo nos casos em que haja incompatibilidade;
- b. Quanto ao aspecto exclusivamente processual, o Procurador-Chefe está de acordo com a Nota-Informal/2002/00030/Dejur/Gabin, que infere que os atos praticados pelo Bacen a partir de 1º de março de 2002, data em que a Lei nº 10.303/01 entrou em vigor, não gozam de validade, visto que a persecução administrativa já passara à CVM. No entanto, a nulidade só deverá ser decretada caso tenha havido prejuízo para o indiciado, cabendo à CVM qualquer postulação a respeito;
- c. Não há que se falar em competência do Bacen para a aplicação de penalidades relativas a infrações à regulamentação dos fundos de investimento a partir da vigência da Lei nº 10.303/01, visto que não há disposição transitória nesse sentido. A título de exemplo, cabe lembrar o ocorrido na ocasião da transferência da competência para aplicar penalidades a auditores independentes que prestem serviços a instituições financeiras, da CVM para o Bacen, em que a Lei nº 6.384, com redação dada pela Lei nº 9.447/97, outorgou ao Bacen competência expressa para aplicar as penalidades previstas no artigo 11 da Lei nº 6.385/76;
- d. A competência da CVM cinge-se às penalidades previstas no artigo 11, da Lei nº 6.385/76, não havendo sido outorgada competência para aplicar quaisquer outras. Portanto, cogitar a hipótese de a CVM ter assumido competência para aplicar as penalidades previstas na Lei nº 4.595/64, diante da inexistência de autorização legal, vai de encontro ao princípio da legalidade e ao disposto no artigo 37, *caput*, da CRFB;
- e. A inexistência de competência legal para aplicar penalidades que não as previstas na Lei nº 6.385/76 não significa a incompetência para sancionar infrações às normas de que se cogita, ocorridas anteriormente à Lei nº 10.303/01, caso contrário, negar-se-ia qualquer efeito e utilidade ao instituto da recepção;
- f. Assim, repita-se, a CVM é o ente competente para sancionar os referidos ilícitos, no entanto, não pode se utilizar das sanções previstas no artigo 44 da Lei nº 4.595/64, mas, sim, daquelas previstas no artigo 11 da Lei nº 6.385/76;
- g. Por fim, enfatizou que a transferência da competência, objeto dessa análise, não pode, de modo algum, acarretar a aplicação de penalidades mais severas que aquelas vigentes no momento da ocorrência do ilícito.

FUNDAMENTOS

9. Tal qual as sociedades anônimas, os fundos de investimento assumiram um papel de extrema relevância para o desenvolvimento da economia do país, caracterizando-se não só como provedores de recursos para o setor produtivo, bem como colaboradores para a elasticidade da dívida do governo.
10. Por este motivo, é mister a atuação do Estado como agente regulador em tais atividades, seja organizando o seu funcionamento através da edição de regulamentos específicos, seja prestando esclarecimentos através de audiências a particulares. A efetividade das normas que regulamentam as referidas atividades é assegurada pela competência punitiva do Estado para, visando proteger as atividades econômicas e resguardar os interesses dos grupos mais frágeis dos abusos do capitalismo, aplicar sanções, mediante processo administrativo sancionador, sempre que haja infração aos seus regulamentos.
11. A competência para a fiscalização e disciplina do mercado de capitais que, por força da Lei nº 4.728/65, pertencia unicamente ao Bacen, foi

partilhada com a CVM, que recebendo a competência relativa ao mercado de valores mobiliários, através da Lei nº 6.385/76, vem tendo sua competência ampliada, por força das Leis nº 9.457/97, nº 10.303/01 e nº 10.411/02.

12. Importa-nos, para o momento, analisar as implicações trazidas pela Lei nº 10.303/01, normativo que transferiu para esta CVM, a competência para regular e fiscalizar os fundos de investimento, anteriormente sob a competência do Bacen, sem, no entanto, estabelecer expressamente, como ficaria a situação dos processos pendentes (instaurados antes do advento da Lei nº 10.303/01 e ainda não julgados).
13. Não obstante as importantíssimas considerações realizadas pelo órgão especializado do BACEN e os pareceres desta douta PFE, vejo por bem tecer algumas outras considerações a respeito da matéria.

I – Da competência para a regulamentação e fiscalização das atividades dos fundos de investimento após o advento da Lei nº 10.303/01

14. Já é sedimentado o entendimento, segundo o qual, os processos instaurados após esta data competem exclusivamente a esta Comissão que, pode, até mesmo, utilizar-se das normas do BACEN para julgá-los, evitando-se, assim, um vácuo regulamentar que permita que fiquem impunes as infrações apuradas nesta interseção legal.
15. Com efeito, a Decisão-Conjunta CVM/BACEN nº 10 reconheceu expressamente a recepção pela CVM das normas relativas a fundos de investimento editadas pelo CMN e pelo Banco Central até que fossem editadas normas próprias com base na competência adquirida.
16. Não é diverso o entendimento obtido da doutrina do celebrado jusfilósofo Hans Kelsen, cuja "Teoria da Recepção", preconiza que o novo regulamento recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de disposições anteriores no que for com ela compatível, com o intuito de dar continuidade às relações sociais, sem a necessidade de se baixar novo normativo.
17. Assim, de acordo com esta teoria, tanto as Resoluções do CMN quanto as Circulares do Banco Central, referentes ao assunto ora tratado, passaram a ter força de uma Instrução da CVM, submetendo-se ao regime da Lei nº 6.385/76.
18. Entretanto, na hipótese de haver normas de hierarquia inferior incompatíveis com o novo normativo, no caso, a Lei nº 6.385/76, e somente nesta hipótese, o fenômeno da recepção não pode suceder.
19. A teoria kelseniana, concebida no âmbito do direito constitucional, revela-se de grande pragmatismo para o direito administrativo, fornecendo sustentáculo ao princípio da continuidade dos atos administrativos, uma vez que evita a formação de um vácuo regulamentar que impossibilite o exercício das atribuições conferidas ao novo Instituto até que este possa recompor integralmente a situação anterior através de normativos próprios.
20. Indubitável, portanto, a competência desta Comissão para a fiscalização e, por conseguinte, para a imposição de sanções aos infratores desta legislação, a partir de 01.03.2002, data em que entrou em vigor a Lei nº 10.303/01.
21. No entanto, quando se trata de processos instaurados anteriormente à vigência da Lei nº 10.303/01 e ainda pendentes de julgamento, sobrevêm dúvidas acerca da competência "jurisdicional", bem como do normativo legal aplicável à espécie, uma vez que a lei nova não trouxe nenhuma disposição transitória que regulamentasse a questão. Daí a necessidade de procedermos a uma análise mais detida dos aspectos e implicações das leis em comento.

II – Da competência para o julgamento das infrações às normas relativas aos fundos de investimento ocorridas anteriormente à vigência da Lei nº 10.303/01

22. De início, cabe verificar a natureza jurídica das Leis nº 4.595/64 e nº 6.385/76, às quais, respectivamente, competia e, a partir da vigência da Lei nº 10.303/01, passou a competir, a regulamentação dos fundos de investimento.

Da natureza jurídica das Leis nº 4.595/64 e 6.385/76

23. Não obstante o entendimento da douta Procuradoria Federal Especializada desta CVM, quanto à natureza "inquestionavelmente processual" das normas em epígrafe, devo manifestar minha discordância em relação a esse posicionamento.
24. No meu entender, tais normas têm natureza jurídica mista, sendo em parte, de índole processual – quando trata da fixação de competências, dos ritos e procedimentos aplicáveis ao processo administrativo, do qual são partes a autarquia e o particular, sujeito ao seu poder de polícia – e, em parte, de índole material – quando define a conduta a ser seguida pelo particular, cominando penalidades no caso de descumprimento.

Do diploma legal aplicável

25. Dado o caráter misto das referidas normas, cumpre, por este motivo, sejam analisadas, separadamente, as implicações trazidas pela Lei nº 10.303/01 à caracterização da competência para o prosseguimento dos processos administrativos instaurados em momento anterior à sua vigência.

Quanto à natureza adjetiva das leis em menção - do trâmite processual

26. A definição de competências e o procedimento aplicável ao processo administrativo são matérias de direito processual e a lei processual, como é cediço, tem aplicabilidade imediata, alcançando o processo no estado em que este se encontrar, no momento em que entra em vigor. Todavia, são preservados os atos praticados sob a égide da lei revogada, preservando-se, igualmente, os seus efeitos jurídicos. É o que dispõe, analogamente, o Código de Processo Penal a respeito, senão vejamos:

"Art. 2º - A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior."

27. No que tange ao aspecto processual, vale dizer o procedimento sob o qual serão conduzidos os atos processuais, não há qualquer controvérsia acerca da aplicabilidade da Lei nº 6.385/76, de vez que, como foi dito anteriormente, a lei processual tem aplicabilidade imediata.
28. Assim, a Lei nº 10.303/01 que, dentre outras alterações, atribuiu à CVM a competência para a fiscalização e, conseqüentemente, aplicação de penalidades em matéria relativa aos fundos de investimento, o fez no âmbito da Lei nº 6.385/76, revogando, em conseqüência, as disposições relativas à mesma matéria, constantes da Lei nº 4.595/64.

Do órgão competente

29. Assim, posto que a definição de competência e o procedimento administrativo são matérias de cunho processual e, tendo em vista que a Lei nº 10.303/01 não regulou em caráter de disposições transitórias a competência para a condução e conclusão dos processos pendentes de

juízo e o aproveitamento dos atos realizados anteriormente à sua vigência, devem ser observadas, analogamente, as normas de direito processual do ordenamento pátrio.

30. Sobre a questão, infere o Código de Processo Civil, o seguinte:

Art. 87- Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia. (grifou-se)

31. Com isso, não obstante a lacuna na lei acerca do tratamento a ser dado aos processos relativos aos fundos de investimento, iniciados em momento anterior à Lei 10.303/01, não restam dúvidas acerca da competência desta Comissão para lhes dar continuidade no âmbito da Lei nº 6.385/76.
32. Entretanto, cabe aqui distinguir os limites das atribuições de cada uma das autarquias em menção em relação a esses processos, a partir da vigência da Lei nº 10.303/01.
33. Como bem destacado pela Procuradoria do Bacen, através da Nota-Infomal/2002/00030/Dejur/Gabin, competem, respectivamente, ao Bacen e à CVM, as seguintes atribuições, em relação aos processos referentes a fundos de investimento:
- Ao Bacen, competem o exame e julgamento das infrações relativas às implicações dos fundos de investimento na solidez da instituição financeira que os administra⁽²⁾;
 - Já à CVM, cabem o exame e julgamento das infrações às regras que tratam da relação entre os fundos de investimento e os interesses dos cotistas.

Do aproveitamento dos atos processuais praticados pelo Bacen, anteriormente à vigência da Lei nº 10.303/01

34. No que tange aos processos, cujos objetos se refiram a infrações cometidas por fundos de investimento, em relação ao administrador (item "a", supra), não há que se falar em qualquer interferência da Lei nº 10.303/01, visto que esta não retirou do Bacen a competência para tanto. Assim, ficam preservados não só os atos processuais até então praticados pelo Bacen, como, também, a competência para a persecução administrativa (julgamento e a condução dos trâmites processuais até o arquivamento do processo).
35. Quanto ao procedimento realizado pelo Bacen, no âmbito dos processos concernentes à relação fundo-cotista, a CRFB, em seu artigo 5º, XXXVI, assegura a preservação do ato jurídico perfeito, o que se estende ao caso em tela, na medida em que ficam preservados todos os atos processuais praticados pelo Bacen até 28.02.2002. Já os atos praticados a partir de 01.03.2002, data em que entrou em vigor a Lei nº 10.303/01, não gozam de validade, uma vez que a competência para persecução administrativa passou, por força desta, a assistir a esta Comissão.

"Art. 5º (...)

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

(...)"

36. Neste particular, como bem enfatizado pela Procuradoria Jurídica do Bacen, eventual ato processual praticado pelo Bacen a partir de 01/03/2002 não goza de validade, posto que não mais competia a este, a persecução administrativa. Entretanto, a nulidade do ato só deverá ser decretada, caso tenha havido prejuízo ao acusado, cabendo à CVM postular a respeito.
37. São esses últimos, os processos que nos importam para os efeitos desta análise, porquanto somente estes foram objeto de regulação pela Lei nº 10.303/01 e, portanto, é a esses a quem se dirige a atuação da CVM, inclusive, aos processos iniciados em data anterior à assunção da competência e ainda pendentes de julgamento, como já se disse.

Quanto ao aspecto material das leis em comento – da aplicação de penalidades

38. A grande controvérsia acerca do normativo aplicável aos fatos reside no fato de que ambas as regulamentações são de natureza mista. Assim, não obstante a parte da lei que trata dos ritos ter aplicabilidade imediata, o mesmo não ocorreria em relação às normas de cunho material, razão pela qual devem ser sopesados os interesses envolvidos e os fundamentos jurídicos em que se amparam, para a obtenção de uma solução justa.
39. Assim, na busca de uma solução que reúna a consecução do interesse público ao respeito aos direitos fundamentais do particular, urgem ser confrontados os princípios norteadores do direito administrativo aos princípios que regem o direito penal, de vez que o exercício da pretensão punitiva do Estado-Administração é tido pela maior parte da doutrina, como ramificação de um poder punitivo unitário do Estado. Veja-se a lição de Fábio Medina Osório⁽³⁾, a respeito:

"O certo é que vigora, fortemente, a idéia de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, que estaria submerso em normas de direito público. Essa caracterização teórica do poder punitivo estatal tem múltiplas conseqüências, e, paradoxalmente, parte de algumas das situações lhe servem de premissa. A mais importante e fundamental conseqüência da suposta unidade de *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao Direito Administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais."

40. São princípios constitucionais⁽⁴⁾ consagrados no direito penal, os princípios da anterioridade da lei penal e, conseqüentemente, a irretroatividade das leis que definem crimes e cominam-lhes penalidades. Assim, a lei aplicável às condutas criminosas seria aquela vigente à época da prática do ato. Há, entretanto, uma exceção a este princípio, que ocorre no caso de a lei posterior ao fato ser mais benéfica ao réu. Neste caso, deve prestar-se a retroatividade *in mitius* da lei penal. É o que dispõem, respectivamente, os artigos 1º e 2º do Código Penal, vejamos:

"Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória."

41. Assim, temos que, analogamente, as penalidades aplicáveis aos processos administrativos em apreço seriam aquelas constantes da Lei nº 4.595/64, salvo no caso de a Lei nº 6.385/76 ser mais benéfica ao acusado.

42. Já no direito administrativo, deve ser observado o princípio da legalidade. A Administração Pública, como é cediço, ao contrário do particular, tem o seu campo de atuação limitado aos ditames legais. Por conseguinte, qualquer ato administrativo que exorbite a competência definida em lei, é maculado de validade e sujeita o agente público à responsabilização. Assim, a atuação da CVM está restrita às disposições previstas na Lei nº 6.385/76 e em atos normativos próprios.
43. É, ainda, imprescindível ao trato da questão, atenta observância ao princípio administrativo da indisponibilidade. É por força deste princípio que, aos agentes da Administração Pública, é vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo havendo autorização legal. Caso contrário, configura-se ato de liberalidade do administrador, que o sujeita à pena de responsabilidade.
44. Da estrita observância dos princípios norteadores das disciplinas envolvidas, resulta, neste caso, um conflito negativo de competência, uma vez que para que seja aplicado, na íntegra, o princípio que diz que a Administração Pública deve agir dentro da competência fixada em lei, há, necessariamente, a frustração do princípio que exige que a pena seja anterior ao fato. Soma-se ao impasse, o princípio da indisponibilidade, que sujeita o administrador à responsabilidade, no caso de inação.
45. Na solução destes verdadeiros *hardcases*, para os quais a lei não revela solução, mostra-se imprescindível o papel do operador do direito, na tarefa de reconstruí-lo, interpretando e aplicando o direito, em consonância com as necessidades e os valores sociais envolvidos, buscando da maneira mais justa, a despeito de eventuais omissões da lei, a preservação do bem jurídico. Como ensina o ilustre Sérgio Cavalieri Filho⁽⁵⁾:
- "Adequar o Direito à Justiça é obra perene do operador do direito, por melhor que seja a lei. E assim é porque, sendo a Justiça, como vimos, um sistema aberto de valores em constante mutação, por melhor que seja a lei, por mais avançados os seus princípios, haverá sempre a necessidade de se engendrar novas fórmulas jurídicas para ajustá-la às constantes transformações sociais e aos novos ideais de Justiça."
46. Atente-se para o fato de que os princípios contidos nas regras conflitantes, concernentes ao caso em apreço, representam valores bastante relevantes, já que tratam, respectivamente, de direito fundamental individual e de princípios que regem o funcionamento da Administração Pública no trato do interesse público ou coletivo.
47. Por essa razão, ao contrário do que ocorre quando do conflito entre duas regras - cuja solução, a princípio, importaria a invalidação de uma delas ou a criação de uma ressalva, de modo a solucionar a impropriedade entre elas -, na ocorrência de um conflito entre princípios, estes devem ser ponderados e sopesados pelo aplicador do direito, em conjunto com as demais regras de direito aplicáveis ao caso concreto, de maneira razoável e proporcional.
48. Neste sentido, vejamos a lição de Luís Roberto Barroso⁽⁶⁾, a respeito do assunto:
- "De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de técnica da ponderação.
- A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, (...).
- A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas."
49. Consoante este entendimento, sobreleva-se a garantia constitucional do acusado de ser julgado sob os ditames da lei substantiva vigente ao tempo do cometimento da infração, o que não implica a abolição da competência da CVM para, consoante seus regulamentos, conduzir o trâmite processual.
50. Dessa forma, em função da aplicabilidade imediata, característica das regras processuais e face ao princípio administrativo da indisponibilidade, a CVM se legitima como órgão competente para dar continuidade aos referidos processos até a sua conclusão, não podendo, de maneira alguma, abster-se dessa competência. Por conseguinte, os atos processuais por esta praticados, reger-se-ão pela Lei nº 6.385/76. Os atos praticados pelo Bacen até a vigência da Lei nº 10.303/01, vale dizer, até a data de 28.02.2002, em função da preservação do ato jurídico perfeito, deverão ser respeitados.
51. Entretanto, no que concerne às penalidades impostas aos acusados, a meu ver, somente poderiam ser aplicadas aquelas previstas na Lei nº 4.595/64, já que era este o normativo em vigor ao tempo da infração. A utilização das penalidades previstas na Lei nº 6.385/76, posterior ao fato, importaria flagrante violação de garantia constitucional do acusado. Deve-se ressaltar, entretanto que, quando forem mais benéficas, à luz do princípio da retroatividade benéfica das normas sancionadoras, deverão ser utilizadas as penalidades previstas na Lei da CVM.
52. A aplicação, pela CVM, de penalidades previstas no ordenamento do Bacen, não importa, antes que se possa dizer em contrário, qualquer extrapolação de competência por parte daquele órgão, uma vez que, não se está pretendendo julgar fatos pertinentes ao campo de atuação do Bacen, mas tão-somente, exercer um dever atribuído por lei, respeitando as garantias constitucionais do réu, tão mais valiosas para o direito.
53. Outrossim, não pode prosperar a alegação de que a CVM não pode se utilizar daquele diploma para a aplicação das referidas penalidades, por não lhe ter sido outorgada autorização legal. Com efeito, o legislador não foi feliz ao deixar de tratar expressamente a situação desses processos. Todavia a regra insculpida nos incisos XXXIX e XL do artigo 5º da Lei Suprema suprem essa omissão legal, caracterizando uma autorização tácita para a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 4.595/64.

CONCLUSÃO

54. Diante de tudo o que foi exposto e, com base na melhor doutrina, **VOTO** no sentido de afirmar a competência da CVM para a condução dos processos oriundos do Bacen até a sua conclusão, à luz da Lei nº 6.385/76, respeitando-se os atos anteriores à vigência da Lei nº 10.303/01, praticados pelo Bacen.
55. Apenas no que diz respeito às penalidades a serem impostas aos acusados, entendo que a CVM deveria utilizar aquelas previstas na Lei nº 4.595/64, em consonância com o princípio da anterioridade da lei penal. Ressalte-se que, no caso de a Lei nº 6.385/76 ser mais benéfica ao acusado em relação, a penalidades cominadas, aí sim, esta teria aplicação, já consagrada pelo princípio da retroatividade da lei mais benéfica.
56. Por fim e, em que pese o entendimento esposado pelo Procurador-Chefe ao ensejo do exame do IA CVM nº 11/03, é de se notar que tanto a utilização da Lei nº 6.385/76, limitada pela Lei nº 4.595/64, no que for mais benéfico ao réu como, ao revés, a aplicação da Lei nº 4.595/64, nos limites da Lei nº 6.385/76, importarão no mesmo desfecho prático no que tange à aplicação de penalidades aos acusados.

NORMA JONSSSEN PARENTE

DIRETORA-RELATORA

[\(1\)](#) Cit. Moacyr Amaral dos Santos, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1º vol., ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 31.

[\(2\)](#) A título de ilustração, concernem à relação fundo-instituição financeira, caso em que a realização sistemática de operações de compra e venda de ações por determinado fundo de investimento resultou elevados prejuízos para a instituição financeira, ou, ainda, processo administrativo, cujo objeto consiste em infração na condução dos negócios da instituição financeira, caracterizada pela participação em operações que permitiram a determinados fundos de investimento, por esta administrados, obterem ganhos que deveriam ser auferidos pela instituição financeira que, dentre outros, permaneceram sob a competência do Bacen

[\(3\)](#) Osório, Fábio Medina, Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2000.

[\(4\)](#) "Art. 5º (...)

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

(...)"

[\(5\)](#) CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade. Revista da EMERJ, v. 5, n. 18, 2002. p. 63.

[\(6\)](#) BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Revista da EMERJ. 2003. Vol. 6, nº 23. pp.38/39