

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
FGV DIREITO RIO

DANIEL SCHMITT

**CONDICIONANTES PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE
MULTA SOBRE O INFRATOR PESSOA FÍSICA, NO MERCADO DE SEGUROS
PRIVADOS FISCALIZADO PELA SUSEP**

Rio de Janeiro

2016

DANIEL SCHMITT

**CONDICIONANTES PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE
MULTA SOBRE O INFRATOR PESSOA FÍSICA, NO MERCADO DE SEGUROS
PRIVADOS FISCALIZADO PELA SUSEP**

Dissertação apresentada à Escola de Direito da
Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro,
como requisito para obtenção do título de
Mestre em Direito da Regulação.

Campo do Conhecimento:
Direito da Regulação

Orientador: Prof. Dr. Thiago Bottino

Rio de Janeiro

2016

Schmitt, Daniel

Condicionantes para a aplicação da sanção administrativa de multa sobre o infrator pessoa física, no mercado de seguros privados fiscalizado pela SUSEP / Daniel Schmitt. – 2016.

124 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Thiago Bottino.

Inclui bibliografia.

1. Direito regulatório. 2. Direito administrativo. 3. Sanções administrativas. 4. Atos ilícitos. 5. Responsabilidade administrativa. 6. Multas. I. Amaral, Thiago Bottino do. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD – 341.3



DANIEL MATIAS SCHMITT SILVA

**CONDICIONANTES PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE
MULTA SOBRE O INFRATOR PESSOA FÍSICA, NO MERCADO DE SEGUROS
PRIVADOS FISCALIZADOS PELA SUSEP.**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola de
Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas para obtenção do grau de Mestre
em Direito da Regulação.

Data da defesa: 23/02/2017

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

Thiago Bottino do Amaral
Orientador (a)

Sérgio Antônio Silva Guerra

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Fábio Medina Osório

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todo o auxílio prestado pelos Professores Thiago Bottino, Sérgio Guerra, Patrícia Sampaio e Floriano de Azevedo Marques Neto da FGV Direito RJ, em especial, ao Thiago meu orientador na dissertação de mestrado em Direito da Regulação.

Agradeço, e em particular dedico esta obra, àqueles que justificam a minha vida, esposa e filho, Joana e Thiago. Muito obrigado pela tolerância e incondicional apoio que vocês me deram neste projeto acadêmico. E ao meu eterno ídolo, incentivador e pai, Jozias.

RESUMO

O presente trabalho aborda o regime repressivo no mercado de seguros privados (“MSP”), fiscalizado pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). O problema de pesquisa é investigar a estrutura e a aplicação das normas que regem a atividade regulatória da SUSEP, no que toca a aplicação da sanção administrativa de multa sobre o infrator pessoa física. Analisa-se a responsabilização administrativa realizada nestes casos. Para tanto, aborda-se a teoria da sanção, tratando do ilícito e da sanção administrativa, em especial da penalidade administrativa de multa. Alguns princípios informadores do direito administrativo sancionador também são destacados, tais como o devido processo legal, a legalidade, a tipicidade e a culpabilidade. Aborda-se, também, a questão da relativização da legalidade nos regimes de sujeição especial. Estas questões são expostas em um ambiente de regulação setorial, portanto, contextualizando-se o poder sancionador dos órgãos reguladores. É realizada a sistematização do regime repressivo do MSP. Identifica-se o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), o Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados (CRSNSP) e a SUSEP. O arquétipo normativo do regime repressivo do MSP é descrito, destacando-se a Resolução CNSP nº 243/11. Realiza-se um confronto entre orientações da SUSEP e decisões do CRSNSP em sentido contrário, a respeito da imposição da sanção administrativa de multa sobre o infrator pessoa física, em razão da sua responsabilização administrativa. Ao final, como resultado de pesquisa, propõe-se um conjunto de condicionantes que asseguram uma aplicação juridicamente mais consistente da penalidade administrativa de multa sobre as pessoas físicas, quando consideradas como infratores no MSP.

Palavras-Chave: Ilícito administrativo. Sanção administrativa. Regulação. Atividade administrativa regulatória e poder sancionador. Penalidade administrativa de multa. Poder punitivo do Estado. Processo administrativo sancionador. Princípios informadores. Devido processo legal. Legalidade. Tipicidade. Regimes de sujeição especial. Culpabilidade. Regime repressivo no MSP. CNSP. SUSEP. CRSNSP. Arquétipo normativo do mercado de seguros privados. Resolução CNSP nº 243/11. Aplicação da sanção administrativa de multa. Infrator. Pessoa física. Responsabilização administrativa. Condicionantes.

ABSTRACT

This paper deals with the repressive regime in the private insurance market ("MSP"), supervised by SUSEP – Superintendência de Seguros Privados. The research focus is to investigate the structure and the application of the norms that govern SUSEP's regulatory activity, regarding the application of the administrative sanction of fine on the individual offender. The administrative accountability in these cases is analyzed. For that, the theory of sanctioning is dealt with, dealing with the violation and the administrative sanction, especially the administrative penalty of fine. Some of the main principles of administrative sanctioning law are also highlighted, such as due process, lawfulness, characteristics and culpability. It also addresses the issue of relativisation of legality in special compliance regimes. These issues are displayed in an environment of sectoral regulation, therefore, contextualizing the sanctioning power of regulatory agencies. The repressive regime of the MSP is systematized. It identifies the National Council of Private Insurance (CNSP), the Resource Council of the National Private Insurance System (CRSNSP) and SUSEP. The normative archetype of the repressive regime of the MSP is presented, especially CNSP Resolution 243/11. A confrontation between SUSEP's guidelines and decisions of the CRSNSP in the opposite direction is made, regarding the imposition of the administrative penalty of fine on the individual offender, due to its administrative responsibility. At the end, as an outcome of the research, a set of constraints that ensure a more consistent application of the administrative penalty of fines on individuals - when considered as offenders in the MSP – is proposed.

Key Words: Administrative Violation Administrative Sanctioning. Regulation. Regulatory Administrative Activity and Sanctioning Power. Administrative Fine Penalty. Punitive Power of the State. Sanctioning Administrative Procedure. Reporting Principles. Due Process of Law. Legality. Tipicity. Special Compliance Regimes. Culpability. Repressive Regime of the MSP. CNSP. SUSEP. CRSNSP. Normative Archetype of the Private Insurance Market. CNSP Resolution no 243/11. Imposition of Administrative Fine Penalty. Offender. Individual (Natural Person). Administrative Accountability. Conditioning.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO INFRATOR	13
2.1	Ilícito Administrativo: Principais características	13
2.1.1	Conceito	13
2.1.2	Regime jurídico	14
2.1.3	Sujeito ativo	18
2.1.4	<i>Requisitos</i>	19
2.2	Sanção Administrativa: Principais características	23
2.2.1	Conceito	23
2.2.2	Regime jurídico e sujeito ativo	25
2.2.3	Finalidade	27
2.2.4	<i>Sujeito passivo</i>	29
2.2.5	Classificação	32
2.2.6	<i>Multa: Sanção administrativa retributiva</i>	39
2.3	Destaque a alguns princípios informadores do Direito Administrativo Sancionador relevantes ao tema monográfico	45
2.3.1	Devido Processo Legal: Ampla Defesa, Contraditório e Presunção de Inocência	50
2.3.2	Legalidade: Tipicidade	59
2.3.2.1	<i>Regime de sujeição especial</i>	65
2.3.3	Culpabilidade	78
2.3.3.1	<i>Dever de diligência</i>	82
3	DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE MULTA SOBRE O INFRATOR PESSOA FÍSICA, NO MERCADO DE SEGUROS PRIVADOS	87
3.1	Regime repressivo do Mercado de Seguros Privados erigido no Decreto-Lei nº 73/66: O CNSP, a SUSEP e o CRSNSP	87
3.2	Arquétipo normativo da responsabilização administrativa do infrator, pessoa física, no âmbito do Mercado de Seguros Privados: A Resolução CNSP nº 243/11	93
3.3	Divergência entre a SUSEP e o CRSNSP quanto à responsabilização administrativa do infrator pessoa física, no Mercado de Seguros Privados	104
4	CONCLUSÃO: CONDICIONANTES PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE MULTA SOBRE O INFRATOR PESSOA FÍSICA, NO MERCADO DE SEGUROS PRIVADOS	113
	REFERÊNCIAS	119

1 INTRODUÇÃO

O mercado de seguros privados (“MSP”) é um setor relevante na economia nacional, que vem ocupando cada vez mais destaque em função da sua alta taxa de crescimento anual, derivada, em grande parte, de um *paulatino processo de aculturação (grifo nosso)* da população quanto aos benefícios da contratação de coberturas securitárias.¹

A regulação neste mercado é ontológica, remontando à década de 60, quando foi editado o Decreto-Lei nº 73/1966 (“DL nº 73/66”)², que estruturou o Sistema Nacional de Seguros Privados (“SNSP” ou “Sistema”) e nomeou os órgãos que ficariam incumbidos de normatizar e fiscalizar o referido mercado de seguros, no qual também estão incluídos a capitalização, o resseguro e a previdência privada aberta.

Historicamente, a carta que em 19 de novembro de 1966 o Sr. Ministro da Indústria e Comércio, dr. s. Exa. Paulo Egydio Martins, enviou ao Sr. Presidente da República pode ser considerada como a exposição de motivos do DL nº 73/66. A criação e o fortalecimento do SNSP eram notabilizados como medida capaz de incrementar o progresso econômico nacional. Veja-se:

¹ Neste sentido, colhe-se do Relatório de Gestão do Exercício de 2015 divulgado pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP):

Os mercados de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta mantiveram, em 2015, a tendência de crescimento observada nos últimos anos. Entre janeiro e novembro de 2015, as provisões técnicas dos mercados supervisionados somaram, aproximadamente, R\$ 652,2 bilhões, proporcionando expressiva contribuição para a construção da poupança nacional e para o desenvolvimento econômico. Trata-se de aumento de aproximadamente 18% em relação ao mesmo período do exercício anterior (BRASIL, 2015).

² Este Decreto-Lei dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados e regula as operações de seguros no país. Ainda em vigor, o referido Decreto-Lei foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com *status* de Lei Complementar, enquanto não for editada a lei setorial a que alude o art. 192 da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (BRASIL, 1988)

Por esse último diploma, criou-se o Sistema Nacional de Seguros Privados, medida de suma importância para o funcionamento ordenado e orgânico da previdência privada, já que assim se elimina a dispersão operacional, multifária e desarmônica, cuja presença no quadro segurador brasileiro tantos efeitos prejudiciais vinha causando.

Tal Sistema, dotado de instrumental adequado à expansão do Seguro, pode tornar a Instituição apta ao pleno aproveitamento das potencialidades do mercado interno e até do nosso intercâmbio comercial com o exterior, passando a ter, no progresso econômico nacional, um desempenho financeiro até aqui ainda não alcançado.

Unificado e fortalecido, o Sistema Nacional de Seguros Privados terá também, como uma das vigas-mestras do seu desenvolvimento, um rigoroso conjunto de normas éticas, que o decreto-lei nº 73 não se descuro de instituir. (BRASIL, 1966)

Coube ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) a função normativa, por meio da edição de Resoluções, e à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) a fiscalização do mercado de seguros privados, merecendo destaque o fato de que ela também exerce função normativa, no entanto, complementar a do CNSP, por meio, principalmente, da edição de Circulares e Instruções.

Na sua função fiscalizadora, a SUSEP termina processando e julgando em primeira instância administrativa os processos administrativos sancionadores (PAS), que objetivam a aplicação de sanções administrativas em caso da prática de algum ilícito administrativo. Tais PAS podem se iniciar (i) por Denúncia de consumidores contratantes de produtos securitários; (ii) por Representações instauradas pelas áreas afins da autarquia; ou (iii) por Autos de Infração lavrados pelas áreas afins da Autarquia.

A segunda instância administrativa no MSP compete ao Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados (CRSNSP), “Conselho de Recursos”, órgão da estrutura do Ministério da Fazenda que julga os recursos administrativos interpostos contra as decisões de primeira instância, a saber, contra as decisões proferidas pela SUSEP.

O PAS no mercado de seguros é atualmente tratado na Resolução CNSP nº 243/2011, a quem coube regulamentar o predito DL nº 73/66, na parte dedicada ao regime repressivo do MSP. A principal alteração no DL nº 73/66 no que diz respeito ao regime repressivo no MSP foi dada pela Lei Complementar nº 126/2007 (LC nº 126/07), quando destacou a figura do agente responsável e passou a prever, no caso da aplicação da penalidade administrativa de multa, a responsabilização solidária da sociedade supervisionada.³

Até o ano de 2015 existiu uma grande tautologia a respeito deste tema, a saber, quanto à apreensão do correto sentido do conceito de agente responsável. A SUSEP entendia

³ A demonstração específica de todas estas afirmações será feita no Capítulo 3 deste estudo.

que apenas pessoas físicas poderiam ser enquadradas nesta definição, com a responsabilização solidária das sociedades supervisionadas, no caso da aplicação de penalidade administrativa de multa.

Com base neste entendimento, apenas pessoas físicas eram acusadas da prática de infração administrativa, com a inclusão de pessoas jurídicas nas lides administrativas em razão da sua responsabilidade solidária. As pessoas jurídicas serviam como uma espécie de garante econômico do pagamento da penalidade de multa, tratando-se em geral das empresas em que os acusados – pessoas físicas – trabalhavam.

Esta instabilidade em relação ao tema pode ser constatada, também, pelo grande número de normas regulatórias editadas pelo CNSP e pela SUSEP, para além da mencionada Resolução CNSP nº 243/2011, sobre o tema. Inicialmente, foi publicada a Resolução CNSP nº 293/2013 e a Instrução SUSEP nº 69/2013. E, em dezembro de 2015, a Resolução CNSP nº 331/2015 e a Instrução SUSEP nº 76/2015.⁴

Mas foi ainda em 2015, com a publicação da Lei nº 13.195, que alterou a redação do DL nº 73/66, que o tema relacionado com a responsabilização administrativa no mercado de seguros privados foi melhor elucidado. Anotou-se, então, que, tanto pessoas físicas, como jurídicas poderiam ser consideradas como agente responsável pela prática do ilícito administrativo no MSP.⁵

No entanto, embora aclarado este ponto, o que impediu que apenas pessoas físicas fossem indistintamente responsabilizadas administrativamente pela SUSEP, persiste no PAS do MSP uma outra tautologia, justamente a que se pretende abordar nesta dissertação, relacionada com a ausência de condicionantes para a aplicação da sanção administrativa de multa sobre o infrator pessoa física, quando for o caso.

A SUSEP vem recriminando quase que exclusivamente gestores das sociedades supervisionadas que, de acordo com o entendimento da autarquia, devem responder por eventual irregularidade ocorrida na sua área de atuação e realizada por algum dos seus subordinados. Argumenta-se com base na culpa *in vigilando* e *in eligendo* de tais pessoas físicas para que sejam responsabilizadas administrativamente.

É possível observar um modelo de responsabilização de pessoas físicas retirado de teorias do direito civil, embora se trate de processo de natureza sancionatória.

⁴ A demonstração específica de todas estas afirmações será feita no Capítulo 3 deste estudo.

⁵ A demonstração específica de todas estas afirmações será feita no Capítulo 3 deste estudo.

Contrasta-se com esta posição reiteradas decisões do CRSNSP⁶, que vêm reformando decisões da SUSEP que responsabilizam infratores pessoas físicas, com a aplicação da sanção administrativa de multa, sem qualquer comprovação de sua culpabilidade, valendo-se, como dito, apenas da ocupação de cargo em sociedade supervisionada, ou mesmo, argumentando a respeito de um dever de diligência incapaz de ser explicado sob o ponto de vista personalíssimo da pessoa do infrator.

Muito embora seja positivo para o *enforcement* no MSP, a responsabilização administrativa do infrator pessoa física que eventualmente pratique uma infração administrativa, sujeita à aplicação da penalidade administrativa de multa, precisa se apoiar na constatação efetiva da sua culpabilidade.

Condenações administrativas que não individualizem a conduta do acusado, estabelecendo premissas de responsabilização administrativa descuradas dos requisitos de configuração do ilícito administrativo e dos princípios informadores do processo administrativo sancionador, não podem ser admitidas, a despeito do reconhecido poder punitivo estatal.

Portanto, este cenário permite que se tenha em conta a conveniência da proposta da presente dissertação, porque poderá conformar alguns aspectos do regime repressivo no MSP que servirão como condicionantes para que a SUSEP, ao aplicar sanções administrativas de multa sobre infratores pessoas físicas, responsabilize-os adequadamente. A dissertação será desenvolvida da seguinte maneira:

No Capítulo 2 a teoria da sanção administrativa, bem como o processo administrativo sancionador serão analisados como anteparo teórico para as considerações que, ao final, pretende-se fazer.

O objetivo destas demarcações será, sobretudo, destacar as principais características do ilícito administrativo, da sanção administrativa, em especial da penalidade administrativa de multa, além de notabilizar alguns princípios informadores do direito administrativo sancionador, a saber: o devido processo legal, a legalidade, a tipicidade, abordando-se também o regime de sujeição especial que se entende existir no MSP, e a culpabilidade, princípios estes que servirão para o afinamento da proposição derradeira.

O tema tratado no estudo se desenvolve no universo da regulação setorial do Estado, de modo que esta peculiaridade será abordada de maneira pontual, objetivando contextualizar o poder sancionador dos órgãos reguladores.

⁶ Decisões proferidas em 2016.

No Capítulo 3 se realizará uma análise das características do regime repressivo no MSP. Os órgãos que exercem a regulação neste mercado serão identificados, máxime, a SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, a quem compete a sua fiscalização.

Será feita a sistematização do arquétipo normativo que serve de suporte para o predito regime repressivo no MSP, discriminando-lhe as principais características, em especial da Resolução CNSP nº 243/2011.

Com objetivo de estabelecer alguma base empírica para o problema apresentado será realizado um confronto entre, de um lado, a orientação da SUSEP quanto à responsabilização administrativa das pessoas físicas, no tocante à aplicação da sanção administrativa de multa, e, de outro, decisões do Conselho de Recursos entendendo em sentido contrário e por isso reformando, como instância recursal, decisões do órgão fiscalizador.

Tal metodologia será utilizada em razão do sigilo das decisões de 1ª instância administrativa proferidas pela SUSEP. Este sigilo impede que se colacione as decisões, mas tal déficit será suprido com a identificação da matriz de orientação da SUSEP sobre o tema. Esta orientação será confrontada com a posição do CRSNSP retratada em várias de suas decisões. Tais decisões do Conselho de Recursos, diferente do que ocorre com a SUSEP, têm acesso público e por isto poderão ser utilizadas no estudo.

E no Capítulo 4 o objetivo será estabelecer, a partir do quanto se teorizou, destacou e constatou, o referido conjunto de condicionantes que efetive a adequada aplicação da sanção administrativa de multa sobre o infrator pessoa física no MSP.

2 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVO INFRATOR

2.1 Ilícito Administrativo: Principais características

O estudo do ilícito, em particular do ilícito administrativo, é escolhido como o primeiro tema a ser tratado no artigo monográfico ora desenvolvido. Como o mote monográfico está relacionado com o regime repressivo no MSP, no particular o aspecto da aplicação ou imposição da penalidade administrativa de multa ao denominado agente responsável pela infração, convém, antes de tudo, identificar a questão da transgressão jurídica, então considerada como a prática do ilícito, analisando o seu conceito, o seu regime jurídico a depender do tipo de ilícito (civil, penal e administrativo) e os seus requisitos.

2.1.1 Conceito

O Direito é o conjunto de normas que regulam condutas, com o objetivo de fazer prevalecer, a partir da sua conformação, determinados valores considerados relevantes pela sociedade. Trata-se, portanto, de uma ordem normativa de cunho social, que, segundo Kelsen (1994, p. 48-49):

(...) consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado (...) fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é, em relação às outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente inúteis.

Um dos tipos de normas tratado pelo Direito é a norma jurídica, que está inserida em um ordenamento ou ordem jurídica.

É da clara compreensão da existência de norma jurídica, que se chega ao ilícito. Ilícito é a conduta que descumpre um mandamento de norma jurídica. O ilícito deriva de uma inobservância anterior. A ordem jurídica estabelece uma série de comportamentos positivos (permissões/obrigações) ou negativos (proibições) e, da mesma forma, também fixa uma série de consequências em caso de descumprimento de qualquer um deles. O ilícito, então, não tem justificativa em si mesmo, resultando de uma anterior desobediência a comando normativo

expresso na ordem jurídica. Se o sistema jurídico normativo permite, desde que observados alguns requisitos, ou obriga um determinado comportamento, será a mesma estrutura normativa que preverá a punição da conduta, derivada da permissão, que tenha inobservado aqueles requisitos, caracterizando o ilícito; ou que preverá a punição caso a conduta obrigacional não tenha sido realizada, caracterizando o ilícito. Ou, se o sistema jurídico normativo proibir algum comportamento, existirá correlata previsão de punição em caso de desconsideração (por conduta comissiva ou omissiva) daquela vedação, caracterizando o ilícito.

Retira-se disto dois importantes aspectos: o primeiro, de que o ilícito demanda um descumprimento anterior de norma jurídica; o segundo, de que a sua previsibilidade normativa é igualmente importante, tanto quanto o da norma jurídica anteriormente violada.⁷

A prática de um ilícito justifica a aplicação de uma sanção. Pode se dizer que o ilícito é o pressuposto para a aplicação da sanção. A ordem jurídica estabelece uma reprimenda em caso de atuação contrária a uma disposição normativa, leia-se, em caso de cometimento de um ilícito. A sanção é a reprimenda. Neste sentido Vitta (2003, p. 29):

O ilícito é a conduta (ação ou omissão), que contravém o mandamento da norma, a qual estabelece a consequência jurídica, institucionalizada, organizada normativamente, a sanção. Assim, conforme se vê, apenas quando houver descumprimento do mandamento da norma jurídica, poder-se-á falar em ilícito e sua consequência (a sanção).

2.1.2 Regime jurídico

Com esteio no propósito deste trabalho, vale abordar o ilícito a partir da sua divisão nos seguintes tipos: ilícito civil, penal e administrativo. O ilícito civil, pela sua dessemelhante concepção, não será tratado no presente estudo. O dano, elemento fundamental do ilícito civil, não é elevado, em regra, à categoria de requisito no ilícito penal e no ilícito administrativo. Nesses, a proposição é fundamentalmente aflitiva, adstrita a pessoa do infrator, razão pela qual a reparação do prejuízo não serve como elemento identificador. Não se busca reparar o ofendido ou vítima, mas, sim, reprimir a prática da infração, em si considerada. Leia-se: retribui-se o fato punível. A diferença de perspectiva é relevante, posto

⁷ Este segundo aspecto tem relação direta com a tipicidade, que se tratará mais adiante neste estudo monográfico.

que, em regra, desincompatibiliza a utilização de teorias do direito civil tanto no ilícito penal, como no administrativo.⁸

Abra-se um parêntesis. Esta abordagem será de grande valia no exame da posição atual da SUSEP quanto ao tema da responsabilização administrativa do infrator pessoa física no MSP, posto que fundamentada em teorias retiradas justamente do direito civil, a saber, a *culpa in vigilando* e a *culpa in eligendo*. Fecha-se o parêntesis.

Em especial pertinência temática com o presente estudo, interessa contextualizar os ilícitos penal e administrativo. A distinção entre eles, objetivamente, dá-se por um critério formal, relacionado com o regime jurídico que lhes aproveita. Destacando os regimes jurídicos diferenciados de aplicação da sanção entre os ilícitos penal e administrativo, veja-se Munhoz Mello (2007, p. 255-256):

5. A distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo deve ser feita com base em critério formal, que leve em consideração o regime jurídico das respectivas sanções. Pelo critério formal, ilícito administrativo é o comportamento pelo qual se atribui uma sanção administrativa, enquanto ilícito penal é a conduta à qual é atribuída uma sanção penal. A cada tipo de sanção corresponde um regime jurídico próprio.

Ferreira (2001, p. 189), na mesma linha, acentua a distinção entre o ilícito penal e o administrativo a partir do regime jurídico utilizado para a aplicação da sanção:

19. A diferenciação entre os ilícitos penal e administrativo está no específico regime jurídico a que se subordina a sanção correspondente. Sendo esta uma pena, configurará um delito a conduta efetivamente praticada; ao contrário, sendo sanção administrativa, uma anterior infração ter-lhe-á dado ensejo.

Oliveira (2005, p. 19) amplia os contornos desta constatação, quando define crime, contravenção e infração a partir das sanções aplicadas em cada uma destas modalidades de ilícitos:

⁸ Em regra, porque algumas medidas sancionatórias de cunho ressarcitório, manejadas especialmente em decorrência da prática de ilícitos administrativos, têm regime jurídico assemelhado ao ilícito civil, posto que baseadas na intenção reparatória do dano. Ou seja, elas têm caráter indenizatório pela prática do ilícito, tal qual ocorre no direito civil. Este tema será tratado mais a frente, quando se falar das sanções.

Crime e contravenção são espécies, dentro do campo do direito penal. O que os distingue é, na visão do legislador, a maior ou menor necessidade de prevenção social. Haverá crime quando a previsão deontica do comportamento estiver inscrita dentro ou fora do Código Penal, mas que tenha previsão, nos termos do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais, de 'pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei a comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente'. Ambas são aplicadas pelo poder Judiciário. Delito é o mesmo que crime. Em direito administrativo fala-se também em ilícito, mas como gênero a identificar a espécie de 'infração', que significa o comportamento contrário ao previsto na norma, seja obrigatório, seja proibido, na hipótese de a sanção ser aplicada pelo órgão administrativo. A infração será o pressuposto da sanção administrativa. O próprio conceito de sanção é gênero, de que pena, sanção civil e sanção administrativa são espécies.

Vitta (2003, p. 34) anota o aspecto subjetivo do ilícito, relacionado com a autoridade competente, para concluir pela sua diferenciação e arrematar o conceito de ilícito administrativo:

Concluindo, o critério reside na verificação da autoridade (agente público) que tem por competência, atribuída pelo ordenamento jurídico, para impor sanção; se for autoridade administrativa (judicial ou legislativa, na função administrativa, ou do Poder Executivo), haverá ilícito dessa natureza.

O ilícito administrativo, desta maneira, é a conduta transgressora cujo regime sancionatório foi titularizado pelo Estado, quando exercente da sua função administrativa.⁹ Ou

⁹ Veja-se a definição de Moreira Neto (2014, p. 21):

A função administrativa, que pode ser, desde logo, apreciada em proposição negativa, obtida por exclusão, vem a ser toda aquela exercida pelo Estado, que não se destine à edição de regra legal nem produza uma decisão jurisdicional – ambas aqui, em seus respectivos sentidos formais. Como proposição positiva e no sentido material, as atividades administrativas são as que atendem as necessidades de planejamento, decisão, execução e controle destinadas à gestão de interesses públicos – entendidos como os especificamente cometidos pela ordem jurídica à administração do Estado. A função administrativa, por essa razão, abrange toda a atividade estatal residual, definida por exclusão da normativa e da jurisdicional, exercida por qualquer dos Poderes ou por qualquer dos órgãos constitucionalmente autônomos, de modo que se estende sobre um vastíssimo campo de competências suficientemente amplo para conferir ao Estado atribuições executivas destinadas a satisfazer interesses qualificados como públicos.

– com mais pertinência ao presente estudo – quando do exercício da sua função administrativa regulatória¹⁰, sendo certo que os órgãos integrantes da Administração Pública Federal Indireta, incumbidos do viés regulatório previsto na Constituição Federal¹¹, também podem aplicar sanções.

Neste sentido, corroborando o poder sancionador de tais órgãos integrantes da Administração Pública Federal Indireta, veja-se Oliveira (2005, p. 74): “Defluindo a sanção administrativa da perturbação à atividade estatal, impõe-se indagar a quem incumbe sua aplicação, de vez que apenas pode ela vir prevista em texto legal. O sujeito ativo será sempre o Estado, ou quem faça suas vezes”. Prossegue o autor com destaque que interessa ao presente estudo (2005, p. 77):

Fácil concluir que também as entidades da Administração descentralizada podem aplicar sanções, uma vez que estão no exercício da função administrativa. (...) Havendo disposição legal e podendo a autoridade delegar sua competência para a prática de certos atos, ao delegado, e não ao delegante, caberá a imposição de sanção.

¹⁰ Veja-se a definição do saudoso Souto (2005, p. 40):

A atividade administrativa assumiu um forte impacto sobre as atividades de interesse geral; dada a impossibilidade do Estado satisfazer a todas as necessidades públicas, resta-lhe orientar e acompanhar como essas necessidades serão atendidas pelos agentes privados. Esse é o espírito da regulação, que não se confunde com a formulação das políticas públicas. (...) aí entra a atividade regulatória, expedindo diretrizes para a eficiente implementação da política pública sufragada. Esse o limite da função regulatória, traduzindo em comandos técnicos a orientação normativa, executiva ou judicante, para a implementação de uma política pública. Não há, pois discricionariedade ampla na atuação dos agentes econômicos, mas mera integração técnica do comando legal que reflete uma decisão política.

¹¹ O modelo de regulação a que se faz referência foi concebido na Constituição Federal de 1988, particularmente no seu artigo n. 174, estruturando, a partir da opção por um regime de *intervenção indireta*, uma *função ordenadora* do Estado relativamente à economia. Restou admitida a *intervenção direta* do Estado na economia, é verdade, mas apenas em casos excepcionais, a saber, nas hipóteses dos artigos n. 173, 175 e 177 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Do que se tem, restou estabelecido um anteparo para a concepção de uma nova forma de atuação do Estado na economia, indireta e *subsidiária* ao particular, *livre em sua iniciativa*, salvo determinadas salvaguardas expressamente anotadas na Constituição Federal. O ponto de partida da reforma do Estado Brasileiro – na quadra da ordem econômica – foi, então, esta demarcação constitucional, chegando ao seu ápice na década seguinte (anos 90).

2.1.3 Sujeito ativo

O infrator, destaque-se, será a pessoa física ou jurídica que cometer o ilícito administrativo. Será aquele que transgredir a ordem jurídica e por isto justificar a sanção prevista nos seus termos. Competirá à norma jurídica definir a figura do infrator. Ferreira (2001, p. 191) confirma tal afirmação:

Podem ser infratores tanto as pessoas físicas (mesmo menores de idade) como as jurídicas (de direito público ou privado). O que torna uma pessoa física ou jurídica capaz de cometer uma infração e sofrer a consequente sanção é a sua condição de destinatário da norma jurídica sub examine, ou seja, aquelas que os autoriza (ou determina) a figurar perante a Administração Pública num regime de sujeição geral ou especial.

Voltando-se a norma a um infrator pessoa física, não responderá a pessoa jurídica, a não ser que tenha sido incluída na descrição da infração, como um dos seus sujeitos. E vice-versa. Convém deixar anotado que não se confunde o sujeito ativo do ilícito com o sujeito passivo da sanção, que pode, não necessariamente, ser o infrator.

Ferreira (2001, p. 71) explica a diferença entre estas, por assim dizer, posições de infrator e sancionado:

Que não se confunda ‘infrator’ com “pessoa sujeita a sanção”. O primeiro (responsável principal) é aquele que efetivamente viola a norma de conduta e deveria – em regra, e salvo disposição legal em contrário – imediatamente sofrer a sanção respectiva. A segunda, tida como responsável subsidiário, é aquela que – muito embora não tenha pessoalmente cometido o ilícito administrativo – para fins de lei, é quem, pelo especial vínculo mantido com o infrator ou com a infração, até prova ou disposição em contrário, deverá sofrer, como resposta do sistema, direta e imediatamente consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo.

Será possível, claro, que o próprio infrator seja o sujeito passivo da aplicação da sanção. Mas isto não é cogente, podendo ser diferente. A sanção poderá ser aplicada a pessoa diversa do infrator, considerada como responsável subsidiário. Para tanto, exige-se a previsão na norma jurídica da infração, que é a resposta à ordem jurídica violada. Além do que, tal

transferência não olvidará as questões inerentes à responsabilização subjetiva do infrator¹², leia-se, não será possível atribuir sanção a terceiro estranho ao ilícito administrativo.

Abra-se um parêntesis. Esta abordagem será fundamental para explicar a modelagem de responsabilização administrativa existente no MSP, o que será tratado no Capítulo 3 deste estudo. Utiliza-se o conceito de agente responsável como gênero, permitindo que se qualifique como infrator pessoas físicas ou jurídicas. Sendo que no caso de responsabilização da pessoa física, estabelece-se a responsabilidade solidária da pessoa jurídica no pagamento da penalidade administrativa de multa eventualmente aplicada. Fecha-se o parêntesis.

2.1.4 Requisitos

A infração necessita estar prevista em norma jurídica. Ou seja, mesmo sendo fruto de um descumprimento anterior, cujo comando positivo (atuação/permissão), ou negativo (proibitivo), está anotado no sistema normativo afim, a infração também carece de previsão normativa. A isto se chama de tipicidade.¹³ A tipicidade encerra a conformação da infração em norma jurídica e traz a reboque a previsão de sanção administrativa como uma reação à constatação do cometimento do ilícito administrativo.

Por outro lado, não basta a prática da conduta contrária à norma jurídica, prevista em norma, para que se tenha configurado o ilícito administrativo. É preciso reconhecer a ilicitude da conduta do infrator. A ilicitude impregnará a conduta do quanto necessário para que se a considere como um ilícito administrativo. Sem a sua presença, embora tenha ocorrido a conduta, o ilícito administrativo não estará configurado. É daí que se chega ao conceito de antijuridicidade, tema de grande relevância ao presente estudo, posto que intimamente relacionado com a responsabilidade administrativa do infrator.

Não sendo antijurídica, a transgressão não estará sujeita à aplicação de sanção. Trata-se de causa que exclui a infração, tornando a conduta atípica. Outrossim, não se pode confundir tal excludente com as hipóteses de exculpação afeitas à impossibilidade de se aplicar a sanção ao infrator – relacionadas com a imputabilidade do infrator ou mesmo com hipóteses de extinção da punibilidade.

¹² Tema que será tratado especificamente, mais a frente, nesta dissertação.

¹³ Cujo instituto, como já foi dito antes, será abordado em capítulo específico nesta dissertação.

Uma coisa, portanto, é a atipicidade da conduta, que não permite que ela seja considerada como uma infração, a saber, como um ilícito administrativo. Outra é a hipótese de exclusão da sanção. E, por fim, poderão existir causas de extinção da punibilidade.

Oliveira (2005, p. 15-17) aproxima os conceitos de antijuridicidade e ilicitude para concluir pela sua identidade e ratificar o significado de infração:

O ordenamento jurídico, disciplinando comportamentos humanos, prevê, àquele que venha a descumprir os deveres e obrigações institucionalizados, a correspondente sanção. O comportamento contrário ao devido é a antijuridicidade; a consequência jurídica que se imputa é a sanção. (...) Podemos afirmar, em conceito amplo, que ilícito é o comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é pressuposto da sanção. É a conduta contrária à devida. É o antijurídico. Neste sentido, ilicitude e antijuridicidade são sinônimos e confundem-se num mesmo conceito, de unívoco conteúdo. (...) Infração é, pois, o comportamento típico, antijurídico, cuja sanção é aplicada por órgão administrativo, ou pelos órgãos judicial, ou legislativo, no exercício de função atípica.

Registre-se que Vitta (2003, p. 26) entende que tal expressão “antijuridicidade” é inadequada, dado o fato de que os ilícitos estão inseridos no ordenamento jurídico, o que não permitiria chamá-los de atos antijurídicos:

Hans Kelsen acentua o ilícito como um fato que esteja dentro do Direito, pois o ilícito é pressuposto e não negação do Direito; por conseguinte, é inadequada a expressão ‘antijurídica’, como bem anota José Adonis Callou de Araújo. Não podemos, tecnicamente, nos referir a ‘atos antijurídicos’, contrários ao Direito, já que, igualmente, são atos que estão dentro do ordenamento.

A despeito de tal posição, sobretudo por uma questão didática, adota-se a posição de Oliveira (2005).

Esta antijuridicidade, por sua vez, dependerá da presença de alguns requisitos para que possa ser reconhecida. A saber: o primeiro deles é a plena capacidade de discernimento do infrator, que deve saber que está adotando comportamento contrário à norma jurídica. É preciso que ele conheça a realidade. Tratando-se de condutas comissivas ou omissivas, de outro modo, de comandos obrigatórios ou proibitivos, este requisito atrai a análise do erro de direito ou de fato para a configuração do ilícito administrativo.

O segundo requisito para a caracterização da antijuridicidade é a voluntariedade, ou seja, que o infrator tenha praticado livremente a conduta inquinada como antijurídica. Não sendo voluntária a conduta do infrator, não se poderá considerá-la como antijurídica. O elemento volitivo do infrator tem grande importância. E a sua verificação atrai a análise de determinadas situações que mitigam a voluntariedade do infrator, como o caso fortuito, a força maior e, segundo Vitta (2003, p. 157), “as denominadas ‘causas justificadoras do ilícito’ (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de um direito), a coação e a ordem de superior hierárquico”.

Já o terceiro requisito para a configuração do ilícito administrativo, para além da tipicidade e da antijuridicidade, é a culpabilidade. Isto significa a constatada presença do elemento subjetivo, dolo ou culpa, do infrator. É preciso a presença do elemento anímico. Para além da voluntariedade, o infrator deve ter agido, seja por conduta comissiva ou omissiva, com dolo (intencionalidade) ou culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Abalizada doutrina, convém anotar, entende que este terceiro requisito não seria exigível para a configuração do ilícito administrativo, bastando a voluntariedade. Nesta linha, e por todos, veja-se Ferreira (2003, p. 190). Este autor entende que o elemento subjetivo não é exigido para a caracterização da infração, bastando-lhe a voluntariedade. Pondera que tal elemento até pode constar na norma, como elemento objetivo do tipo, mas não seria, como dito, requisito para a configuração da infração administrativa. Veja-se:

24. Não se exige o elemento subjetivo para a caracterização da infração, mas nada obsta a que a lei assim determine, exigindo um *animus* especial, tanto a título de dolo ou de culpa. Em tais casos não se fala em punibilidade, mas sim no elemento subjetivo como *conditio sine qua non* de constituição do ilícito. Isto decorre da ausência de norma legislativa similar à contida no Código Penal vigente que trata da exclusão da pena.

Por outro lado, adota-se a posição defendida por Munhoz de Mello (2007, p. 191-192), segundo o qual a voluntariedade não seria, em si considerada, suficiente para a configuração do ilícito administrativo. Admitir apenas a voluntariedade deixaria escapar determinados aspectos da conduta que permitiriam significados, em termos de transgressão, bem diferentes. Tais elementos estariam situados dentro do princípio da culpabilidade, um dos

que informam o regime jurídico da aplicação das penalidades administrativas, ou, o direito administrativo sancionador.¹⁴ Veja-se:

Há, todavia, autorizadas vozes que sustentam entendimento diverso, reconhecendo que a imposição de sanção administrativa não depende de dolo ou culpa do infrator, bastando a voluntariedade da conduta. (...) A voluntariedade diz respeito à ação praticada pelo particular. Para que se configure infração administrativa é necessário que o agente tenha praticado uma conduta de modo voluntário, movido por ‘impulso anímico’, nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira. (...) Todavia, com o devido respeito aos autores que entendem de modo distinto, apenas a voluntariedade não é suficiente para a configuração de ilícito administrativo. É certo que a voluntariedade é indispensável, pois sem ela não há que se falar em ação. Mas uma conduta humana pode ser voluntariamente voltada a um resultado lícito e atingir, não obstante, resultado ilícito, mesmo com a adoção de todas as precauções para que não ocorra esse desvio. Em outras palavras: agindo voluntariamente, com toda a diligência de um homem comum, e desejando atingir resultado lícito, um indivíduo pode acabar produzindo como resultado um evento tipificado como infração administrativa. Não parece adequada a imposição de sanção nesta última hipótese.

Sendo assim, é possível concluir que a adoção de conduta contrária a mandamento de norma jurídica caracteriza o ilícito, que é o pressuposto da sanção. O que definirá a natureza do ilícito é o regime jurídico estabelecido para a aplicação da sanção administrativa correlata. Caso aplicada por autoridade administrativa, leia-se, pelo Estado no exercício da sua função administrativa – ou regulatória, estará se falando de ilícito administrativo, também denominado de infração. Podem ser sujeitos ativos da infração tanto pessoas físicas como jurídicas, conforme a norma jurídica dispuser. Isto não se confunde com o sujeito passivo da sanção. É preciso que o ilícito administrativo esteja previsto em norma jurídica, do que se colhe a tipicidade. No entanto, não é apenas a conduta contrária à anotada na norma jurídica o que predica o ilícito. Faz-se necessário a antijuridicidade ou ilicitude do comportamento, o que implica que o infrator tenha pleno conhecimento da realidade e aja voluntariamente. E, mais do que isto, exige-se a constatação da sua culpabilidade, que é requisito indispensável para a configuração do ilícito administrativo.

¹⁴ O direito administrativo sancionador será analisado mais adiante neste estudo monográfico.

2.2 Sanção Administrativa: Principais características

O estudo da sanção administrativa, uma vez estabelecido o marco teórico principal a respeito do ilícito administrativo, também se mostra muito relevante ao presente tema monográfico. A análise do regime repressivo no MSP é realizada no tocante à imposição da penalidade administrativa de multa ao denominado agente responsável pela infração. Assim, tem-se que o pleno entendimento a respeito do instituto da sanção administrativa permitirá o adequado enfrentamento da controvérsia jurídica que se pretende conformar, ao final, com este estudo. Pelo que se passa a fazê-lo de maneira sistematizada.

2.2.1 Conceito

A sanção é uma reação do Estado. Uma consequência negativa vazada da sua competência punitiva. A aplicação da sanção tem como pressuposto o ilícito, que, como visto no item anterior, é a adoção de um comportamento contrário ao que a ordem jurídica determina. Este comportamento contrário é punido – ou desestimulado – com a aplicação de sanção. Verdadeiramente, a sanção é um ato de repulsa do Estado.

Munhoz de Mello (2007, p. 37) define com precisão o conceito de sanção, relacionando-o com a prática de um ilícito:

A sanção, portanto, é a consequência negativa atribuída pelo ordenamento à inobservância de um comportamento prescrito pela norma primária. Ou, simplesmente: a sanção é a consequência de um ilícito. É patente a íntima relação entre ilícito e sanção: só há ilícito se uma pessoa adota uma conduta à qual o ordenamento atribui uma sanção, conduta contrária àquela prescrita pela norma primária. A sanção, por sua vez, somente pode ser aplicada na hipótese de ocorrer um ilícito. Logo, sem sanção não há ilícito, pois ‘uma determinada conduta apenas pode ser considerada como prescrita na medida em que uma conduta oposta é pressuposto de uma sanção’. Sem ilícito, por outro lado, não se pode aplicar sanção.

Carvalho Filho (2014), em conceito mais restrito, contextualiza as sanções como o resultado do poder de polícia¹⁵ da Administração Pública:

¹⁵ Colhe-se de Medauar (2012, p. 366) o significado da expressão poder de polícia:

As sanções espelham a atividade repressiva decorrente do poder de polícia. Estão elas difundidas nas diversas leis que disciplinam atividades sujeitas a esse poder. As mais comuns são a multa, a inutilização de bens privados, a interdição de atividade, o embargo de obra, a cassação de patentes, a proibição de fabricar produtos, etc. São sanções, na verdade, todos os atos que representam a punição aplicada pela Administração pela transgressão de normas de polícia.

A definição de sanção administrativa elaborada por Heraldo Garcia Vitta também merece destaque. O autor, de forma bastante acurada, além de conceituar a sanção administrativa, estabelece com precisão quatro elementos que a caracterizam e servem para distingui-la de qualquer outro instituto afim. Antes de citá-lo, desde logo, anota-se certa ressalva quanto ao quarto item posto pelo autor, relacionado com a finalidade da sanção. Isto porque, como será demonstrado mais à frente, é possível admitir que a sanção administrativa também tem a finalidade de aplicar um castigo ao infrator, um resultado desfavorável, para além do objetivo de desestímulo, com propósito unicamente preventivo.

Feito este registro, sublinha-se o completo mandamento de Vitta a respeito das sanções administrativas (2003, p. 66):

Diante do exposto, podemos conceituar sanção administrativa: é a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica. São suas características: 1) trata-se de consequência em virtude da prática de ilícito; portanto, decorre do descumprimento do mandamento da norma jurídica. Essa consequência é estipulada pela ordem normativa, por conta das normas estabelecidas pelo legislador; 2) somente será qualificada como 'sanção administrativa' a que possa ser imposta por autoridade administrativa, na função administrativa; ou por autoridades legislativa ou judiciária, quando exercerem funções administrativas; 3) o Direito pode estipular a consequência desfavorável tanto ao infrator, como ao responsável. Aquele é quem, efetivamente, contraria o mandamento da norma, realiza a conduta que é

Em essência, poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades. É uma das atividades em que se expressa sua face de autoridade, sua face imperativa. Onde existe um ordenamento, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar o exercício dos direitos fundamentais de indivíduos e grupos.

A autora também descreve o conceito de sanção, relacionando-o com o poder de polícia:

As medidas resultantes do poder de polícia exigem observância por parte dos sujeitos a que impõe restrições em seus direitos: tais medidas podem implicar obrigações de fazer ou de se abster. O descumprimento de tais prescrições enseja, para o agente, a possibilidade de impor sanções.

pressuposto da sanção; enquanto o responsável responde, sofre a consequência determinada na ordem legal, ainda que não tenha praticado a conduta ilícita; 4) a finalidade da sanção administrativa não é punir o sujeito infrator ou responsável. Tem como escopo desestimular as pessoas a cometerem futuras violações. A finalidade é preventiva.

Mas é Osório (2015, p. 105-106) quem define com maior precisão o conceito de sanção administrativa, abordando-a em sua dimensão material e adjetiva. O conceito desse autor esclarece o pressuposto da sua aplicação, a sua finalidade, o alcance dos seus efeitos, os seus sujeitos ativos e passivos, no que merece especial destaque o fato de que se admite a sua imposição seja ou não em relações de sujeição especial com o Estado¹⁶:

Consiste a sanção administrativa, portanto, 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. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.

2.2.2 Regime jurídico e sujeito ativo

Não se retira do tipo de sanção, em si considerada, o regime jurídico a ser aplicado. Isto descarta ilações que tentam diferenciar a sanção de acordo com a sua natureza, seja ela civil, penal ou administrativa.

Com efeito, a sua distinção deriva da autoridade competente para o sancionamento. Munhoz de Mello (2007, p. 63-64) descortina o regime jurídico das sanções administrativas de maneira aprofundada, citando inclusive Celso Antônio Bandeira de Melo:

O principal traço característico das sanções administrativas é o sujeito competente para impô-las: as sanções administrativas são impostas pela Administração Pública. Trata-se de elemento decisivo para identificá-las. Se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública, de sanção administrativa não se trata. É o elemento subjetivo que permite diferenciar a sanção administrativa da sanção penal:

¹⁶ Este tema, de sujeição especial com especial enfoque no MSP, será tratado em item específico do presente trabalho.

‘O que as aparta – ensina Celso Antônio Bandeira de Mello – é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção, (...)’. Complementando o que acima já foi afirmado, o ilícito é administrativo porque a ele é atribuída uma sanção administrativa; a sanção é administrativa porque a autoridade competente para impô-la integra a Administração Pública.

Ferreira (2001, p. 34) define a sanção administrativa na mesma linha, embora notabilize centralmente o exercício da função administrativa do Estado: “Conceituamos sanção administrativa como a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”.

Osório (2015, p. 86-87) explica a sanção administrativa a partir do poder sancionador, deslocando-a do poder de polícia. O autor admite a atividade administrativa sancionadora para além do exercício fiscalizatório, em si considerado. Ainda apresenta o direito administrativo sancionador como o ordenamento da sanção administrativa:

Quando se trata de analisar a evolução histórica da teoria da sanção administrativa, o que se observa é uma migração da pena administrativa do campo do Poder de Polícia para o terreno do Poder Sancionador. Noutras palavras, o que se verifica é que a teoria da sanção culmina por englobar duas outras categorias, quais sejam, sanções penais e sanções administrativas, além de outras possíveis categorias menos relevantes ou impactantes no meio social. Daí a pertinência da sanção administrativa no universo do Direito Punitivo, por suas conexões e paralelos com a teoria da sanção penal, que lhe serve de referência. Esse Direito Punitivo, quando incidente no campo do Direito Administrativo, transforma-se em Direito Administrativo Sancionador.

Nesta linha de compreensão proposta por Osório, tem-se que a atividade sancionadora, como já se disse alhures, está compreendida na função administrativa regulatória, razão pela qual é possível consignar que a aplicação de penalidades administrativas pelo Estado também tem como sujeito ativo os órgãos reguladores integrantes da Administração Pública Indireta. Esses órgãos podem aplicar sanções administrativas, estando inserido este viés sancionador na sua função regulatória. Eles detêm o poder de sancionar os infratores, valendo-se de sanções administrativas não apenas para confirmar as suas competências ao mercado supervisionado, como para exortar as suas orientações por meio de imposições intimidativas contra a pessoa do (potencial) infrator.

Marques Netto (2000, p. 356) aborda este tema, quando comenta a respeito do poder sancionador dos órgãos reguladores como uma face da sua atividade regulatória:

5. De todas as atividades que compõe a função de regulação, interessa-nos aqui aquela condizente com a aplicação de sanções. Certo é que, dentro do plexo de atividades que compõe a função de regular uma dada atividade econômica de relevância pública (em especial serviço público), o exercício da função punitiva possui grande importância. Isso não só por constituir a punição um requisito de eficácia da atividade regulatória, mas também porque é primordialmente pelo poder de sanção que o órgão regulador se afirma frente aos atores privados regulados (concessionárias, permissionários, autorizados etc) e perante os administrados (consumidores). Sem a ameaça potencial de sanção, resta fragilizada a autoridade regulatória. Sem perceber a capacidade coercitiva do regulador, sente-se o administrado desamparado.

2.2.3 Finalidade

Tais premissas, a de afirmação e intimidação, não desfazem outra finalidade da aplicação da sanção administrativa, qual seja, a de imposição de uma medida aflictiva contra o infrator, de um verdadeiro castigo. O sofrimento, admite-se, objetiva desiludi-lo a tal ponto que o infrator não volte mais a cometer qualquer outra irregularidade, dada a consequência desfavorável que o afligiu.

Sundfeld (1987, p. 100) registra a finalidade da sanção como ato de castigo:

A finalidade do ato sancionador é sempre a de impor uma consequência desfavorável ao infrator, seja para castigá-lo, hipótese em que assume certo tom didático em relação a ele e terceiros, seja para permitir sua recuperação, seja para ressarcir o lesado do prejuízo que lhe foi causado pelo fato sancionado. Este ato não se confunde com outros que, embora materialmente semelhantes, não tenham por finalidade específica impor uma consequência desfavorável.

Osório (2015, p. 101) comunga deste entendimento: “Sanção é um mal, um castigo, e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamentos, ligados, em seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito administrativo”.

Acrescenta-se o magistério de Garcia de Enterría; Fernández (2013, p. 182) reafirmando a tônica de que a sanção administrativa tenha como desiderato impingir um mal ao infrator:

Por sancion entendemos aqui um mal inflingido por la Administración a um administrado como consecuencia de uma conducta ilegal. Este mal (fin afflictivo de la sanción) consistirá sempre en la privación de un bien o de derecho, imposición de una obligación de pago de uma multa.

Vão além os renomados juristas espanhóis e confirmam a distinção do seu regime jurídico a partir de um dado formal, atinente à autoridade competente para impô-las: “Se distinguen estas sanciones de las penas propriamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales”.

Já Vitta (2003, p. 65), como se viu acima, adota entendimento contrário, no sentido de que o castigo não é a finalidade da sanção, mas o seu efeito. E vai além, esclarecendo que a efetiva finalidade da sanção administrativa é desestimular o descumprimento do ordenamento normativo:

A previsão de sanções existe para atemorizar os eventuais infratores (caráter repressivo), fazendo com que os indivíduos ajustem seus comportamentos aos padrões admitidos em Direito. Tem por fim específico desestimular a prática de condutas proibidas pela ordem normativa, por meio de ‘desagradáveis efeitos’. Logo, não comungamos com o entendimento, segundo o qual as sanções têm por fim punir os infratores, pois o castigo, como explica Daniel Ferreira, ‘não é o objetivo colimado pela sanção, mas sim um efeito da sua imposição’.

No mesmo sentido, Ferreira (2001, p. 188): “8. A finalidade da sanção, como conceitualmente limitada, é desestimular a prática de condutas juridicamente reprováveis, mediante imposição de consequências desfavoráveis, restritivas de direitos, a quem a lei previamente determinar”.

Munhoz de Mello (2007, p. 257), compartilhando do entendimento relacionado com a medida de desestímulo, acrescenta a natureza preventiva da sanção: “A finalidade da sanção retributiva, penal ou administrativa, é preventiva: pune-se para prevenir a ocorrência de novas infrações, desestimulando-se a prática de comportamentos tipificados como ilícitos”.

O que sobra da análise contextualizada das abalizadas opiniões doutrinárias acima transcritas é que o elemento teleológico das sanções administrativas balança entre a punição

por meio da aplicação de um castigo e o desestímulo preventivo contra a prática de um novo ilícito.

Embora o castigo não seja um fim em si mesmo, tem-se que qualquer sancionado, para além de desestimulado, sente-se censurado quando recebe a aplicação de uma sanção administrativa. Esta reprimenda, lembre-se, guarda relação direta com um descumprimento pretérito a comando de norma jurídica, que se quer desencorajar. A partir disto, é possível admitir, *sub censura*, que ambos objetivos podem ser considerados como a finalidade da sanção administrativa, não devendo, nem um e nem outro, serem tratados como simples efeitos do sancionamento. Pune-se o infrator e com isto se afirma a autoridade do órgão. Bem como se aplica a sanção e com isto se desestimula, preventivamente, a prática de nova infração.

2.2.4 Sujeito passivo

Tal como foi dito quando se abordou o ilícito administrativo, o sujeito passivo da sanção pode não ser o mesmo do sujeito ativo da infração. Sua imposição não recai necessariamente sobre a pessoa do infrator, podendo ser definido no regime jurídico afim outra pessoa, física ou jurídica, sobre a qual o sancionamento deva ser imposto. Trata-se, em princípio, do responsável principal e do responsável subsidiário. Esta esquematização ou escolha depende de previsão expressa na norma que caracteriza a infração e estabelece a sanção, dada a relação de pressuposto mantida entre esses dois institutos.

Vitta (2003, p. 56) endossa este entendimento:

3) o Direito pode estipular a consequência desfavorável tanto ao infrator, como ao responsável. Aquele é quem, efetivamente, contraria o mandamento da norma, realiza a conduta que é pressuposto da sanção; enquanto o responsável responde, sofre a consequência determinada na ordem legal, ainda que não tenha praticado a conduta ilícita.

Outrossim, mesmo nestes casos, cujo sujeito passivo, para além da pessoa do infrator, é definido pela norma jurídica, não é possível desconsiderar uma necessária relação, direta ou indireta, do denominado responsável subsidiário com a infração. Quer se dizer, com isto, que não será possível, mesmo para o regramento institucionalizado, atribuir responsabilidade administrativa a terceiro estranho ao fato punível, na particular perspectiva

de quem seja o infrator e, a partir daí, de quem seja o indicado como responsável. Exige-se uma vinculação entre eles.

Veja-se, neste sentido, Oliveira (2005, p. 34):

Responsável é a pessoa que deve suportar a consequência de sua ação antijurídica, típica e punível. Pode ser uma ou mais pessoas. Responsável principal é quem pratica a ação ou omissão antijurídica e, em linha de princípio, deve sujeitar-se à sanção correspondente. Pode a lei, no entanto, atribuir a outrem, vinculado por alguma forma ao agente, a responsabilidade de suportar a ação. Em tal caso a responsabilidade denomina-se subsidiária.

Outro ponto, ainda neste aspecto, que merece (muito) destaque é a questão da análise acerca da pessoa do infrator principal, que suportará a sanção administrativa a ser imposta pela autoridade administrativa. Tal questão não tem a ver com qualquer alteração da pessoa do infrator prevista na norma jurídica pela autoridade administrativa. O que seria, sobretudo, ilegal.¹⁷

Relaciona-se, especificamente, com os fundamentos da responsabilização administrativa que devem ser utilizados para a imposição de sanção ao infrator, pela autoridade administrativa, em razão do ilícito administrativo praticado. Ou seja, trata-se da identificação da pessoa do infrator responsável.

Para tanto, não é a norma tipificadora da infração – e que estabelece a sanção – o objeto a ser analisado. Mas sim, os elementos informadores do exercício do juízo de valor repressivo, por parte da autoridade administrativa que impõe a sanção administrativa.

Ilustrando: embora fulano tenha praticado a conduta típica, antijurídica e culpável, a saber, o ilícito administrativo, depois de analisar a hipótese, a autoridade administrativa entende que é ciclano quem deve responder pela sanção administrativa, por ser o responsável segundo critérios de responsabilização objetiva ou subjetiva extraídos do direito civil, pela conduta de fulano.

Trata-se de uma transferência da responsabilidade pelo cometimento da infração, que repercutirá na aplicação da sanção administrativa. E este fenômeno, segundo a doutrina administrativa que trata do tema em evidência, tem relação direta com a natureza da penalidade a ser aplicada.

¹⁷ A legalidade será tratada em tema específico deste estudo monográfico.

Sanções com natureza afliativa não podem ser repassadas a terceiro, posto que derivadas de infrações que têm como requisito a culpabilidade do infrator. Logo, estão atreladas de maneira personalíssima à pessoa de quem comete a infração. Já as sanções que ostentam natureza reparatória permitem a transferência.

Este racional tem fundamento na possibilidade de extensão da reparação de perdas e danos prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988). Trata-se, pois então, de axioma constitucional. Veja-se, neste sentido, a parte final do inciso XLV do artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido

A partir disto, inclusive, é possível admitir a aplicação de teorias extraídas do direito civil – ilícito civil, tal qual as modalidades da *culpa in eligendo* e *in vigilando*, para a imposição de penalidades, visto que determinadas sanções têm, inegavelmente, natureza reparatória. Ou seja, tratando-se de sanções que objetivem reparar o dano causado, o que é, para fins deste artigo, sinônimo de ressarcir o prejuízo, é possível que elas sejam transferidas a terceiros.

Por isto, para que se possa analisar tal aspecto relacionado com o sujeito passivo da penalidade, a classificação das sanções administrativas tem relevante importância. É a partir de tal categorização, diferenciando-se as que têm natureza afliativa das que têm objetivo reparatório ou ressarcitório, que se poderá admitir a imposição de penalidade à pessoa diversa do infrator.

Um parêntesis. Este é, por assim dizer, um dos principais aspectos do presente estudo, que trata do regime repressivo no MSP. O problema de pesquisa analisado tem pertinência com a responsabilidade administrativa do infrator pessoa física no MSP e a respectiva aplicação da sanção administrativa de multa. A hipótese estabelecida é a de que a SUSEP, autarquia a quem compete à titularidade do referido regime repressivo, utiliza teorias civilistas para a censura administrativa das pessoas físicas, transferindo responsabilidades

quando da imposição de sanção administrativa de natureza eminentemente afliativa. Portanto, desvendar as penalidades que admitem tal transferência é certificar o ponto de vista sustentado no presente estudo monográfico. Fecha-se o parêntesis.

2.2.5 Classificação

Pela relevância da obra deste autor, convém iniciar este subitem do estudo monográfico com a citação da classificação defendida por Ferreira (2001, p. 45-46). Segundo este autor, as sanções podem ser classificadas a partir de três premissas: (i) em razão da restrição imposta, no que se subdividem em restritivas da liberdade, restritivas de atividades, restritivas do patrimônio moral e restritivas do patrimônio econômico; (ii) em razão da relação de sujeição, no que se subdividem em gerais ou de polícia e especiais; e, (iii) em razão da reprovação legislativa, subdividindo-se em objetivas e subjetivas.

Ainda este autor, a partir do parâmetro de restrição do patrimônio econômico na classificação realizada em razão da restrição imposta, destaca uma subdivisão de acordo com a natureza da referida restrição. Tal categorização nos interessa porque trata da penalidade administrativa que será objeto de item específico deste estudo, a saber:

Entretanto, esse mesmo parâmetro admite nova classificação, em razão da natureza da restrição imposta: a) sanções reais – são as pecuniárias (multas) e as que, por sua natureza, gravam coisas, possuindo natureza real (por exemplo, as de perda de bens, interdição de estabelecimento e outras); b) sanções pessoais – todas as demais, ou seja, as que atingem a ‘pessoa’ do sujeito passivo da sanção (infrator ou responsável), nelas se incluindo, por exemplo, as de prisão, de suspensão de atividades etc).

Complementa Ferreira (2001, p. 46), esclarecendo que a utilidade da classificação empreendida seria unicamente definir as sanções passíveis de transmissibilidade, o que confirma a importância de tal abordagem no presente estudo monográfico:

Anote-se, para adiantar, que a específica utilidade desta classificação é separar as sanções transmissíveis das intransmissíveis, vale dizer, as que, na hipótese de não-cumprimento pelo sujeito passivo até seu desaparecimento (por morte ou extinção das pessoas jurídicas), se transferem aos sucessores, bem como daquelas outras recaídas sobre bens que, inter vivos ou causa mortis, são transferidos a terceiros.

Analisando a referida classificação, verifica-se que o autor considera as multas como sanções de natureza real, na sua dogmática, sanções de natureza pecuniária. É possível perceber uma clara identidade, neste ponto, com a dicção do predito inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que permite a extensão da reparação de danos e não, sublinhe-se, da pena. Para Ferreira (2001), então, as multas não passariam de medidas ressarcitórias, do que se poderia concluir seriam transmissíveis a terceiros.

No entanto, a partir da classificação de Ferreira (2001), em princípio, também seria possível subsumir a multa administrativa em outra categoria de sanção administrativa.¹⁸ O parâmetro de restrição do patrimônio moral, inserido na classificação em razão da restrição imposta, admitiria a penalidade de multa, posto que a sua imposição implica claramente em uma censura ao infrator, inclusive, gerando o afastamento da sua primariedade¹⁹, com o risco, no caso de nova prática, da incidência do fator de agravamento relacionado com a reincidência do infrator. Cita-se o próprio autor (FERREIRA, 2001, p. 46), para demonstrar a aceitabilidade de tal constatação: “6.1 Classificação em razão da restrição imposta (...) c) restritivas do patrimônio moral (de pessoa humana ou jurídica) – são aquelas constitutivas de admoestações ao infrator, como as de advertência, repreensão e censura”.

Além disto, outra classificação de Ferreira (2001) poderia compreender a multa administrativa, sendo a que está relacionada com o critério de reprovação legislativa. Esta categoria, como visto, é dividida em dois tipos de sanções, as de natureza objetiva e subjetiva. Veja-se (FERREIRA, 2001, p. 46):

6.3 Classificação em face da reprovação legislativa (...) a) objetivas – que impõem, objetivamente, sempre e a todos, uma fixa consequência jurídica, sempre desfavorável, pela simples violação da norma de conduta; b) subjetivas – as quais, diferentemente, são impostas pelo ilícito praticado, mas cuja gradação, quando juridicamente admitida, ocorre somete in concreto, caso a caso (dentro dos limites previstos em lei), tendo em vista a valoração da pessoa do infrator, das condições em que ocorreu a infração e, muitas vezes, dos danos dela decorrentes.

Parece que a multa administrativa, diante desta segmentação, estaria incluída nas sanções de natureza subjetiva, posto que a sua imposição se dá de maneira customizada em relação ao ilícito praticado, sopesando a sua gravidade, e variando, no seu aspecto

¹⁸ Está se fazendo referência, aqui, a sanção de multa administrativa que é aplicada no MSP pela SUSEP e que será tratada, como dito, em subitem específico do presente trabalho.

¹⁹ Fala-se daqueles que nunca cometeram alguma infração.

quantitativo, de acordo com a pessoa do infrator.²⁰ A multa, pelo menos no que se refere àquelas sanções que objetivam afligir a pessoa do infrator, não tem aplicação indistinta, utilizando matizes que se justificam justamente em razão das peculiaridades de cada caso e, máxime, de cada infrator. Isto, em tese, serve para retirá-la do conceito de sanções (meramente) pecuniárias, permitindo, *sub censura*, a identificação de uma desconformidade entre as classificações propostas por Ferreira (2001).

E esta afirmação se confirma quando verificada a conclusão do autor quanto à transmissibilidade das sanções subjetivas, ao afirmar que este tipo de penalidade não é transmissível (FERREIRA, 2001, p. 46):

Em vista dessa classificação, é possível afirmar que – ao menos de certa forma – as sanções subjetivas castigam, haja vista sua gradação exigir avaliação da figura do infrator. Justamente por isso é comum verificarmos na doutrina alusão às sanções punitivas e, de igual forma, ao ‘poder punitivo’ da Administração. (...) Concluindo, podemos adiantar, pela importância do tema, que as sanções subjetivas nunca poderão ser diretamente impostas a outro que não o infrator.

Por esta intrincada análise da classificação das sanções administrativas proposta por Ferreira (2001) – que não a rejeita, mas demonstra certa sobreposição de subsunções da penalidade administrativa de multa –, mais a matriz constitucional que se destacou quanto à possibilidade de extensão apenas das medidas reparatórias²¹, adota-se no presente estudo a classificação defendida por Munhoz de Mello (2007, p. 75), que distingue as sanções administrativas entre as que têm natureza afliativa e natureza ressarcitória:

As sanções administrativas podem ser classificadas de acordo com os mais variados critérios. Parece relevante destacar a classificação que separa as sanções administrativas em duas categorias: (i) sanções que consistem em medidas afliativas de caráter retributivo e (ii) sanções que consistem em medidas afliativas de caráter ressarcitório. Tanto num caso como noutro há uma sanção jurídica imposta pela Administração Pública, no exercício da função administrativa. Portanto, ambas são sanção administrativa.

²⁰ Pelo menos é esta a estrutura da multa administrativa aplicada no MSP pela SUSEP, como se verá no próximo capítulo desta monografia.

²¹ Estampada na parte final do inciso XLV, do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Prossegue Munhoz de Mello (2007, p. 76) definindo cada um dos tipos de sanção administrativa, tanto as retributivas, como as pecuniárias. Veja-se:

A sanção administrativa retributiva esgota-se na aplicação de um mal ao infrator. Trata-se de medida de simples retribuição pela prática da infração, sem qualquer pretensão de ressarcimento do dano causado pela conduta delitosa ou de restauração do status quo ante. (...) Já a sanção administrativa ressarcitória não se esgota na imposição de castigo ao infrator, mas vai além: a medida afliativa imposta pela Administração Pública altera a situação de fato existente, reparando o dano causado à vítima da infração. O ilícito consiste, aqui, na violação do dever geral de não causar danos a terceiros.

Como se vê, segundo a classificação deste autor, é clara a destinação das sanções ressarcitórias ao propósito reparatório do dano acarretado; ao passo que as sanções retributivas têm outra destinação, voltadas à imposição de um resultado desfavorável ao infrator. Seja com a finalidade de aplicar um castigo – um mal ao infrator ou mesmo desestimulá-lo, quiçá, para prevenir a ocorrência de outra infração, as sanções retributivas não teriam objetivo reparatório.

Tal relevante dicotomia serve para justificar a conclusão de que tais sanções têm regimes jurídicos diferenciados. A sanção retributiva se apoia em fundamentos do direito administrativo – em especial, do direito administrativo sancionador²², abeberada de inserções retiradas do direito penal.²³ Já a sanção ressarcitória, pela sua natureza reparatória, aproxima-se das teorias de responsabilização do direito civil.

Munhoz de Mello (2007, p. 75; 79) confirma tal afirmação, sobretudo, quando analisa a natureza das sanções retributivas. Veja-se:

Contudo, os regimes de uma espécie e outra são distintos, como será visto logo adiante. (...) A sanção retributiva é a típica sanção estatal. Há autores que consideram que só é sanção administrativa a medida afliativa retributiva, sendo a sanção ressarcitória imposta pela Administração Pública estranha ao campo da sanção administrativa. Guido Zanobini defendia tal posição, sustentando que a pena – medida retributiva – seria a sanção típica do direito público (penal ou administrativo), enquanto o ressarcimento ao dano – medida ressarcitória – seria a sanção típica do direito privado. A mesma posição é defendida, no Direito Espanhol, por Angel Blasco Pelliver, que entende que o traço característico da sanção administrativa é ‘el carácter estrictamente punitivo’. E completa: ‘No existe

²² O direito administrativo sancionador será tratado mais adiante neste estudo monográfico.

²³ Esta influência ou utilização funcional dos princípios do direito penal será analisada mais adiante neste estudo monográfico.

finalidad reparadora como en las sanciones propias del derecho privado, sino finalidad puramente aflitiva’.

Osório (2015, p. 114-116) tem posição semelhante à de Munhoz de Mello (2007) quanto à diferença entre as sanções retributivas e ressarcitórias. E vai além, entendendo que a última, na verdade, não se enquadra no conceito de sanção administrativa, máxime, corroborando o entendimento de que as sanções ressarcitórias se submetem, pela sua natureza reparatória, a princípios do Direito Civil:

O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmos termos em que ocorre com outras medidas, até porque a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de uma sanção administrativa, mesmo que assim venha denominada na legislação pertinente. De fato, medidas ressarcitórias, ainda que dotadas de finalidades intimidatórias, não podem, pura e simplesmente, ser tratadas como sanções administrativas. (...) O que importa ressaltar, nesse contexto, é que as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito aflitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo-se, nesse passo, a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do Direito Civil.

O autor acrescenta, ainda, que em se tratando de medidas ressarcitórias – utiliza-se a terminologia “medida”, pontualmente, em compasso com o entendimento do autor de que estas reprimendas não têm natureza de sanção – não seria aplicável o princípio da culpabilidade, o que, a *contrariu sensu*, serve para consolidar o entendimento de que se tratam de ferramentas punitivas diferentes, sujeitas a regimes jurídicos de responsabilização diferentes.

As sanções retributivas inseridas no direito administrativo sancionador. Já as ressarcitórias no direito civil (OSÓRIO, 2015, p. 115):

Acrescente-se que, por evidente, as medidas fiscais ressarcitórias e intimidatórias, ainda que não sejam consideradas sanções administrativas, por carecerem do pressuposto finalístico repressor (...) Não há sanções, nem acusados, mas um ilícito que comporta determinadas consequências legais (...) O que não se aplicaria, nesse caso, rigorosamente, seria o princípio da culpabilidade próprio do Direito Administrativo Sancionador.

Oliveira (2005, p. 34-35) entende da mesma maneira. O autor subdivide as sanções em punitivas ou afliativas e reparatórias, concluindo que a primeira não é transmissível, residindo definitivamente na pessoa do infrator:

Deve-se distinguir, no entanto, a sanção meramente reparatória de algum dano, hipótese em que será transmissível, das sanções punitivas ou afliativas, que não se transmitem. Caso contrário, estaria infringida a condição de validade denominada ‘finalidade dos atos administrativos’, presente em toda a atividade administrativa. Quando a sanção puder converter-se em pecúnia ou for apurável em cifra correspondente e tiver caráter reparatório, caberá a transmissão. Caso contrário, quando objetiva apenas castigar o infrator, será intransmissível. (...) Transmitem-se apenas as sanções reparatórias. Já as punitivas, como objetivam apenas castigar o infrator, para que não torne a descumprir o comando normativo, aplicam-se apenas ao próprio infrator, em obediência ao princípio mencionado.

Cassagne (2014, p. 58-59) também reconhece esta divisão entre as sanções de acordo com a sua finalidade reparatória ou repressiva, inclusive chamando a primeira de sanção civil e anotando que a segunda estaria submetida a princípios do direito administrativo. A esquematização realizada pelo autor serve perfeitamente ao propósito de confirmar a afirmada dicotomia entre sanções de natureza retributiva e ressarcitória. Veja-se:

Ahora bien, existe una pluralidad de formas mediante las cuales la Administración expresa su potestad sancionatoria pero, en general, la doctrina se ocupa, fundamentalmente, de las de naturaleza punitiva, separando de ese núcleo las sanciones reparatorias o civiles (típicas de los contratos administrativos) y las sanciones disciplinarias o de auto-protección. En el ámbito de la potestad sancionadora, en general, una de las cuestiones fundamentales que se plantea es la relativa a la naturaleza del ilícito objeto de la sanción y, en segundo lugar, la que concierne a cuáles son los principios generales, provenientes del derecho penal, que se aplican en materia sancionatoria. (...) Así, mientras existe un tipo de sanción que tiene por objeto la retribución del daño o perjuicio que se causa al Estado, de naturaleza eminentemente patrimonial, al lado de ésta (llamada también civil) la Administración pone en marcha mecanismos represivos y preventivos, que tienden a sancionar tanto el incumplimiento del deber de los particulares de contribuir o colaborar con la Administración – deber que imponen las leyes por razones inherentes al bien común o interés general – como las infracciones al orden público, cuya protección la ley confiere a la Administración. Estas últimas constituyen sanciones penales administrativas, por su evidente sustancia punitiva y la circunstancia de regímen, principalmente, por las normas y principios del Derecho Administrativo.

Por isto, é imperioso o reconhecimento de que a sanção administrativa recairá na pessoa do infrator, seu responsável principal, quando se tratar de penalidade administrativa de natureza retributiva, qual seja, aquela que, seja para castigá-lo ou desestimulá-lo, aflige-lhe um resultado desfavorável em razão da prática do ilícito administrativo.

Nesse tipo de sanção não se admite a transferência de responsabilidade, como sói ocorrer nas penalidades de natureza reparatória. A imposição de sanção administrativa retributiva, cujo pressuposto é a prática do ilícito administrativo, não passará da pessoa do infrator, sendo inaplicáveis conceitos do direito civil que permitem a transferência de responsabilidade a terceiro.

Tal afirmação pode ser apoiada em mais dois argumentos. O primeiro relacionado com o fato de que, possuindo natureza aflitiva, não teria sentido punir outra pessoa do que senão a que praticou a infração. Tanto para castigar, como desestimular ou prevenir, a sanção precisa ser aplicada sobre quem descumpriu o comando da norma jurídica, sob pena de perder o sentido caso recaia sobre alguém que não praticou a conduta e que, por isto, não tem motivo para ser punido, desestimulado e nem mesmo admoestado a não mais infringir algum comando jurídico.

Acredita-se, vale insistir, que a finalidade da sanção retributiva só é atingida se do sujeito que sofre os seus efeitos seja possível exigir conduta diversa da que foi praticada. Afinal, nas palavras de Toledo (2001, p. 28):

A pena criminal assim entendida como instrumento de intimidação, isto é, como medida de prevenção geral, só adquire algum sentido se a correlacionarmos com a noção de evitabilidade do fato praticado. Vale dizer: só se pode intimidar o homem, com algum proveito, com a ameaça da pena, de dor ou de sofrimento, para que deixe de praticar atos indesejáveis, nocivos ao semelhante, à tribo, à comunidade, à sociedade, quando tais fatos indesejáveis são evitáveis, ou, por outras palavras, quando esteja na esfera do indivíduo membro fazer ou não fazer o que se quer evitar por meio de ameaça referida.

O segundo argumento adicional é o fato de que a possibilidade de transmissão da imposição de sanções aflitivas termina servindo como estímulo à prática da conduta prosrita, já que o infrator não estará sujeito às consequências negativas que advêm da sua aplicação. Não parecer fazer sentido, em se tratando de sanções retributivas, que se a imponha a quem não praticou o ilícito. Mais do que conveniente, seria estimulante a aplicação de uma

reprimenda em pessoa diversa da que praticou o fato punível, deixando o infrator isento de qualquer censura.

Retornando à ilustração feita mais acima: se fulano praticou a conduta típica, antijurídica e culpável, a saber, o ilícito administrativo, depois de analisar a hipótese, a autoridade administrativa não pode entender que é ciclano quem deve responder pela respectiva sanção administrativa, valendo-se, para tanto, de critérios objetivos ou subjetivos de responsabilização retirados do direito civil.

Em resumo, sanções administrativas com natureza aflitiva não podem ser repassadas a terceiro, posto que derivadas de infrações que têm como requisito primaz a culpabilidade do infrator. Logo, que estão atreladas de maneira personalíssima ou individualizada à pessoa de quem comete a infração.²⁴

2.2.6 Multa: Sanção administrativa retributiva

O presente estudo monográfico tem como objetivo analisar se a aplicação da sanção administrativa de multa sobre o infrator pessoa física é bem aplicada no MSP. O ilícito administrativo, pressuposto da sanção, deve gerar a responsabilização da pessoa que cometeu a infração e não outra. Esta análise se desenvolve no tocante à imposição da penalidade administrativa de multa ao denominado agente responsável pela infração. Por se tratar de uma sanção administrativa de natureza retributiva, a sua imposição não pode admitir qualquer transferência de responsabilidade.

O sujeito passivo da predita sanção administrativa repressora deve ser aquele que ostenta inerente culpabilidade pelo fato punível, com conduta devidamente individualizada. Portanto, o desafio agora é confirmar a natureza da multa administrativa aplicada em regimes repressivos como medida punitiva aflitiva, do que se retirará o quanto necessário para a conclusão que, ao final, será anotada no presente estudo monográfico.

Analizando em perspectiva a sanção administrativa de multa quando aplicada em regimes administrativos de repressão, parece que não se pode afastá-la do objetivo punitivo, neste desiderato estando presentes as finalidades tanto de castigo como de desestímulo e mesmo prevenção. A multa analisada é aquela aplicada no exercício do poder sancionador da autoridade administrativa, com objetivo de atemorizar o infrator, intimidá-lo.

²⁴ A culpabilidade será analisada mais a frente nesta dissertação.

Como a esta altura se sabe, a sanção administrativa é ato de repulsa do Estado. Tem como pressuposto o cometimento de um ilícito administrativo e, não, de um dano. Tal afirmação é um axioma que resulta da própria ideia de imposição de sanção contra a adoção de conduta contrária a mandamento de norma jurídica. A imposição de sanção retribui a prática de uma infração. Quando imposta no exercício do poder punitivo estatal, a toda evidência, desponta com natureza afliativa e, não, reparatória.

Munhoz de Mello (2007, p. 79), ao acentuar a distinção entre as sanções de natureza retributiva e ressarcitória, permite o reforço à conclusão quanto ao encaixe da penalidade administrativa de multa, no exercício do poder punitivo do Estado, como medida de natureza afliativa, posto que não voltada a qualquer ressarcimento de um dano, mas, sim, contra a prática de um ilícito administrativo. O autor utiliza a interessante dicotomia entre a instituição de sanção em razão da pessoa do infrator e da pessoa da vítima, para diferenciar os comentados tipos de sanções administrativas:

Pode-se afirmar que a sanção administrativa retributiva é instituída em vista da pessoa do infrator, infligindo-lhe um mal pela prática do ilícito, com finalidade preventiva. Já a sanção ressarcitória tem como referência a pessoa que sofreu um o dano, obrigando o infrator a repará-lo. No primeiro caso a preocupação maior é punir o infrator, aplicando uma medida que sirva de ‘estímulo para que não reincida’ e, ademais, cumpra “uma função exemplar para a sociedade”; no segundo caso, a preocupação é ressarcir o dano causado ao ofendido.

O mesmo autor dá um exemplo típico de sanção ressarcitória, citando os juros moratórios cobrados em caso de atraso no recolhimento de tributos. Tal medida teria natureza indenizatória, objetivando ressarcir o erário pela demora no pagamento devido ao Estado:

Exemplo típico de sanção ressarcitória imposta pela Administração Pública é a cobrança de juros moratórios pelo atraso no recolhimento de tributos, sanção prevista no art. 161 do Código Tributário Nacional. Como ensina Paulo de Barros Carvalho, ‘sua cobrança não tem fins punitivos’, tendo por característica ‘um traço remuneratório do capital que permanece em mãos do administrado por tempo excedente ao permitido.’ A mesma opinião é compartilhada por Sacha Calmon Navarro Coelho, que sustenta que a cobrança de juros moratórios pela Administração Pública ‘visa a indenizar o credor pela indisponibilidade do dinheiro na data fixada em lei para o pagamento da prestação’.

Oliveira (2005, p. 35) se vale do mesmo exemplo das multas fiscais, citando J. H. Meirelles Teixeira, para verificar, tal qual se entende seja possível quanto às sanções reparatórias, a possibilidade de transmissão da responsabilidade administrativa para além da pessoa do infrator: “as multas fiscais, constituindo embora, muitas vezes, verdadeiras penas, são, contudo, penas administrativas, não são penas criminais, podendo, destarte, transmitir-se aos sucessores do infrator”.

Interessante abordagem a respeito das multas administrativas é a que faz Osório (2015, p. 101). Este autor chega a admitir que, em determinado aspecto, as multas, inclusive as de natureza penal, assemelham-se mais com medidas de cunho ressarcitório – premissa com a qual, *sub censura*, discordamos –, do que sancionatórias, pelo fato de que o pagamento do valor imposto poderia ser custeado por outra pessoa que não a pessoa do infrator. Contudo, o autor termina concluindo que tal aspecto não serve para descaracterizar as multas como sanções de natureza aflagrante, dado que tal efeito deve ser objetivamente considerado:

Nesse passo, inclusive a multa penal é uma sanção ‘atípica’, ou seja, normalmente estranha às finalidades próprias do Direito Penal, tendo em vista as dificuldades notórias no atendimento ao princípio da pessoalidade da pena e tendo em conta, fundamentalmente, a impossibilidade de conversão dessa sanção em pena privativa de liberdade. Nem sempre é o real infrator que sofre o efeito aflagrante da multa penal, dado que pode burlar as intenções do legislador e do juiz, beneficiando-se do favor de alguém que efetua o pagamento e atende, assim, ao ato sancionador em nome do infrator. Cabe, de fato, observar que o efeito aflagrante da medida pode ser interpretado de um ângulo subjetivo ou de uma perspectiva objetiva, e há de prevalecer essa última. Sendo assim, não importa saber se o agente, em determinado caso concreto, efetivamente sofre o efeito aflagrante da sanção ou se teve algum subjetivo e insólito prazer com a medida punitiva. Não interessa indagar se o agente efetivamente retirou do seu próprio bolso para pagar uma determinada multa ou se alguém fez o pagamento em seu nome, uma vez que a multa esteja prevista como modalidade sancionadora, visto que equivaleria a uma discussão a respeito do alcance (real) subjetivo da medida, se o efeito aflagrante concretizou-se ou não. Em todo o caso, o efeito aflagrante é objetivamente perceptível.

A combinação destas convergentes abordagens serve para explicar a frustrada impressão, tirada de alguns cidadãos – consumidores – beneficiários, de que a aplicação da sanção administrativa de multa pela autoridade administrativa, em razão da denunciada prática de alguma irregularidade, reverterá a seu favor no final da lide administrativa que busque a imposição da sanção. Em regra – o que fica bem explicado a partir da presente inserção –, pelo fato deste tipo de penalidade não ter desiderato reparatório e, sim, retributivo,

o valor resultante da sua aplicação não será destinado à eventual vítima, mas apenas, e em tese, ao próprio órgão administrativo que exerceu o poder sancionador.²⁵

E este é outro argumento que justifica a conclusão de que as multas administrativas, quando aviadas no exercício do poder sancionador do Estado, têm natureza retributiva e não reparatória. Pois tais sanções, em regra, são consideradas como receita própria do órgão da Administração Pública que as impõe.²⁶ Ou seja, não guardam relação com a intenção de reparar nenhum dano causado ao particular. Isto ocorre com a SUSEP, que constitui o produto das multas aplicadas como receita própria. Veja-se o DL nº 73/66: “Art. 40. Constituem ainda recursos da SUSEP: I - O produto das multas aplicadas pela SUSEP”

Palma (2014, p. 89) notabiliza a importância da sanção administrativa da multa para as agências reguladoras, destacando que esta é a principal ferramenta de repressão utilizada por tais órgãos, do que se retira a sua indiscutível natureza retributiva:

É a multa, porém, o efetivo instrumento sancionatório de que as Agências Reguladoras se valem para regular. Isso se deve não apenas ao fato de a multa estar prevista em todas as leis de criação analisadas, também a advertência está, mas principalmente em razão da multa corresponder à sanção mais empregada pelas

²⁵ Na verdade, será recolhida aos cofres do Tesouro Nacional em razão do conceito de conta única previsto no artigo 98 da Lei 10.707/2003:

Art. 98. A arrecadação de todas as receitas realizadas pelos órgãos, fundos, autarquias, fundações e demais entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social, far-se-á por intermédio dos mecanismos da conta única do Tesouro Nacional, observadas as seguintes condições (...).

A saber, não seria a execução do processo administrativo sancionador o motivo pelo qual se esperaria que o valor das multas aplicadas fosse vertido em favor dos órgãos, neste estudo, das agências reguladoras que tenham predicado a imposição da respectiva multa administrativa. Mas sim, o fato de que tais multas, nas mais das vezes, são arroladas nas leis de instituição das agências reguladoras como receitas próprias destas autarquias, razão pela qual seria aceitável a expectativa de que, uma vez quitadas pelos infratores, fossem repassadas a elas, por serem uma das suas fontes de receita previstas em lei. Esta aceitabilidade, outrossim, é modulada pela atual realidade orçamentária brasileira, em que tais valores, não selecionados em meio ao todo arrecadado pelo Estado a este e outros títulos (v.g., taxas regulatórias), não são obrigatoriamente destinados às agências, permanecendo na conta única do Tesouro Nacional por conta de contingenciamentos financeiros usualmente praticados.

²⁶ Segundo dados do Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União, em 2015, a SUSEP arrecadou R\$ 20.133.948,00 com a aplicação da penalidade de multa derivada de PAS. Segue o quadro:

RECEITAS DO GOVERNO FEDERAL POR UNIDADES GESTORAS E ALÍNEAS EM 2015

Total da receita realizada dos órgãos do Poder Executivo do Governo Federal em 2015:	R\$	2.748.323.055.966,83
Órgão Superior MINISTERIO DA FAZENDA:	R\$	2.284.284.713.007,52
Órgão/Entidade Vinculada SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS PRIVADOS:	R\$	240.055.155,38
Unidade Gestora SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS PRIVADOS - RJ:	R\$	240.055.155,38
Origem OUTRAS RECEITAS CORRENTES - RECEITAS CORRENTES:	R\$	20.451.908,77
Rubrica MULTAS DE OUTRAS ORIGENS - MULTAS E JUROS DE MORA:	R\$	20.133.948,00
MULTAS E JUROS PREVISTOS EM CONTRATOS	R\$	3.944,77
MULTAS POR AUTOS DE INFRAÇÃO	R\$	20.130.003,23

Fonte: CGU, 2015

autoridades reguladoras. De fato, afora a tradição administrativa de repressão de condutas por meio de penas pecuniárias, a multa prescinde de qualquer título prévio por parte do regulado, bastando haver previsão da infração apenada por multa em lei ou norma regulamentar, o que se verifica na maioria dos casos. Ademais, este instrumento sancionatório atrela-se diretamente à fiscalização, o que termina por situá-lo no centro das atenções da prática regulatória, tanto que algumas Agências Reguladoras avaliam os atos de repressão à infração a partir do parâmetro ‘multa’.

Esta natureza afliativa e não reparatória também pode ser confirmada com as manifestações mais recentes do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca do tema correlato, em especial, no processo TC nº 022.631/2009-0. Embora analisando um outro aspecto²⁷, naquele processo se assentou a finalidade repressora das multas administrativas e, não, reparadora de dano. Veja-se alguns trechos do relatório de auditoria do TCU:

Afinal, se o objetivo da aplicação das multas é, fundamentalmente, coibir a prática de atos que constituam infrações às normas de cada setor (...) a baixa eficácia na arrecadação das multas torna inócua uma parcela relevante das ações conduzidas por esses entes estatais e tende a refletir-se na redução da efetividade das entidades públicas de regulação e fiscalização, dificultando ou impossibilitando a realização de suas missões institucionais.

No seu voto, o e. Ministro Relator do acórdão nº 1.817/2010 (BRASIL, 2016e) abordou especificamente a questão da perda da eficácia do poder de sanção, o que confirma a natureza retributiva da multa:

PERDA DE EFICÁCIA DO PODER DE SANÇÃO (...) 37. Nesse passo, subscrevo a preocupação registrada pela unidade técnica, no sentido de que o considerável valor de multas aplicadas e não recolhidas representa não apenas uma ‘receita estatal potencial que não se concretiza’ (§ 5), mas também, e principalmente, um indicador da baixa eficácia do poder de sanção conferido aos órgãos e entidades analisados, com reflexos negativos sobre a própria efetividade do controle governamental (§ 4).

Portanto, a natureza da multa administrativa imposta em regimes repressivos, como medida afliativa em razão da prática de um ilícito administrativo, resta confirmada. A sua feição retributiva, como ato de repulsa à infração cometida pelo infrator, rechaça qualquer

²⁷ O TCU constatou que os órgãos reguladores analisados vinham apresentando arrecadações insuficientes, em comparação com o total de multas aplicadas.

identidade com sanções de natureza ressarcitória. Não é a reparação a um dano o que se objetiva com a sua imposição, mas sim, a imposição de um resultado desfavorável – castigo – mal ao infrator, seja com a finalidade de puni-lo pela conduta contrária a norma jurídica que adotou, seja para desestimulá-lo a praticar novamente o ilícito perpetrado.

2.3 Destaque a alguns princípios informadores do Direito Administrativo Sancionador relevantes ao tema monográfico

Na linha do estudo desenvolvido pela presente monografia, depois de analisadas as principais características do ilícito administrativo e da sanção administrativa, em especial da penalidade administrativa de multa, interessa destacar alguns princípios que informam a atividade punitiva estatal, aqui elevada a gênero – expressão que será explicada nos próximos parágrafos. O pano de fundo desta análise é o processo administrativo que objetiva a imposição de sanção administrativa sobre o infrator, denominado de processo administrativo sancionador.²⁸ Em última instância, intenta-se aprofundar a abordagem da responsabilização administrativa da pessoa física a partir de mais este enfoque.

Com efeito, o poder punitivo é reconhecido como uma das mais significativas manifestações do Estado. Tal poder constitui o que se denomina de Direito Punitivo Estatal. Neste conceito estão compreendidas todas as iniciativas estatais que buscam reprovare comportamentos contrários a mandamentos jurídicos, mediante a aplicação de sanções.

O anterior estudo tanto dos ilícitos, como das sanções, permitiu estabelecer como axioma o fato de que a distinção entre os seus tipos é ancorada em dado subjetivo, seja relacionado com a autoridade competente por entender pela sua configuração (ilícito), assim também por decidir pela sua reprimenda (sanção). Em razão disto, constatou-se que, entre eles, existem regimes jurídicos diferenciados que orientam a sua aplicação. Trata-se do

²⁸ Medauar (2012, p. 188) classifica os processos administrativos e, no que interessa ao presente estudo, também elenca o processo administrativo sancionador:

Tendo em vista o inc. LV do art. 5º da CF e levando em conta as modalidades formuladas por Hely Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira e Ana Lúcia Berbert Fontes, propõe-se a seguinte tipologia para os processos administrativos no direito pátrio: a) processos administrativos em que há controvérsias, conflitos de interesses: a.1) processos administrativos de gestão (...) a.2) processos administrativos de outorga (...) a.3) processos administrativos de verificação ou determinação (...) processos administrativos de revisão (...) processos administrativos em que há acusados – tais processos denominam-se processos sancionadores ou punitivos: b.1) internos – são os processos disciplinares em que são indiciados servidores, alunos de escolas públicas; b.2) externos – que visam apurar infrações, desatendimento de normas, e a aplicar sanções sobre administrados que não integram a organização administrativa; por exemplo: infrações decorrentes do poder de polícia; infrações relativas à administração fiscal; aplicação de penalidades a particulares que celebram contrato com a Administração, inclusive concessionários; apuração de infrações contra a ordem econômica (Lei 8.884/94, arts. 30-51).

exercício do *ius puniendi* pelo Estado em sentido lato, ou melhor, como gênero de qualquer espécie de direito repressivo estatal. No caso de ilícitos e sanções administrativas, tem-se o titularizado pela Administração Pública Direta ou Indireta.

É do conceito de Estado Democrático de Direito que se retira a principal conformidade do direito punitivo estatal, estribando-se nele o quanto necessário para que se possa contê-lo, evitando que o seu exercício se dê de maneira ilegítima e arbitrária. Neste sentido, veja-se Moreira Neto; Garcia (2012, p. 1-2), que confirmam ou subentendem tanto a aplicação de sanções administrativas, como as sanções penais ao mesmo gênero do exercício do poder punitivo estatal:

O Estado Democrático de Direito se assenta como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988 e exprime a inextricável submissão que se quer do Estado: à vontade do povo e à vontade da ordem jurídica. Como se sabe, com o advento do Estado de Direito, as normas de Direito Público explicitaram sua dupla função: a de limitar e controlar o poder do Estado, de modo a coibir os excessos e desvios praticados no exercício do poder político em desfavor dos administrados. Completava-se, no plano teórico, a tarefa histórica da superação do arbítrio do poder pelo poder do direito, com a substituição da vontade do soberano pela vontade da lei, do que resultou a sujeição do próprio Estado aos limites e controles impostos pela legítima expressão jurídica da vontade do povo. Como resultado da feliz confluência de sucessivas etapas históricas do aperfeiçoamento convergente da noção original de Estado de Direito, avançou-se contemporaneamente para o conceito de Estado Democrático de Direito, que, ao agregar o esquecido elemento da legitimidade, subordinou a ação estatal ao atendimento do interesse público, bem como a inexorável observância de valores, que passaram a ser expressos como direitos fundamentais dos cidadãos. Ora, essas premissas – de contenção de arbítrio do poder – que revelam a essência combinada do moderno Estado de Direito e do pós-moderno Estado Democrático de Direito, são especialmente importantes quando se deva examinar a essência e os limites do poder punitivo estatal, seja decorrente da aplicação de sanções pela própria Administração (sanções administrativas), seja decorrente da aplicação direta pelo Poder Judiciário (sanções penais).

Qualquer iniciativa punitiva do Estado estará conformada por *standards* de proteção orientados pela concepção de Estado Democrático de Direito arregimentada na Constituição Federal. Em razão disto, não parece justificável categorizar alguma implicação do direito penal no direito administrativo. Isto porque se aceita como premissa uniforme que tanto um, como outro, no que toca à atividade punitiva do Estado, são informados por princípios consagrados na Constituição Federal. Estes princípios têm aplicabilidade tanto na imposição de sanções penais, como administrativas, embora seja constatável que a sua

implementação não se dá da mesma maneira em um ou outro ramo do direito, dadas as suas peculiaridades inerentes.

A discussão a respeito de alguma unicidade entre as disciplinas do direito que cuidam de tais regimes repressivos, portanto, tem menor relevância a partir desta acepção. Contra a ideia de unicidade, veja-se Osório (2015, p. 156):

Em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: direito penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto, que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos.

É bem verdade, outrossim, que, em razão da historicidade penal mais acentuada em nossa realidade quotidiana e, conseqüentemente, da sua sistematização normativa estabelecida há mais tempo do que as infrações administrativas e suas respectivas sanções, não é difícil compreender que tais princípios – que serão abordados, alguns deles, mais adiante – têm subsunção mais reconhecida no direito penal. Mas isto não é capaz de alterar o quanto se tem como certo, no sentido de que tais princípios são informes centrais de contenção ao poder punitivo do Estado, portanto, de ampla aplicabilidade em qualquer iniciativa do gênero. Nobre Júnior (2000, p. 128-129) sustenta neste sentido:

Não se duvida que crime ou delito e infração administrativa são entidades distintas em sua essência. Prova disso, vários critérios foram sugeridos pela doutrina para diferenciá-las, dos quais sobressai o de adorno prático, formulado por GUIDO ZANOBINI, no sentido de que a infração administrativa não integra o Direito Penal, porque a responsabilização do infrator não é tomada concreta pela função jurisdicional, mas pelo Estado no desempenho de uma competência administrativa. Essa distinção ontológica, no entanto, não pode olvidar que, tanto no ilícito criminal como no administrativo, está-se ante situação ensejadora da manifestação punitiva do Estado. Segue-se, em linha de princípio, nada haver a obstar, antes a recomendar, serem os postulados vetores da aplicação das punições criminais, cuja sistematização doutrinária e legislativa é bem anterior à ordenação das sanções administrativas, a estas aplicáveis.

No mesmo sentido Cassagne (2014, p. 57-65, *passim*). O autor argentino afirma que, embora pela natureza das infrações administrativas sejam aplicáveis os princípios do direito penal, a base desses preceitos é constitucional:

‘Em los últimos tiempos se habla del Derecho Administrativo Sancionador como um capítulo del Derecho Administrativo (em le que interfieren el Derecho Constitucional – como es lógico – y los principios generales del derecho penal) que pretende contener la regulación de la potestad sancionatoria estatal de naturaleza punitiva o repressiva’. (...) La naturaleza penal de la infracción y las garantías insistas en el Estado de Derecho conducen a la aplicabilidad a las infracciones contravencionales de los principios propios del derecho penal substantivo. Si bien la mayor parte de esos principios provienen directamente del Código penal, su base radica en los preceptos y garantías constitucionales, tanto nominadas como innominadas (v.gr. la garantía de razonabilidad). Su aplicación se efectúa, por lo general, en forma supletoria o directa, aun cuando em ciertos supuestos nada impide acudir a la técnica de la analogía, a condición de que ella opere en favor del administrado.

Garcia de Enterría; Fernández (2013, p. 174), em lição de grande valia, *mutatis mutandi*, para a presente abordagem, atribuem a aplicação de princípios do direito penal ao que denominam de direito sancionador da Administração, em razão de uma antiga e reticente lacuna no ordenamento jurídico espanhol relacionada com esse último, que não tinha nenhum quadro normativo afim, sempre sendo tratado com muita superficialidade e imprecisão. Em razão disto, a jurisprudência dos Tribunais espanhóis supria a lacuna com a utilização dos princípios do direito penal no direito sancionador, cuja potestatividade competia à Administração. Os autores anotam, no entanto, que tal vácuo foi eliminado ou preenchido por orientação constitucional que suplantou as especificidades e aplacou uma aplicação ampla, em cada uma daquelas disciplinas, do que se convencionou chamar de princípios de ordem penal, gerais a qualquer iniciativa punitiva do Estado:

Com frequência la base de la potestad sancionatoria misma era, normalmente, reglamentaria, incluso de rango ínfimo (Circulares, Ordenanzas locales) y referida a conductas aludidas com una total indeterminación o a la “infracción de las normas reguladoras” de uma materia, sin otras precisiones. Tal situación, determinada por la formación histórica de este poder administrativo, por su evolución independiente como un simple instrumento de efectividad coercitiva, sin otras consideraciones, por la inexistencia de um cuadro normativo común dentro del cual integrar cada una de sus manifestaciones singulares, intentó ya tardíamente corregirse mediante uma entrada en juego de los principios generales del Derecho Penal concebidos como

principios generales del Derecho sancionador. Es la jurisprudencia preconstitucional, y fue una de sus mejores aportaciones, la que comienza esta vía (Ss. De 2 y 25 de marzo de 1972, como más significativas, rectificando una postura que en general legitimaba el uso que de la potestad sancionatoria venía haciendo la Administración), que quedará confirmada por la Constitución misma. Como ya sabemos, el artículo 25 de la Constitución ha incluido en una fórmula común penas y sanciones administrativas respecto de los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad. Pero esta regulación unitaria puede entenderse más amplia, como enseguida vamos a explicar.

3. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL AL DERECHO SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

El Tribunal Constitucional, desde sus primeras Sentencias de amparo en la materia (30 de enero y 8 de junho de 1981), hizo suya esa postura que acababa de iniciar el Tribunal Supremo: ‘Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio del legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo..., hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales’. De este modo, la imensa laguna que suponía la ausencia de un cuadro normativo general que definiese los principios generales de funcionamiento de las sanciones administrativas y de su aplicación se encuentra suplida por esa remisión general (que vendría impuesta por un principio constitucional, lo que supone su superioridad sobre cualquier eventual determinación contraria de las Leyes) a ‘los principios del orden penal’, lo cual es de una extraordinaria importancia práctica, como bien se comprende.

Portanto, embora seja admitida a aplicação de princípios do direito penal ao direito administrativo, isto não é suficiente para atestar a existência de um regime jurídico único para todas as formas de atuação ou exercício do poder punitivo do Estado, notadamente consideradas aquelas utilizadas para a imposição de sanções penais e administrativas. O que é útil a todas as disciplinas de repressão vocacionadas pelo Estado são regramentos constitucionais de proteção e defesa de aplicação ampla, a saber, inclusive no direito administrativo, quando trata da imposição de sanções administrativas.²⁹

A tal viés se atribui a denominação de direito administrativo sancionador, considerado neste artigo como o meio utilizado pela Administração Pública para a imposição de sanções administrativas sobre infratores.

²⁹ Adotando este entendimento, Candido (2009, p. 74):

Portanto, mesmo que exista uma diversidade de regime jurídico, tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador se submetem aos direitos fundamentais dos acusados, decorrentes do Estado Democrático de Direito. Somente neste aspecto existe alguma unidade no direito punitivo ou sancionador, nos limites traçados na própria Constituição Federal, a serem respeitados na aplicação de qualquer sanção pública.

É com especial atenção nesta sistematização que se passará a destacar alguns dos princípios que informam o processo administrativo sancionador e que parecem relevantes ao objetivo do presente estudo monográfico.

2.3.1 Devido Processo Legal: Ampla Defesa, Contraditório e Presunção de Inocência

Interessa ao presente estudo monográfico analisar o princípio do devido processo legal, sobretudo no que toca às garantias de defesa disponibilizadas ao infrator no processo administrativo que objetiva a sua responsabilização administrativa, em última instância, a imposição de sanção administrativa. Tal princípio está previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Este princípio constitucional garante que a prática de qualquer ato restritivo de natureza pessoal ou real, contra quem quer que seja (“ninguém”), seja conformada por meio da instauração de um processo. Na especial pertinência ao presente estudo monográfico, sem exclusão de outras aplicações, tem-se a sua cogente aplicação no processo administrativo sancionador, que objetiva a imposição de sanção administrativa pelo Estado.

Munhoz de Mello (2007, p. 220-221) revela a origem deste princípio – retirado do direito comparado anglo-saxão – e comenta a sua evolução como instituto jurídico, destacando tanto o seu aspecto processual, como o aspecto material que se passou a consagrar em relação a ele:

O princípio constitucional do devido processo legal tem origem remotíssima: a Magna Carta inglesa de 1215. Dentre outras garantias conquistadas pela Nobreza Inglesa, foi assegurada pela Magna Carta a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à propriedade, direitos que somente poderiam ser atingidos com a observância da *law of the land* – a lei da terra. A expressão *law of the land* é a precursora da hoje consagrada *due process of law*, utilizada já no ano de 1354 em

lei editada pelo Parlamento inglês, como informa Carlos Roberto Siqueira Castro. Sob influência do Direito Inglês, diversas declarações de independência das até então colônias inglesas na América do Norte fizeram expressa referência à cláusula do devido processo legal. Não obstante, a Constituição norte-americana de 1787 acabou não a mencionando, lacuna que logo foi suprida com a edição do Bill of Rights em 1791, dispondo a V Emenda que nenhuma pessoa seria privada da vida, liberdade ou propriedade sem *due process of law*. Em 1868, com a edição da XIV Emenda, a observância da cláusula do devido processo legal torna-se obrigatória também para os Estados-membros da Federação norte-americana. Em sua origem, seja no Direito Inglês, seja no Direito Norte-Americano, a cláusula do devido processo legal estava diretamente relacionada a garantias processuais dos particulares. Tratava-se – nas palavras de Siqueira Castro – de ‘um princípio assecuratório da regularidade do processo’. Mas a jurisprudência norte-americana, após a edição da XIV Emenda, foi paulatinamente ampliando o alcance da garantia, que passou a contar não apenas com um aspecto processual (*procedural due process of law*), mas também com um aspecto material (*substantive due process of law*), que permitiu fosse exercido controle sobre o conteúdo dos atos estatais. Como resultado, a cláusula do devido processo legal tornou-se também ‘garantia contra o arbítrio dos legisladores’.

A partir disto, é possível compreender por que o princípio do devido processo legal também é chamado de *due process of law*, qual seja, em razão da sua ontológica origem anglo-saxônica.

Além disto, constata-se que essa cláusula constitucional sempre esteve relacionada diretamente com garantias processuais dos particulares. E reconhece-se ao referido princípio duas aplicações: (i) uma de natureza adjetiva, que garante a instauração prévia de um processo, baseado em lei, que disponibilize garantias aos particulares para se defenderem plenamente de medidas sancionatórias, seja de que tipo for, que lhe são impostas; (ii) e outra cuja vertente é substantiva, assegurando um resultado justo no término do processo. Tal aspecto, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), está relacionado com o princípio da proporcionalidade. Veja-se este trecho retirado da ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 200844 – PR, de relatoria do e. Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2002):

O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público – tratando-se, ou não, de matéria tributária – devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘*substantive due process of law*’ (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes.³⁰

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 200844**. Julgado em 25 jun. 2002. Brasília: STF, 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 ago 2016.

Moreira Neto (2014, p. 97) deixa anotado que esta vertente do princípio do devido processo legal – que o autor chama de devido processo da lei – foi um resultado inerente à evolução da preservação das liberdades e dos direitos fundamentais:

O princípio do devido processo legal da lei, até aqui tomado em seu aspecto instrumental, veio a se tornar a pedra angular dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, e, por construção jurisprudencial, neles se expandiu conceptualmente para incluir a preservação substantiva das liberdades e dos direitos fundamentais, pois que a cláusula do devido processo da lei não poderia agasalhar atos públicos irrealis ou irrazoáveis.

Grotti (1997, p. 221) faz uma importante contextualização deste aspecto substantivo, de acordo com a evolução do *due process of law* no direito estadunidense, destacando a razoabilidade e racionalidade da sua aplicação, justamente no que toca à proteção dos direitos fundamentais para a validade de leis e na generalidade das ações do Poder Público:

A Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial bastante rica e criativa e baseando-se em critérios de razoabilidade e racionalidade, passou a promover a proteção substantiva dos direitos fundamentais nas leis e atos estatais em geral contra a ação irrazoável e arbitrária do Poder Público, primeiramente na área das economics matters, expandindo-se ulteriormente, para outros campos, sempre invalidando constrangimentos públicos ao exercício dos direitos fundamentais. Dessa forma, do procedural due process of law evoluiu-se para o substantive due process of law, na análise de conteúdo, motivos, finalidade e efeitos dos atos governamentais. Deixou, assim, de ser mera garantia processual, para transforma-se, ao lado do princípio da igualdade, no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, trasmudando-se num princípio garantidor das realizações da justiça, capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações do Poder Público.

No caso do presente estudo, em princípio, interessa-nos o aspecto adjetivo ou processual desta cláusula geral, dado relevante para a instrução do processo administrativo sancionador que objetiva a imposição da sanção administrativa sobre o infrator. O processo administrativo destinado à imposição da sanção administrativa, por autoridade administrativa, em razão da prática de ilícito administrativo, demanda a absoluta observância ao princípio constitucional do devido processo legal. É o que se conclui até aqui.

A apreensão mais relevante que se faz em razão da face adjetiva da cláusula do *due process of law* é a exigência de que nos processos, judicial ou administrativo, seja assegurado ao acusado a ampla defesa e o contraditório.³¹ Tal fórmula também está prevista na Constituição Federal, no inciso seguinte – do artigo 5º – ao que sustenta o devido processo legal (LV), razão pela qual da mesma forma é considerada como princípio constitucional. Veja-se:

Art. 5º *Omissis*

.....
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A ampla defesa e o contraditório, pois então, são inerentes ao *due process of law*. Não se prescreve apenas a existência de um prévio e regular processo, mas que ele seja dotado de garantias que efetivem aos acusados o exercício pleno da sua defesa. A combinação destes dois predicados completa um hermético conceito de resistência garantido constitucionalmente a quem quer que seja (“acusados em geral”), caso sujeitos à situação de litigância.³²

Um, sem o outro, é signo de exercício arbitrário do poder punitivo do Estado, tal qual nenhum tivesse sido observado, posto que se estará diante de um processo sancionatório realizado ao alvedrio do acusado, com desconsideração de cláusulas constitucionais. Ferraz; Dallari (2012, p. 82), citando a e. Ministra do STF Carmen Lúcia Antunes Chaves, confirmam esta conclusão, no sentido de que a ausência desses princípios significa uma atuação estatal ilegítima:

³¹ O DL nº 73/66 (BRASIL, 1966), diploma que estabeleceu o regime jurídico no MSP e ao qual se fez referência na introdução desta dissertação, registra a imperiosa necessidade de garantia a ampla defesa, sob pena de nulidade: “Art. 31. É assegurada ampla defesa em qualquer processo instaurado por infração ao presente Decreto-Lei, sendo nulas as decisões proferidas com inobservância deste preceito”.

³² Vitta (2003, p. 104), citando Lucia Valle Figueiredo, pondera que o devido processo legal terá especial lugar em situações de litigância:

Concluindo, como muito bem assinalado por Lucia Valle Figueiredo, ‘(...) quando houver litigância – é isto que está no texto constitucional, ‘aos litigantes em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral’ –, contraposição de interesses, contraditoriedade de interesses, será de cabal importância a aplicação do devido processo legal.

Carmen Lúcia Antunes Rocha, em precioso estudo monográfico, faz uma importantíssima observação ao dizer que o princípio do devido processo legal, além de compreender um conjunto de elementos garantidores dos direitos fundamentais, é também instrumento de legitimação do Estado – o que leva à conclusão, em sentido contrário, de que o desrespeito ao princípio do devido processo legal é, no mínimo, forte indício de atuação estatal ilegítima, constituindo-se num seguro instrumento de identificação de desvio de poder.

Já Medauar (2012, p. 182) acentua a inter-relação entre o devido processo legal e a ampla defesa e o contraditório, tratando-os como princípios diferentes, mas conectados entre si:

A exigência de atuação administrativa processualizada, prevista no inc. LV para as hipóteses indicadas, vincula-se profundamente ao inc. LIV do art. 5º, que estabelece a cláusula do devido processo legal, nos seguintes termos: ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. (...) Relacionando os incs. LIV e LV, pode-se dizer que o segundo especifica, para a esfera administrativa, o devido processo legal, ao impor a realização do processo administrativo, com as garantias do contraditório e ampla defesa nos casos de controvérsia e ante a existência de acusados. No âmbito administrativo, desse modo, o devido processo legal não se restringe às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo.

Sobre a ampla defesa e o contraditório, em si considerados, Dinamarco (2002, p. 127) parodia a sua concepção e justificativa de maneira bem interessante, grassando a sua observância por meio de um denominado binômio de reação/informação:

Os princípios da ampla defesa e do contraditório podem ser reduzidos ao binômio reação/informação: a parte deve ser informada da existência de processo, bem como dos atos praticados em seu curso. A informação permite à parte reagir, defendendo-se, apresentando alegações e produzindo provas.

Com semelhante impacto ou relevância jurídica, colhe-se a direta contextualização de Ferreira (2001, p. 111), que serve para sublinhar a importância do princípio do devido processo legal: “Por evidente, só há defesa após ataque (imputação da infração); só existe válida sanção após garantido prévio devido processo legal”.

Convém ressaltar, que a jurisprudência do STF trilha nesta mesma direção, considerando que o princípio do devido processo legal depende ou é jungido pela efetiva

disponibilização da ampla defesa e contraditório ao acusado. Por todos, cita-se o acórdão do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.517 (BRASIL, 2014), de Relatoria do e. Ministro daquele Sodalício Celso de Mello. Tratando de processo administrativo³³, o aresto enfatizou a importância do assecuramento da ampla defesa e do contraditório ao acusado. Vale o destaque, antecipado, para a ênfase que a decisão deu, em particular aspecto, ao direito à prova, notabilizando-o como corolário ou inerente aqueles princípios defensivos. *In verbis*:

E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (INCISOS II E III DO ART. 88 DA LEI Nº 8.666/1993) – ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO ‘DUE PROCESS OF LAW’ – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o ‘due process of law’, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.

- Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do ‘due process of law’ (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do

³³ Grinover (1996, p. 85-86) registra que a grande inovação da Constituição Federal de 1988, no que diz respeito a estes princípios constitucionais, a saber, da ampla defesa e contraditório, foi ter passado a resguardar as referidas garantias aos litigantes em processos administrativos:

O coroamento do caminho evolutivo da interpretação da cláusula do ‘devido processo legal’ ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV, que reza: (...) Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes. (...) É esta a grande inovação da Constituição de 1988. Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa, para o processo não-penal e para os acusados em geral, em processos administrativos, já eram extraídas, pela doutrina e pela jurisprudência, dos textos constitucionais anteriores, tendo a explicitação da Lei Maior em vigor natureza didática, afeiçoada à boa técnica, sem apresentar conteúdo inovador. Mas agora a Constituição também resguarda as referidas garantias aos litigantes, em processo administrativo.

contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV).

- Abrangência da cláusula constitucional do ‘due process of law’, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova.

- O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.

- Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do ‘due process’ a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência.³⁴

No seu voto, o e. Ministro relator tratou de discorrer sobre a relevância da cláusula geral do *due process of law*, cujas considerações jurídicas – sobretudo porque atinentes ao direito à prova, abordagem que também servirá para a conclusão final deste estudo monográfico – têm redobrada importância e por isto são transcritas em parte:

Tenho para mim, na linha de decisões que proferi nesta Suprema Corte, que se impõe reconhecer, mesmo em se tratando de procedimento administrativo, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo, de outro.

.....
Isso significa, pois, que assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do ‘due process of law’ (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inclusive o direito à prova), consoante prescreve a Constituição da República, em seu art 5º, incisos LIV e LV.

Vale referir, neste ponto, importante decisão emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal que bem exprime essa concepção em torno da garantia constitucional do ‘due process of law’:

(...) 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar

³⁴ BRASIL, 2014.

observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). ” (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES – grifei).

Vê-se, daí, que o direito à prova – tal como tenho assinalado nesta Suprema Corte (MS 26.358-MC/DF, Rel. Mino CELSO DE MELLO) – qualifica-se como prerrogativa jurídica intimamente vinculada ao direito do interessado à observância, pelo Poder Público, da fórmula inerente ao ‘due process of law’, consoante adverte expressivo magistério doutrinário

Com efeito, o Plenário desta Suprema Corte, ao julgar o MS 23.550/DF, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, proferiu decisão na qual deixou claramente acentuado, a propósito do tema em análise, que a Administração Pública tem o dever de assegurar, ao interessado, o exercício pleno do direito de defesa, havendo salientado, então, em referido julgamento, que se acha incluído, nessa prerrogativa essencial, o direito de produzir ou de requerer a produção de provas:

“Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, ‘a fortiori’, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase – jurisdicional. ” (grifei)

Analisada a questão sob tal perspectiva, mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do ‘due process’ a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração.

Completa este item do estudo monográfico, relacionado com o princípio do devido processo legal como meio ou justificativa para o exercício da também constitucional garantia de ampla defesa e do contraditório, a menção à Lei nº 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.³⁵ Referida lei assentou

³⁵ Interessa na biografia desta lei a menção ao anteprojeto elaborado pelos Professores Carlos Ari Sundfeld, Clóvis Beznos e Ruy Homen de Mello Lacerda, o PL nº 2.097/96, que era o anteparo inicial que circulou no Congresso Nacional com o objetivo de se tornar a norma ordenadora do processo administrativo no âmbito da União Federal. Tal PL continha seção específica tratando do Procedimento Sancionatório. E sua principal preocupação era justamente com a garantia de ampla defesa, assegurada através do devido processo legal administrativo, em cumprimento ao art. 5º, LV, da Constituição da República. Veja-se a exposição de motivos dos autores a respeito desta parte do PL:

O procedimento sancionatório, tratado nos arts. 62 a 64, destina-se a permitir a aplicação de sanções administrativas aos particulares. A primeira preocupação que a disciplina desse procedimento revela é a da garantia de ampla defesa, assegurada através do devido processo legal administrativo, em cumprimento ao art. 5º, LV, da Constituição da República. Concorre para tal objetivo a possibilidade de oferecimento de defesa pelo acusado, antes da instrução do procedimento (art. 63, IH). Ademais, assegurando-se a produção de provas e contraprovas pelo interessado

a obediência a princípios expressos, ou não, com o claro objetivo de garantir a proteção aos direitos de defesa dos administrados. Entre eles, e em especial, constam os princípios da ampla defesa e do contraditório. Veja-se: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Também garantiu expressamente o mencionado direito à prova e manifestação plena aos administrados, meios de resistência inerentes aos princípios constitucionais acima mencionados. Veja-se que a predita lei é rigorosa neste sentido, impondo a análise dos elementos probatórios apresentados e vedando a sua recusa injustificada, salvo em caso de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. Leia-se:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

.....
X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

.....
Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Tais mecanismos se constituem como instrumentos relevantes para a constatação da efetiva natureza garantista dos processos administrativos. Quando se verifica processos administrativos com pouca ou dificultada possibilidade probatória e argumentativa em favor dos acusados, no mais das vezes, está por se deparar com claros entraves aos princípios

(ali. 63, V), faz-se incidir em sua plenitude o princípio do contraditório, também inscrito nas mencionadas normas constitucionais.

Ocorre que tal PL foi substituído pelo PL nº 2.464/96, que terminou se tornando a pré-falada Lei nº 9.784/99. O anteprojeto foi elaborado por uma comissão de juristas notáveis, que merece ser lembrada: Professores Caio Tácito, Odete Medauar, Maria Silvia Zanella di Pietro, Inocêncio Mártires Coelho, Diogo Figueiredo Moreira Neto, Almiro do Couto e Silva, José Carlos Barbosa Moreira, Adilson de Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Carmem Lúcia Antunes Rocha.

constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório. Como abordado pelo e. Ministro Celso de Mello, no julgado paradigma trazido à colação mais acima, o embaraço ao exercício probatório é uma lesão aos referidos princípios constitucionais que deve ser afastada.

Portanto, é de rigor que o processo administrativo sancionador observe a cláusula do *due process of law* e assegure, para além de um resultado justo – equânime (aspecto substantivo), o exercício da ampla defesa e contraditório aos acusados, da maneira mais plena possível (aspecto adjetivo), sobretudo no que diz respeito ao seu direito à prova. Tais predicados constitucionais informam todo tipo de processo, seja judicial ou administrativo, que imponha restrições a alguma pessoa, incluindo aqueles que objetivem impor sanções administrativas a infratores acusados da prática de ilícito administrativo, como é o caso ou tema que se estuda no presente estudo monográfico.

2.3.2 Legalidade: Tipicidade

A legalidade é mais um princípio constitucional selecionado para análise no presente estudo monográfico. Redimensionando, a prescrição em lei é o ponto de partida para o processo acusatório, seja ele judicial ou administrativo. Este predicado constitucional é ainda mais relevante em se tratando de iniciativa da Administração Pública, posto que a lei é o seu permissivo. Sem prévia previsão em lei, tanto ilícito, sanção ou até mesmo processo não podem ser admitidos. A previsão de tal princípio, na Constituição Federal, está assentada nos seguintes dispositivos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

.....
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

O inc. II do artigo 5º traz o comando, em tom de vedação, da necessidade de expressa previsão em lei de obrigações de fazer ou deixar de fazer, a fim de que vinculem qualquer cidadão (“ninguém”). Ou seja, para que o particular seja obrigado pelo Estado a fazer algo, deverá haver expressa cominação legal neste sentido. Da mesma forma, para que seja vedado fazer algo, também deverá existir expressa previsão legal. Sem previsão em lei, portanto, ele não pode ser obrigado, nem mesmo proibido de fazer algo. Esta é a orientação retirada do princípio da legalidade sob a perspectiva do particular.

Já o artigo nº 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) positiva a legalidade como um dos princípios a serem observados pela Administração Pública, o que importa sobremaneira ao tema do presente estudo monográfico, pois coloca a legalidade como anteparo principal da atuação do Estado. A atuação da Administração Pública se dá sob o império da lei. Sem que a lei permita, não é possível a atuação do Estado. A previsão da atuação deve estar assentada em lei, tanto para o caso de impor obrigações, como estabelecer vedações ao particular.

Portanto, sem que se tenha, por assim dizer, algum endosso legal, o administrador não pode agir. Esta é a orientação que se retira do princípio da legalidade para a Administração Pública.

Munhoz de Mello (2007, p. 112), citando o célebre administrativista Hely Lopes Meirelles (2016), trata a respeito da vinculação do agente administrativo à lei, diferenciando-a do particular. O autor qualifica a sua obediência pela Administração Pública:

A vinculação do agente administrativo à lei, portanto, não é apenas negativa, no sentido de que a lei pode proibir certos comportamentos. Apenas negativa é a vinculação dos particulares à lei: não sendo proibido, o comportamento é permitido. Mais do que negativa, a vinculação dos agentes administrativos é também positiva: A Administração Pública só pode fazer o que a lei expressamente permite. Daí a já clássica passagem de Hely Lopes Meirelles: ‘enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza’.

Vitta (2001, 71), que também homenageia o mestre Hely Lopes Meirelles (2016), reforça este entendimento:

A Administração Pública atua diante e nos termos da lei; ela é serviente, obediente ao comando advindo da norma geral e abstrata, editada pelo Poder Legislativo; mas ela depende de autorização legal para atuar. Enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe (o que não é permitido é-lhe permitido), a Administração atua apenas onde a lei lhe autoriza. Não basta a não-proibição para agir; é necessária a autorização do legislador. Em suma: para os particulares, a relação com a lei é simplesmente de não-contradição; já para o Estado, propõe-se não só a não-contradição, mas também, e obrigatoriamente, a subsunção, por conta de requisito inafastável de sua validade.

A lição de Meirelles (2006, p. 888) é realmente clássica, quando afirma a inexistência de vontade pessoal da Administração Pública, mas sim expressa permissão legal para a edilidade fazer algo: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

Do mesmo modo, a de Bandeira de Mello (2006, p. 73), quando enfatiza que não se trata, apenas, de ausência de oposição à lei, mas de efetiva permissão contida em seus termos para a Administração Pública poder agir:

A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste da lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração Pública não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela como condição de sua ação.

Contextualizando o princípio da legalidade quanto à atividade sancionadora do Estado, pela sua gravidade inerente, Garcia de Enterría; Fernández (2013, p. 182) dão bem a tônica da relevância de tal princípio:

La regla es absoluta, por cuanto ‘refleja la especial transcendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual’ (STC 212/1996), y ello porque ‘cuando de ejercitar la potestad sancionadora se trata de más exquisito cuidados en la observancia de la forma se impone. Porque es la potestad sancionadora de la Administración sumamente grave y temible, cuyo ejercicio, como el de la potestad punitiva general del Estado, debe verse rodeado de las máximas cautelas’ (Sentencia Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1986).

E neste aspecto sancionador, a legalidade tem âncora em mais um dispositivo constitucional, do qual deflui o princípio da tipicidade. A saber, veja-se o inciso XXXIX do citado artigo 5º. *In verbis*: “Art. 5º *Omissis*: (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ou seja, exige-se a previsão expressa em lei de crime – princípio da legalidade. Da mesma forma, exige-se que esta lei defina o crime – princípio da tipicidade. Tal comando é de importante aplicação no direito administrativo sancionador. A respeito da aplicação deste comando constitucional no direito administrativo, em especial na aplicação de sanções administrativas, vale notabilizar Nobre Júnior (2000, p. 131-132), quando justifica a sua aplicabilidade tanto pela aceita aplicação de princípios do direito penal, como pelas características inerentes do Estado Democrático de Direito, que vedariam o agir desvinculado da função administrativa pelo Estado:

Fixando-se no art. 5º, XXXIX, da Lei Maior, que nos interessa de perto, ao exprimir a máxima, reinante no direito ocidental, de que ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’, sugere-se, de logo, mais uma necessária indagação: a reserva de lei em sentido estrito – já agora indene de dúvidas tanto em face de seu caráter especial, ora pelo lastro em secular tradição – abrange apenas as infrações criminais, ou, além destas, investe-se também no campo das punições administrativas? Penso que a solução ampla é a que melhor se coaduna com o nosso *ordo juris*. A resposta se basta por duas justificativas. A uma, em decorrência da consentida aplicação, no âmbito administrativo, dos princípios do Direito Penal. Em segundo lugar, o Estado Democrático de Direito, idealizado pela vigente Lei Fundamental (art. 1º), caracteriza-se pela crescente limitação, em prol da liberdade dos indivíduos, das zonas de imunidade de poder atribuídas à função administrativa. Desse modo, não se concebe que tão relevantes atribuições, como a definição das infrações e respectivas penas, possa ficar entregues à discricção do administrador, que as materializará através de regulamento, para cuja elaboração não há a emissão volitiva da sociedade, representada pelos titulares de mandato legislativo.

Retira-se deste comando constitucional, sobretudo, a exigência de tipicidade para a configuração do ilícito administrativo e da respectiva sanção. A previsão de sanção (o que é diferente da descrição da sanção) deve sempre constar em lei em sentido formal, mas a sua definição e correlatas implicações, a depender do tipo de vínculo mantido entre o particular e o Estado, podem estar prescritas em maior ou menor amplitude em norma infralegal.

O destaque ao tipo de vínculo mantido é o necessário para analisar a sua intensidade. Existem relações oriundas da supremacia geral do Estado sobre o particular que, em tese, exigem uma tipicidade com dependência de lei em sentido formal. Ou relações de

sujeição especial do particular com o Estado, que admitem determinada customização de condutas por meio de normas infralegais.

Não se pode confundir tal aspecto, anote-se, com a prescrição dos comandos. Ou seja, a legalidade exige a estipulação dos signos em lei. Mas, a depender da intensidade do vínculo mantido, pode-se admitir uma tipicidade sediada em normas infralegais, o que é explicado pela específica regulação dos comportamentos dos particulares nesta perspectiva especial de relação, portanto, servindo como justificativa para o seu detalhamento em norma infralegal com maior capacidade descritiva do que uma lei em sentido formal.

Ferreira (2001, p. 94) arremata este entendimento:

Conquanto no regime de sujeição geral exija-se lei formal estipulando as infrações e cominando as respectivas infrações, não nos parece que tamanho rigor seja de se exigir para a imposição de sanções decorrentes de um peculiar regime de sujeição. Em ambos, entretanto, sempre haveria a imprescindibilidade de lei para estipulação de infrações e das respectivas sanções. No caso de haver um especial liame firmado com o particular a obrigatoriedade reportar-se-ia apenas a uma lei autorizando referida possibilidade, e não necessariamente a uma tipificação legal.

Abra-se um parêntesis. Neste estudo, admite-se que no MSP existe uma relação de sujeição especial entre os particulares e o Estado, como adiante será expandido. Fecha-se o parêntesis.

Mas a despeito disto, quer se dizer, de se tratar de uma relação de supremacia geral do Estado, portanto, que exige a previsão legal da infração, bem como da sanção, em lei em sentido formal; ou de uma relação de especial sujeição que, também exigindo no mínimo prévia estipulação de previsão em lei em sentido formal, permite a descrição ou certa parcela da descrição (diferente da previsão) em norma secundária – infralegal, o fato é que não se prescinde da perfeita tipificação da conduta.

Esta exigência, no caso de relações de sujeição especial, não é afastada diante da discricionariedade inerente aos atos administrativos afins.³⁶ Isto porque, é preciso uma suficiente descrição normativa com o objetivo de estabelecer, mesmo que de forma

³⁶ Admite-se uma relação dialética entre a tipicidade e a discricionariedade, derivada da flexibilidade do princípio da legalidade que ocorre nas relações de sujeição especial, especialmente no que se refere às infrações administrativas.

enunciada, o que se tem como certo, leia-se, a conduta ou comportamento que, caso violado, servirá como pressuposto para a aplicação da sanção administrativa.³⁷

Sundfeld; Câmara (2010, p. 34), máxime, reivindicam a denominada norma completa, que nos parece estar em claro alinhamento com a tipicidade. Além de prévia, a norma deveria conter descritivamente todas as suas características essenciais:

Para a aplicação de sanções no âmbito da regulação administrativa, é preciso haver norma não só prévia, mas também completa. Norma completa é aquela que cumpre o dever de especificação, isto é, que seja capaz de antecipar, em abstrato, para os sujeitos envolvidos (regulados, usuários, interessados e reguladores), tanto a qualificação jurídica dos fatos futuros quanto o conteúdo dos atos administrativos possíveis. Em suma, a regulamentação prévia tem de atender aos requisitos de abrangência, profundidade e consistência.

No mesmo sentido a orientação de Osório (2015, p. 234). O autor reforça a necessidade de que se tenha clareza nos tipos, permitindo um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo. Seria intolerável a estruturação dos tipos em normas imprecisas e vagas, ainda que se admita a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Osório (2015) reconhece esta clareza como uma das finalidades que deve ser perseguida pelos tipos sancionadores, deixando anotado que, na sua ausência, será provável que se esteja diante de uma ofensa à tipicidade. A missão do tipo, nas palavras do autor, é a de demarcar a esfera do proibido, sobressaltando, dessa maneira, a sua estreita relação com as garantias constitucionais outorgadas aos acusados em geral:

Os tipos sancionadores devem ser claros, suficientemente densos, dotados de um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo. Não basta estruturar condutas proibidas em normas intoleravelmente imprecisas e vagas, ainda que se admitam

³⁷ Vale anotar que de uma maneira geral a doutrina é categórica ao rechaçar a discricionariedade com o fim de criar infrações. Neste sentido, veja-se Oliveira (2005, p. 22-23):

Assim, no direito administrativo, não há discricionariedade possível para a criação de uma infração, segundo os standards de cada julgador. A conduta ilícita capaz de receber uma sanção administrativa não prescinde de subsunção a uma norma de direito positivo preexistente. (...) Entendimento diverso levaria ao absurdo da infração sem previsão legal, nascida da sensibilidade do julgador, e da sua maior ou menor rigidez moral. Em qualquer caso, os critérios subjetivos do julgador não podem desviar-se do que foi, objetivamente, precisado no direito positivo. Se a própria existência da infração dependesse da discricionariedade administrativa o Judiciário não poderia avaliar a legalidade do ato.

cláusulas gerais e conceitos ou termos jurídicos indeterminados. A previsibilidade básica das condutas proibidas é uma das finalidades que hão de ser perseguidas pelos tipos sancionadores. Se tal finalidade não vier a ser atendida, é provável que o intérprete esteja perante uma figura ofensiva à legalidade e à tipicidade, princípios constitucionais imanentes ao devido processo legal punitivo. O tipo possui fundamental missão de demarcar o ilícito objeto da norma sancionadora, configurando, formal e materialmente, a esfera do proibido. Não se trata de função secundária, porque, ao contrário, ocupa o centro das garantias constitucionais outorgadas aos acusados em geral.

Combinando tudo isto, tem-se que o princípio da legalidade respalda a atuação da Administração Pública, que só pode agir com expressa permissão em lei, seja para obrigar a fazer ou deixar de fazer algo ao particular. Ao contrário, ao particular é permitido realizar o que não está expressamente vedado em lei, bem como lhe é obrigado apenas o que a lei impõe.

Já o princípio da tipicidade, em regra, vindica a previsão e descrição da conduta proscria em lei. Excepcionalmente, a depender do vínculo mantido com o Estado, refere-se às relações de especial sujeição, a descrição da conduta pode se dar em lei em sentido material, embora seja certa a necessidade de previsão e estipulação da possibilidade de descrição por norma infralegal em lei em sentido formal.

A descrição, seja ancorada em lei ou em norma administrativa, não pode olvidar uma plena caracterização da hipótese infracional, conformando-a e viabilizando a sua constatação a partir de uma violação a claro preceito, cuja inobservância antijurídica, resulta em infração e é o pressuposto da imposição da sanção administrativa.

2.3.2.1 Regime de Sujeição Especial

O propósito de tratar de tema relacionado com o regime de especial sujeição mantido entre particulares e o Estado tem pertinência direta com o presente tema monográfico, pois, como se verá mais à frente, o regime repressivo no MSP é estruturado por descrições de condutas ilícitas e estabelecimento de sanções administrativas estampadas, fundamentalmente, em normas regulatórias, muito embora ancoradas, em sua previsibilidade, por comandos contidos em lei.

A consideração que se faz é que, por estas normas, estabelece-se um regime de especial sujeição no MSP, também derivado da autorização de funcionamento concedida pelo

Estado aos particulares exercentes da atividade autorizada neste segmento da ordem econômica nacional.³⁸

Wimmer (2007, p. 36-38, *passim*) relata com precisão o surgimento da expressão e da teoria da relação de sujeição especial, citando Paul Laband, idealizador da teoria dualista da lei, em sentido material e formal, e Otto Mayer, a quem se atribui a precursora enunciação da referida teoria no direito administrativo. É possível verificar a essencialidade, à época, da referida teoria, cujo objetivo era permitir uma atuação livre da Administração em determinadas situações que, em razão do vínculo de superioridade mantido com o particular, então reconhecido como o súdito, permitiriam a criação de comandos impostos a alguns indivíduos sem a necessidade de prévia prescrição legal, por possuírem natureza de atos voltados para a organização interna da própria Administração e não, em particular, verbetes de direito³⁹:

³⁸ Convém anotar que Justen Filho (2012, p. 573) discorda deste entendimento, rechaçando a existência de relações de sujeição especial. Veja-se:

No entanto, e tal como exposto no início desta obra, rejeita-se a concepção da sujeição especial, por que incompatível com a Constituição brasileira. Cabe à lei ou ao contrato definir, de modo suficientemente preciso, a infração e a sanção correspondente. Isso não elimina a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e nem significa o dever da estrita legalidade – tal como se passa, aliás, no direito penal. O argumento da impossibilidade material de previsão antecipada das condutas ilícitas é improcedente. É perfeitamente viável prever as condutas reputadas como reprováveis, a elas vinculando uma sanção. A grande demonstração da improcedência desse argumento reside na ausência de sua aplicação no direito penal. Ninguém ousou afirmar que os princípios da legalidade e da tipicidade penal deveriam ser eliminados porque alguém poderia praticar uma conduta altamente reprovável não prevista na lei penal. Os Códigos Penais contemplam um elenco exaustivo de condutas reprováveis. Não há qualquer impedimento ou obstáculo a que elencos igualmente exaustivos de ilícitos sejam produzidos a propósito de infrações administrativas, ainda que sob a forma de definição tipológicas (ou seja, que descrevem os aspectos essenciais da conduta reprovada).

³⁹ Cabe anotar, que embora se retire a origem histórica da teoria a partir do texto desta autora, Wimmer (2007) conclui o seu artigo criticando a utilização da teoria das relações especiais de sujeição no Brasil. O receio da autora parece estar relacionado com uma desmedida restrição, por meio da referida teoria, a direitos fundamentais. O enfoque da autora, também vale anotar, contextualiza a teoria em uma perspectiva mais de controle externo de legalidade de atos administrativos pelo Poder Judiciário. Veja-se:

Assim, num país onde as decisões judiciais muitas vezes são pouco ou mal fundamentadas, parece questionável se a importação da doutrina das relações especiais de sujeição agregará qualquer utilidade prática. A utilização do conceito em questão revela-se não só anacrônica e desnecessária, como também perigosa, pelo déficit de racionalidade nas decisões judiciais e pelo excessivo confinamento de direitos fundamentais que pode propiciar.

De especial relevância para a compreensão do dualismo do poder que permeava a monarquia constitucional foi a obra de Laband, que cunhou a distinção entre lei em sentido material, que seria aquela dotada de conteúdo de proposição jurídica, e a lei em sentido formal, que exigia a aprovação do parlamento mesmo que não houvesse qualquer conteúdo de proposição jurídica. A separação entre o conceito material e meramente formal de lei buscava resolver a questão, de natureza política, da concorrência entre dois tipos distintos de legitimidade de poder: o poder monárquico e o poder representativo. Se fosse possível encontrar uma substância ou matéria jurídica típica de lei, seria possível distinguir entre os assuntos reservados ao parlamento e aqueles devolvidos à livre decisão do monarca. A distinção proposta por Laband teve importantes reflexos na teoria das relações de sujeição especial, porque servia para justificar a existência de espaços de atuação estatal livres de incidência do jurídico. (...) As regras que se aplicavam no interior da Administração não possuíam, segundo ele, a natureza de prescrições de direito, mas seriam apenas prescrições administrativas. Assim, aquele que penetrasse na esfera interna do Estado abandonaria as vestes de cidadão para assumir a roupagem do funcionário público, sujeito a ordens e instruções com efeitos apenas internos. É a esse tipo de relação jurídica interna, à parte das relações jurídicas que se desenvolviam sob o manto do Direito, que Otto Mayer, mais tarde, daria o nome de relações especiais de poder (...) As relações de sujeição especial são caracterizadas por Mayer da seguinte forma: 'Há no direito público uma classe especial de relações que contêm um poder geral em favor da autoridade: a elas se deu o nome de relações de sujeição particular (*Gewaltverhältnis*). O ato administrativo que se cumpre para fazer valer sobre o indivíduo o vínculo de sujeição e extrair as consequências se chama instrução'. Adiante, o autor esclarece: 'Sujeição significa vínculo de duas pessoas desiguais desde o ponto de vista do direito, cujo conteúdo é determinado pela pessoa superior. Nesse sentido, a relação entre Estado e súdito é um vínculo de sujeição importante. Mas, principalmente, com essa palavra queremos designar uma relação de sujeição criada simplesmente para o súdito, ou melhor, para uma certa pluralidade de súditos. É uma relação jurídica de direito público pela qual o indivíduo está vinculado em relação ao Estado por efeito de obrigação geral de regular sua conduta conforme a um certo interesse público. Em virtude dessa obrigação, a ele são dadas ordens detalhadas. Essas ordens, que têm todas as qualidades de um ato administrativo, apresentam a particularidade, já mencionada, de que podem ser emitidas sob a forma de uma regra geral. E quando se trata de uma ordem especial, não emana necessariamente de uma autoridade; são simples empregados do serviço público interessado que têm esse direito de mando. É nesses dois aspectos, pois, que a relação de sujeição, por sua natureza excepcional, apresenta particularidades.'

Ocorre que, dada a adoção, como já visto, do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal, não se pode aceitar, sem alguma adaptação ou modulação, tal teoria no direito brasileiro, posto que não condizente, em sua origem, com os dogmas de restrição à livre atuação estatal, em outras palavras, de contra arbítrio do Estado mediante o respeito, sobretudo, ao princípio da legalidade. Munhoz de Mello (2007, *passim*), sem negá-la, pontua o temperamento da teoria do regime de sujeição especial em razão do Estado de Direito, máxime, do princípio da legalidade:

Pretendia a doutrina alemã assegurar à Administração Pública o poder de dispor sobre o seu próprio funcionamento e organização, à margem das disposições legais editadas pelo Parlamento. Os particulares que ingressassem no aparato

administrativo, travando com o Estado uma relação de sujeição especial, submeter-se-iam a normas editadas pela própria Administração, e não pelo Legislativo, ao contrário do que ocorria com os particulares que se encontrassem em situação de sujeição geral. (...) Note-se que a concepção de que as relações entre o Estado e os particulares que fizessem parte da estrutura estatal não se submetiam à lei era plenamente compatível com a noção de regra de Direito existente à época na Alemanha. (...) A idéia de que há um campo em que a Administração Pública pode agir sem observância do princípio da legalidade é incompatível com o Estado de Direito. Surge a teoria das relações de sujeição especial na Alemanha do final do século XIX, sob a influência de circunstâncias políticas e jurídicas da época. Mas num verdadeiro Estado de Direito não pode prosperar. (...) Num Estado de Direito toda a atividade da Administração Pública deve ter fundamento em lei formal. (...) De consequência, a concepção original das relações de sujeição especial, que pressupõe a existência de um campo de atuação da Administração Pública livre da incidência do princípio da legalidade, não pode ser aceita no ordenamento jurídico pátrio, no qual é acolhido como princípio fundamental o Estado de Direito, já no art. 1º da Constituição Federal. Isto não significa negar a existência da categoria das relações de sujeição especial, mas simplesmente reconhecer que as consequências que a ela eram originalmente vinculadas não são admissíveis em ordenamentos que acolhem o princípio do Estado de Direito.

Prossegue o autor, então, contextualizando a aplicação da predita teoria em compasso com o princípio da legalidade. Como dito, Munhoz de Mello (2007) não nega a teoria da relação de sujeição especial, inclusive, e pelo contrário, reconhece a sua aplicação em situações nas quais não seja possível à lei em sentido formal, prever com completude o leque de direcionamentos que devem ser observados pelo particular e impostos pela Administração Pública em determinados liames especiais entre eles estabelecidos.

O que faz o autor é angular a sua aplicabilidade a partir do princípio da legalidade, admitindo certa mitigação desse princípio. Neste ponto, particularmente no que toca à aplicação das sanções administrativas, o escólio do autor se aplica perfeitamente ao que acontece, como se verá mais adiante, no MSP, no qual a previsão é fincada na lei, mas a descrição das condutas infracionais e suas respectivas sanções são reveladas em norma administrativa editada pelo órgão regulador. Veja-se (MUNHOZ DE MELLO, 2007):

No âmbito das relações de especial sujeição, a Administração Pública deve dispor de poderes normativos mais extensos que aqueles de que dispõe no campo das relações de sujeição geral. Ocorre que o legislador não tem condições de prever e regular todas as obrigações que o ente administrativo poderá ser levado a impor aos particulares que ingressam na seara das relações de especial sujeição. (...) Apenas a própria Administração Pública, no cotidiano da sua atividade, pode definir e regular tais obrigações, já que se trata de uma questão de ‘disciplina interna’, que demanda a edição de normas que ‘não tem como deixar de ser parcialmente estabelecidas na própria intimidade do ente administrativo. (...) Mas mesmo em tais casos o princípio da legalidade é aplicável. Não há atuação administrativa, no ordenamento jurídico pátrio, que se dê a margem da lei formal. Para que o ente

administrativo possa editar normas internas disciplinando a atuação dos particulares envolvidos em relação de especial sujeição é preciso habilitação legal. É dizer, é necessário que o legislador autorize a Administração Pública a agir de tal forma. (...) Em suma, o princípio da legalidade aplica-se tanto às relações de sujeição geral como às de sujeição especial. Porém, no campo das relações de sujeição especial a previsão legal exaustiva das obrigações que podem ser impostas aos particulares é impossível. Em tais casos admite-se que a própria Administração Pública estabeleça obrigações que não tenham expressa previsão na lei formal, desde que o legislador lhe tenha outorgado tal competência. (...) Se é admitido, no campo das relações de especial sujeição, que a Administração Pública, uma vez autorizada pela lei formal, crie obrigações para os particulares, natural que seja admitido também que sejam criadas infrações administrativas por regulamento, desde que a lei autorize. Tanto num caso como noutro tem-se a descrição de uma situação de fato não prevista expressamente na lei, seja para impor como consequência uma obrigação, seja para impor como consequência uma proibição e correspondente sanção. (...) No campo das relações de especial sujeição é possível que a Administração crie a infração administrativa, descrevendo a situação de fato que, uma vez verificada, deve dar ensejo à imposição da sanção administrativa. Exige-se, porém, que a lei formal expressamente atribua tal competência regulamentar ao ente administrativo, pois do contrário ter-se-ia um regulamento independente da lei. Vale dizer, a lei deve dispor expressamente que a Administração Pública pode criar infrações administrativas no âmbito da específica relação de sujeição especial em tela. Deve, ainda, a lei formal estabelecer as sanções administrativas que serão aplicadas às infrações criadas pela Administração: mesmo no campo das relações de especial sujeição não é admissível que a sanção administrativa seja criada por outro instrumento que não a lei formal. A possibilidade de criação da infração administrativa por regulamento é a única peculiaridade do regime jurídico das sanções administrativas no campo das relações de especial sujeição. Há tão-somente uma flexibilização do princípio da legalidade, que no âmbito das relações de sujeição geral exige que a infração seja criada em lei formal’.

O autor, como se vê, reconhece a possibilidade de que nos casos de relações de sujeição especial, em particular no que diz respeito ao estabelecimento do quadro normativo de infrações e sanções administrativas, o princípio da legalidade sofra certa flexibilização para permitir, dadas as excepcionais circunstâncias que acometem tal regime, notadamente a impossibilidade de descrição na lei em sentido formal de todas as nuances e características das condutas proscritas, que a lei em sentido material o faça.

Osório (2015, p. 239) também entende desta maneira, anotando com precisão que: “Já os que se submetem a esses vínculos de sujeição especial ficam expostos a uma legalidade mais flexível e aberta, eis que ostentam uma primária restrição comportamental, de tal sorte que suas atuações dependem de permissões legais e a disciplina normativa do Estado pode ser encarada, na perspectiva sancionatória, de modo mais rigoroso”.

No entanto, esta possibilidade não afasta, de modo algum, a observância do princípio da legalidade, que deve ser estritamente obedecido também nessas hipóteses, então,

para prescrever a habilitação legal que autorize, em nível inferior, a sua integração por meio de normas infralegais.⁴⁰

No mesmo sentido, Candido (2009, p. 39). Esta autora reforça a mitigação do princípio da legalidade na tipificação de condutas infracionais nos regimes de sujeição especial, cujo anteparo deve constar em lei, mas a descrição cede à norma infralegal:

Importante esclarecermos que, nas relações de sujeição especial, ambos os aspectos do princípio da legalidade são mitigados, pois nelas admite-se a criação de deveres aos particulares e competências para a Administração através de atos normativos infralegais. Assim, por exemplo, a tipificação de uma conduta considerada infração administrativa por um regulamento, a partir de uma autorização legal para tanto, consiste em flexibilização do princípio da legalidade aplicado tanto aos particulares quanto à Administração. Isso porque cria, para o particular, o dever de não praticar aquela conduta considerada antijurídica e, para a Administração, a competência para sancionar a mesma conduta.

Um parêntesis. Como foi dito alhures, no MSP é justamente isto o que ocorre. O DL nº 73/66 prevê as sanções passíveis de aplicação e atribui ao órgão regulador a tarefa de editar norma infralegal que contenha a tipificação dos ilícitos administrativos e a mensuração ou dosimetria do respectivo sancionamento. Tal incumbência, atualmente, é cumprida pela Resolução CNSP nº 243/11 (BRASIL, 2011).⁴¹ Fecha-se o parêntesis.

Mas não é apenas por isto que se sustenta neste trabalho monográfico existir uma relação de sujeição especial estabelecida no MSP entre os particulares e o órgão regulador afim. Também se escora tal afirmação no modelo de atuação estatal existente em tal mercado que, muito embora remonte há cinco décadas⁴², atualmente encontra amparo em concepção erigida na Constituição Federal de 1988 – restando, portanto, ainda mais respaldada a regulação setorial no MSP – e da qual se retira o quanto necessário para se reafirmar a formação de vínculos de sujeição especial no MSP. Explica-se.

O incremento da nova modalidade de intervenção subsidiária do Estado na ordem econômica, como forma de corroborar o modelo – de intervenção indireta – definido na Constituição Federal, sedimentou uma conjuntura de regulação econômica protagonizada por determinados órgãos da Administração Pública Indireta no exercício da sua função

⁴⁰ Como já se disse alhures, o uso (excessivo) de discricionariedade pelo regulador, seja por meio de cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, para a descrição de condutas infrativas deve ser sopesado, de modo a não violar a demandada tipicidade.

⁴¹ Esta demonstração completa será feita no próximo capítulo.

⁴² Conta-se desde o DL nº 73/66 (BRASIL, 1966).

regulatória.⁴³ Marques Neto (2009, p. 140-141) explica esta alteração na forma de intervenção do Estado na ordem econômica:

Ademais, o modo ‘autoritário’ de intervenção do Estado na sociedade, especialmente ‘no campo da produção’, foi responsável durante décadas por intervenções conjunturais, que criavam um ambiente de alta instabilidade para decisões econômicas. Daí uma das principais características das agências de regulação ser a independência em relação ao governo central. Como afirmado anteriormente, a independência dos órgãos reguladores não representa a exclusão da intervenção estatal, mas apenas a substituição da intervenção direta do Estado na ordem econômica. O Estado estará presente, porém definindo os marcos regulatórios. O que será substancialmente distinto é a forma de intervenção, seja no que concerne aos seus pressupostos, como objetivos e instrumentos.

A independência está posta como um dos principais elementos para o efetivo desempenho desta função regulatória do Estado pelos mencionados órgãos reguladores, dentre os quais se inclui aqueles que, segundo o DL nº 73/66 (BRASIL, 1966), regulam o MSP. Sem a independência, reconhece-se a instabilidade da execução do referido modelo de intervenção indireta do Estado na ordem econômica. Sundfeld (2003, p. 18) explica com detalhe os votos pela independência do regulador, comparando-a com uma medida cautelar contra a ingerência (política) do Estado:

A opção por um sistema de entes com independência em relação ao Executivo para desempenhar as diversas missões regulatórias é uma espécie de medida cautelar contra a concentração de poderes nas mãos do Estado, inevitável nos contextos intervencionistas. A nova realidade da vida exige que o Estado interfira mais na economia? Pois bem, que se lhe reconheçam funções de regulador, mas sem somá-las a todos os vastos poderes de que o Executivo já dispunha. Daí a reivindicação, forte especialmente entre as empresas mais sujeitas a regulação – ou de organizações não-governamentais, em relação, por exemplo, à regulação ambiental –, de que o regulador não seja o Executivo, mas um ente com toda a autonomia possível.

Moreira; Soares Júnior (2006, p. 185) justificam a independência esperada das agências reguladoras, predicando a técnica em detrimento de eventual motivação política dos seus atos, e entendendo que o seu regime jurídico seria um tipo específico de descentralização administrativa:

⁴³ Já se abordou este viés regulatório na nota de rodapé nº11 e respectivo texto-parágrafo referenciado por ela.

À unanimidade, as leis criadoras das agências reguladoras as definem como ‘autarquias especiais’. Essa distinção no regime das autarquias especiais visa conferir maior estabilidade, segurança e prestígio às decisões nos setores regulados, pretendendo assegurar que os atos lançados pelas agências sejam técnicos (não políticos). ‘A independência do regulador em relação ao Governo seria a garantia dessa neutralidade. Por outro lado, o interesse da neutralização da função de regulação estaria de acordo com a própria natureza da actividade regulatória, apresentada geralmente como actividade de natureza essencialmente técnica e apolítica.’ Assim, as agências reguladoras configuram um tipo específico de descentralização administrativa, através do qual se atenuam alguns traços das autarquias tradicionais (e.g., o controle tutelar da Administração direta) e se agregam características que pretendem reforçar a sua autonomia (competência regulamentar exclusiva, mandato estável dos dirigentes, decisões colegiadas etc.).

E esta relação de independência com motivação eminentemente técnica encerra, em si considerada, o estabelecimento de vínculos com os particulares ancorados em leis, tal qual o DL nº 73/66, mas regulamentados com intensidade por normas editadas pelos próprios órgãos, que vinculam de maneira diferenciada os agentes regulados, a saber, os particulares exercentes das atividades econômicas submetidas à regulação pelo Estado.

Esta peculiar situação, pois então, também permite caracterizar regimes de sujeição especial entre os citados órgãos reguladores e os particulares. Neste sentido, e tratando sobre a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), veja-se o aresto julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), com relatoria do e. Desembargador Mairan Maia. *In verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVANCIA DOS LIMITES DA COMPETENCIA NORMATIVA. ALTERACAO INDEVIDA DO CONTEUDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTACAO DE SERVICOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS.

1. A parcela do poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado.

.....
4. As empresas operadoras, as quais encontram-se vinculadas e sujeitas a controle, fiscalização e regulamentação por parte da ANS, podem ser diretamente afetadas pelos atos normativos por aquela expedidos. Configuração do fenômeno denominado pelos administrativistas alemães e italianos de “relação de especial sujeição”. (...).⁴⁴

⁴⁴ BRASIL, 2002b.

De fato, o vínculo estabelecido nestas relações entre o Estado e o particular é especial, considerando a submissão regulatória inerente ao primeiro, mediante, grife-se, uma iniciativa própria – e livre – de sujeição aos ditames afins. Andrade (2008, p. 13) explica com exatidão os vínculos formados nos regimes de sujeição especial, notabilizando a sua formação peculiar a partir do ato de vontade do particular:

33. O poder geral de impor obrigações a terceiros independentemente de sua vontade, caracteriza o que se denomina imperatividade ou extroversão dos atos administrativos. No entanto, para que assim se opere, ou seja, para que a Administração possa impor obrigações a terceiros independentemente de sua vontade, essas obrigações devem estar previstas em lei, justamente porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição Federal). 34. De modo diverso, os vínculos de supremacia especial só se formaram porque houve adesão específica do terceiro, que decidiu se vincular ao Poder Público, sob determinadas condições. Nesse caso, as obrigações do terceiro são as que se dispõe a cumprir, com base na autonomia de sua vontade em travar vínculo especial com o Poder Público, no qual tais obrigações estão especificadas. Há, portanto, um deslocamento do marco do qual derivam as obrigações desse terceiro: não obstante não possa descumprir a lei, as obrigações por ele assumidas independem de previsão legal, pois estão contidas no vínculo especial, ao qual aderiu consensualmente.

Quanto às agências reguladoras, prossegue a autora afirmando – o que converge com a posição defendida neste estudo monográfico – que é formado um regime de especial sujeição nas atividades econômicas que são exercidas por particulares, mas reguladas pelo Estado. Para tanto, Andrade (2008, p. 14) realiza uma seleção das atividades privadas que dependem de autorização do Poder Público para o seu exercício. Veja-se:

377. Com efeito, a área de atuação das agências pode ser dividida da seguinte forma, à qual se agrega exemplos de agências federais que nelas atuam: 1. Regulação de serviços públicos prestados por terceiros (ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQU e ANAC); 2. Regulação da utilização de bens públicos por terceiros (ANA, ANP, ANEEL e ANATEL); 3. Regulação da atividade de fomento (ANCINE); 4. Regulação de atividade econômica monopolizada (ANP); 5. Regulação de atividade econômica ou social aberta à iniciativa privada (ANVISA, ANS, ANP, BACEN, CVM). (...) 38. Extrai-se, desse quadro, que as agências poderão atuar na disciplina normativa desses vínculos especial, nas quatro primeiras hipóteses. Isto porque, para a prestação de serviços públicos é necessária concessão ou permissão especial do Poder Público, pois a ele incumbe a correspondente prestação; para o uso de bens públicos, é necessária concessão ou autorização de uso por parte do Poder Público, pois a ele pertence o bem; para ser beneficiado por fomento público, o interessado deve preencher determinadas condições e a elas fica especialmente vinculado; e,

para o desempenho de atividade econômica monopolizada, há a necessidade de concessão, permissão ou autorização do Poder Público, pois a atividade é por ele monopolizada. (...) 39. Já, para o desempenho de atividade econômica ou social aberta à iniciativa privada, há uma espécie de vínculo especial apenas nos casos em que o desempenho de tal atividade, apesar de aberta à iniciativa privada, depende, por força de sua repercussão social, de autorização do Poder Público, ou de algum tipo de cadastro ou registro. É apenas nesses casos e na medida em que se trate de competência para disciplinar as condições de obtenção de tal autorização ou registro, cuja existência, ressalte-se, depende de expressa previsão legal nesse sentido, é que se pode cogitar de exercício de disciplina normativa relativa a vínculo especial.

Tal entendimento, registre-se, serve perfeitamente ao MSP, posto que as atividades econômicas desempenhadas pelos particulares estão sujeitas à autorização por parte do Poder Público. Neste sentido, colha-se o quanto anota o DL nº 73/66 (BRASIL, 1966):

Art. 24. Poderão operar em seguros privados apenas Sociedades Anônimas ou Cooperativas, devidamente autorizadas.

Art. 32. É criado o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, ao qual compete privativamente:

II - Regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a este Decreto-Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;

Art. 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras:

a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP;

Art. 74. A autorização para funcionamento será concedida através de Portaria do Ministro da Indústria e do Comércio, mediante requerimento firmado pelos incorporadores, dirigido ao CNSP e apresentado por intermédio da SUSEP.

Art. 78. As Sociedades Seguradoras só poderão operar em seguros para os quais tenham a necessária autorização, segundo os planos, tarifas e normas aprovadas pelo CNSP.

Convém, outrossim, registrar que alguns autores, entre eles valendo destacar a clássica lição de Caetano (1970, p. 511), entendem que a natureza do ato administrativo de autorização, de feição discricionária e precária, não permitiria a configuração plena de uma

relação de sujeição especial. Para este autor, como a eficácia desse ato dependeria única e exclusivamente da aceitação do particular, restando à Administração lhe atribuir executoriedade, não estariam presentes os elementos caracterizadores do vínculo especial, sobretudo a natureza vinculada e inaugural de uma relação jurídica a ser mantida entre as partes, tratando-se de espécie regular de supremacia geral do Estado.

No entanto, este entendimento não encontra respaldo na doutrina de direito administrativo de países com profunda tradição nesta seara ou mesmo nos diversos dispositivos legais constantes do ordenamento jurídico em vigor no Brasil, de modo que neste trabalho monográfico não se adota o mesmo. Explica-se. Iniciando-se com a doutrina estrangeira.

Câmara (2012, p. 69) alerta para o fato de que os renomados administrativistas espanhóis Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández – aqui já citados alhures – adotaram em sua clássica obra de Direito Administrativo uma classificação que prevê uma vasta gama de espécies de autorização, distinguindo expressamente, inclusive, a autorização vinculada da autorização discricionária. O autor destaca, ainda, que o também espanhol Santamaría Pastor igualmente define em sua obra o conceito de autorização vinculada.⁴⁵

Ainda sobre o assunto, Freitas (2012, p. 317) destaca que Otto Mayer já atribuía proeminência à natureza constitutiva da autorização, assim como fizeram, posteriormente, Renato Alessi e Massimo Severo Giannini. Além disso, destaca o referido autor que Sabino Cassese, atualmente, descreve a existência de Autorizações “não-discricionárias, transparentes e justificadas”.

Já quanto ao ordenamento jurídico vigente no Brasil, tem-se o seguinte: após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 08/95, o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), tendo inserido no parágrafo 1º de seu artigo 131 a seguinte disposição: “Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de

⁴⁵ Diz o autor o seguinte:

Cientes [GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ] da impossibilidade de trabalhar com um único conceito de autorização, optam por estabelecer diversas classificações envolvendo diferentes espécies de autorizações, entre as quais, vale registrar, sugere-se a distinção entre autorizações vinculadas (uma verdadeira heresia segundo a doutrina tradicional brasileira) e discricionárias (a única fórmula possível, de acordo com o suposto conceito geral preconizado). Em vez de uma rígida disciplina conceitual, a leitura da doutrina europeia mais recente revela que, cada vez mais, as diferenças entre os diversos institutos (concessão, permissão e autorizações) são variáveis. Os conceitos são traçados caso a caso, em virtude da funcionalidade que o legislador queira empregar.

serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

Ou seja, o novo marco regulatório do setor de telecomunicações introduziu no ordenamento jurídico pátrio a figura, estranha às ideias dominantes na doutrina clássica de direito administrativo, da autorização vinculada, prevendo a utilização desta como meio de outorga da prestação de serviços de telecomunicação a particulares em regime privado.

Após isso, sucederam-se na legislação pátria diversas previsões de outorga de autorizações com as mais diversas características pelo Poder Público, todas criadas com o intuito de operacionalizar a regulação específica de cada um dos setores econômicos em que foram inseridas. A título exemplificativo veja-se que o Decreto nº 7.871/2012 estabelece, em seu artigo 2º, que

(...) é passível de delegação por meio de autorização a exploração de aeródromos civis públicos destinados exclusivamente ao processamento de operações de serviços aéreos privados, de serviços aéreos especializados e de táxi-aéreo, conforme definições constantes da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

Também a Lei nº 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração de portos e instalações portuárias, prevê que os terminais de uso privado, as estações de transbordo de cargas, as instalações portuárias públicas de pequeno porte e as instalações portuárias de turismo poderão ser outorgadas mediante autorização com natureza de contrato de adesão. Além disso, também há previsões de outorga de autorização com características específicas e desconformes com a “definição tradicional” do instituto no setor de produção de energia elétrica, especialmente para a instalação de Pequenas Centrais Hidrelétricas, para exploração do serviço de TV a cabo, para exploração do serviço de radiodifusão, entre outros.

Portanto, constata-se inúmeras previsões legislativas de outorga de autorizações no ordenamento jurídico brasileiro que não são caracterizadas pela discricionariedade e pela precariedade, possuindo estas autorizações um conjunto específico de características que permitem a sua utilização nos setores econômicos regulados nos quais foram inseridas.

Corroborando isto, qual seja, a grande variedade de autorizações presente no ordenamento jurídico brasileiro, Câmara (2012, p. 619) assevera de forma precisa que:

A realidade jurídica revela a convivência de diversas acepções do termo autorização. O conceito de autorização nos serviços de radiodifusão não é o mesmo do empregado nos de telecomunicações. O setor elétrico possui a sua concepção, o de serviço de transporte de passageiros já emprega outra.

E é com base nestas anotações que não se adota o entendimento de Marcello Caetano, perfilhando-se a opinião de Letícia Queiroz de Andrade, que notabiliza a autorização concedida pelo Poder Público como um elemento caracterizador da formação do regime de especial sujeição com o particular.

Destaca-se, ainda neste ponto, que o distanciamento da autorização das notas da discricionariedade e precariedade está perfeitamente de acordo, reitere-se esta afirmação, com o contexto de mudança do paradigma da atuação estatal decorrente da atuação subsidiária do Estado prevista na Constituição Federal, sendo a autorização, na atualidade, um dos principais instrumentos utilizados pelo Estado Regulador no âmbito das atividades econômicas reguladas.⁴⁶

Inclusive, é o próprio DL nº 73/66 (BRASIL, 1966) que confirma a existência de um regime de sujeição especial no MSP, talhado, para além da autorização concedida, em razão das normas regulatórias editadas. Veja-se especificamente o artigo nº 72. *In verbis*: “Art 72. As Sociedades Seguradoras serão reguladas pela legislação geral no que lhes fôr aplicável e, em especial, pelas disposições do presente decreto-lei”.

Assim, tem-se que é possível admitir a existência de uma relação de especial sujeição entre os particulares exercentes de atividades privadas regulamentadas⁴⁷, em leitura mais coloquial, atividades com exercício autorizado pelo Poder Público em segmentos da ordem econômica nacional regulados pelo Estado. No caso, autorizado por órgãos reguladores.

⁴⁶ Conclusão semelhante à esta foi alcançada por Marques Neto (2003, p. 345): “(...) analisando os marcos legais e constitucionais, verifica-se que nada há em lei ou na Constituição que determine ser a autorização necessariamente precária e vulnerável. Na doutrina mais abalizada, por seu turno, colhe-se entendimento exatamente contrário”.

⁴⁷ Este conceito é extraído da obra de Aragão (2005, p. 13):

O norte principal que distingue essas atividades dos serviços públicos é o fato de elas se encontrarem protegidas pelo direito fundamental da livre iniciativa privada, ao passo que os serviços públicos são excluídos desse âmbito, podendo ser exercidos por particulares apenas mediante delegação quando, como e enquanto o Estado politicamente decidir, observados, naturalmente, os limites impostos pelos Princípios do Direito Administrativo Econômico.

A partir desta mesma premissa, conclui-se que existe no MSP uma relação de especial sujeição que permite ao regime repressivo afim, que se estuda no presente estudo monográfico, a sua regulamentação com base em normas infralegais editadas pelos órgãos que se ocupam da regulação deste mercado, conforme predica o DL nº 73/66 (BRASIL, 1966).

2.3.3 Culpabilidade

Este último princípio tem relação direta com a responsabilização administrativa do infrator, por isto, para além do que já foi abordado a respeito dele nos itens anteriores referentes ao ilícito e à sanção administrativa, merece mais alguma atenção.

Ao discorrer sobre este princípio (da culpabilidade no direito punitivo), pontua Osório (2015, p. 368-369) que a exigência da responsabilidade subjetiva é inerente ao princípio da culpabilidade, sendo certo que até mesmo para o ressarcimento ao erário estaria presente a necessidade de constatação dos elementos subjetivos do dolo ou culpa.⁴⁸ Veja-se:

(...) não se costuma discutir a existência de um princípio constitucional da culpabilidade no Direito Penal, princípio que decorreria do conjunto das garantias conferidas aos acusados em geral, ligando-se à idéia de responsabilidade subjetiva. Com efeito, não se tolera a responsabilidade penal objetiva, sem dolo ou culpa, sem os fundamentos e pressupostos da responsabilidade subjetiva. (...) A culpabilidade penal decorre da ideia de presunção de inocência, em boa medida, mas fundamentalmente a culpabilidade está conectada com a possibilidade de uma razoável defesa das posições jurídicas do imputado (...). Até mesmo para obter ressarcimento ao erário, em ações de regresso, o constituinte consagra as exigências de dolo ou culpa, donde resulta lógico constatar que o mesmo constituinte não haveria de negligenciar, como não o fez, em relação às garantias aos acusados em processos penais. Dolo e culpa são, assim, facetas constitucionais da culpabilidade penal, assim como o estado jurídico de inocência é outra dessas facetas do complexo instituto em exame [culpabilidade] (...).

⁴⁸ O autor se refere à previsão do §6º, do artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....
 § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De fato, a perspectiva de uma responsabilidade objetiva ou da desnecessidade de demonstração de culpabilidade do alegado infrator traduz verdadeira arbitrariedade dos Poderes Públicos em relação à pessoa humana.

Isto porque, não havendo comprometimento com o respeito à culpabilidade, à responsabilidade subjetiva e à inevitabilidade do ato ilícito, também considerada como a omissão relevante⁴⁹, as demais cláusulas constitucionais ficariam como meras peças de ficção. Seria e é impossível admitir que alguém tenha o seu espectro de defesa reduzido a tão pouco, ao ponto de poder ser objetivamente responsabilizado, por atos próprios ou de terceiros, no plano do direito sancionador.

Merece destaque, neste tocante, os princípios da pessoalidade⁵⁰ e da individualização da pena, bem como o da presunção de inocência, todos com sede constitucional⁵¹ e considerados como corolários do princípio da culpabilidade.

⁴⁹ Neste sentido, retira-se uma referência teleológica do Código Penal, precisamente no parágrafo 2º do artigo 13. *In verbis*:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

.....
Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

⁵⁰ O princípio da pessoalidade já foi amplamente tratado neste estudo, quando se analisou a imposição das sanções administrativas retributivas e ressarcitórias, sendo que apenas essas últimas admitiriam eventual transferência ou transmissão da responsabilidade, para além da pessoa do infrator.

⁵¹ *In verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

.....
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (...).

Este é um importante marco no tema relacionado com a responsabilização do infrator. Um hermético sistema de proteção aos litigantes foi concebido, objetivando privilegiar a fundamentada constatação de eventual responsabilidade do infrator.

A previsão expressa e sistematizada destas garantias constitucionais permite que se conclua, sem hesitação, que foi consagrado um modelo de responsabilidade subjetiva na Constituição Federal, no particular aspecto da pretensão punitiva do Estado. A pessoalidade e a individualização da pena impedem a punição por fato alheio, sem culpabilidade.⁵²

Como anota Galvão (2011, p. 118): "Só se pode aplicar pena à pessoa física quando e na medida em que se possa reprová-la e, assim, toda a pena criminal pressupõe a culpabilidade do seu destinatário." Ainda o mesmo autor (*ibidem*, p. 653):

A individualização da pena é direito constitucionalmente reconhecido (art. 5º, XLVI) em favor do condenado. Por individualização da pena deve-se entender o processo que estabelece a correlação adequada entre o concreto fato punível e a pena que é aplicada como resposta estatal.

Já a presunção de inocência consolida um estado de ausência de culpa até que a decisão do referido processo acusatório se torne definitiva. A responsabilização do infrator, pois então, não pode se dar de maneira objetiva, posto que a ele é permitido que participe do processo até o seu término, buscando confirmar a sua inocência. A sua interação com o processo acusatório, em toda a sua plenitude, ratifica a previsão de que apenas se o considere como infrator no trânsito em julgado da decisão final.

Iniciativas de responsabilização que não se apoiem ou considerem a culpa do infrator não são permitidas. Logo, e em tese, não se admitem acusações com base em modelos de culpa presumida, ou mesmo com fundamento na desconsideração da culpa, leia-se, com a utilização de argumentos cunhados a partir de um conceito de responsabilização objetiva.

Munhoz de Mello (2005) comenta a respeito da culpabilidade e contextualiza a sua plena aplicabilidade nas sanções administrativas retributivas – tal qual, registre-se, a multa administrativa:

⁵² Acresça-se, também, como fundamento para tal ementa, mesmo que de maneira teleológica, o princípio da causalidade articulado no já citado artigo nº 13 do Código Penal. *In verbis*: “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

No direito administrativo sancionador deve ser observado o princípio da culpabilidade, que veda a imposição de sanção administrativa retributiva a sujeito que agiu sem dolo ou culpa *stricto sensu*. É que em tais casos a medida sancionadora não é idônea à satisfação de sua finalidade preventiva, ferindo o princípio da proporcionalidade. O princípio da culpabilidade tem como corolário o princípio da pessoalidade da sanção administrativa retributiva, que veda a imposição ou transmissão da medida sancionadora a terceiros que não participaram da conduta típica. A sanção administrativa retributiva deve ser imposta tão-somente a quem, com dolo ou culpa *stricto sensu*, realiza a infração administrativa, sendo vedada a punição por fato de outrem.

Vitta (2003, p. 43-44) também prestigia a culpabilidade, quando acentua a necessidade de verificação da presença de dolo ou culpa, mesmo no silêncio da norma, a fim de que se configure eventual ilícito:

O Estado de Direito preserva a proteção contra arbitrariedades estatais, não só exigindo a submissão às leis, mas também contra toda sorte de arbitrariedades, impondo a observância dos direitos e das garantias individuais. Ora, no regime jurídico-constitucional desse porte, no qual se acentuam a República, a Democracia e o Estado de Direito, não podemos conceber haja infrações administrativas, diante de mera voluntariedade, sem qualquer análise da culpa ou dolo do infrator. (...) Logo, o pressuposto de existência do ilícito administrativo, a nosso ver, além da voluntariedade, é o dolo ou a culpa; mesmo que haja silêncio do legislador, o elemento subjetivo.

Convém notabilizar que o STF já se manifestou diversas vezes rechaçando imputações objetivas de responsabilidade em sede penal, derivadas da mera ocupação de cargo. Por todos, veja-se o Voto do e. Ministro Celso de Mello, como Revisor na Ação Penal nº 898 – SC. *In verbis*:

Cabe ressaltar, finalmente, tal como entendeu o eminente Relator, que a mera invocação da condição de Chefe do Poder Executivo municipal, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou, o que é mais grave, a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório.

A circunstância objetiva de alguém exercer cargo de direção ou de administração não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente condenação criminal.

Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal,

como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (*'nullum crimen sine culpa'*), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do *'versari in re illicita'*, banida do domínio do direito penal da culpa.

Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita”.⁵³

Portanto, é incontestável o respeito ao princípio da culpabilidade em qualquer processo administrativo sancionador que busque a imposição de sanção administrativa em razão da prática de ilícito. É preciso verificar a presença dos elementos subjetivos, a saber, o dolo e a culpa, para que se configure o ilícito administrativo.

Asseguram tal afirmação, entre outros, os princípios da pessoalidade e da individualização da pena, bem como, o da presunção de inocência, todos com sede constitucional e considerados como corolários do princípio da culpabilidade. Todos com absoluta aplicação na imposição das sanções administrativas de multas, com natureza retributiva.

2.3.3.1 Dever de Diligência

Dentro ainda do princípio da culpabilidade, com especial pertinência com o presente estudo e apenas no quanto seja necessário⁵⁴, convém analisar o dever de diligência imposto aos administradores de Sociedades Anônimas, tal qual assentado na Lei 6.404/1976 (“Lei das S.A.”). Fala-se de uma especial pertinência porque, antecipando um aspecto que será visto mais adiante, em regra, a responsabilização do infrator pessoa física no MSP se dá na pessoa do administrador da empresa supervisionada, no caso, do diretor da sociedade seguradora. A disposição está anotada no artigo 153 do referido estatuto. *In verbis*: “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

Como se vê, a Lei das S.A. prescreve a necessidade do emprego de um cuidado e diligência pelo administrador da companhia. Esta prescrição é modulada pela referência a um

⁵³ BRASIL, 2016c.

⁵⁴ Esta observação revela a preocupação com o risco de que se ultrapasse os limites do objeto do presente estudo.

homem ativo e probo na administração dos seus próprios negócios. Trata-se, o dever de diligência e cuidado⁵⁵, de um conceito amplo e genérico, por meio do qual não é possível exaurir ou exemplificar aquelas condutas a serem exercidas pelos administradores, tampouco elencar as possíveis condutas que violariam tais deveres.

É possível perceber que o legislador, ao utilizar a expressão “homem ativo e probo”, consagrou o modelo do *bonus pater familias*, oriundo do Direito Romano. Contudo, tal modelo, pela sua feição conservadora, não combina, primordialmente, com a gestão de negócios, atividade que exige, admite-se, uma postura mais ousada por parte do administrador da companhia. A atividade desempenhada, conforme Ribeiro (2016, p. 215), seria “(...) um plus acrescido à figura do *bonus pater familias*, diante da especificidade do mundo negocial”.

Segundo Parente (2005, p. 101-102), o dever de diligência do administrador estaria dividido em cinco aspectos: (i) o dever de se informar, o qual consiste na obrigação dos dirigentes em buscar informações necessárias ao desenvolvimento adequado do negócio. Segundo Campos (2009, p. 1106), trata-se, assim, do dever que tem o administrador de estudar as operações da empresa de um modo geral, colhendo as devidas informações para que seja capaz de tomar uma decisão; (ii) O dever de se qualificar, que evidencia a necessidade de o administrador possuir e/ou adquirir conhecimentos mínimos sobre as atividades que serão desenvolvidas pela empresa; (iii) O dever de bem administrar, extraído da atuação do administrador visando à consecução do interesse da Companhia dentro dos limites do objeto social; (iv) O dever de vigilância, também chamado de dever de monitoramento, que versa sobre a obrigação que tem o administrador de acompanhar os negócios de sua companhia. Neste particular, segundo Eizirik (2011, p. 356), “(...) não se exige dos administradores a supervisão de cada uma das atividades desenvolvidas pela companhia, mas o acompanhamento geral dos negócios sociais e de suas políticas ou procedimentos internos”; e, (v) o dever de investigar, decorrente dos deveres de se informar e vigiar o negócio ao qual administra. Claro que estas investigações devem se pautar na relação de confiança existente entre os membros de uma companhia, não sendo cabível, e nem mesmo razoável, exigir-se a realização de investigações deliberadas sem qualquer motivação. De outro modo, na obtemperação realizada por Campos (2009, p. 1109), deve ser ressalvado ao

⁵⁵ Conhecido como *standard of care* do Direito Americano. Veja-se Carvalhosa (2009, p. 271): “E, com efeito, a lei vigente de 1976, quanto à matéria, cristalizou-se no antigo princípio já contido no Decreto-Lei n. 2.627, de 1940, nele acrescentando apenas o *standard of care for directors*, encontrado em inúmeras leis societárias norte-americanas”.

administrador o direito de confiar nos trabalhos e informações a ele levadas por empregados, especialistas e até mesmo outros administradores.

Resumidamente, nas palavras de Parente (2005, p. 110), é possível ter como certo que o administrador deve, dentro da discricionariedade que lhe é própria, inerente ao cargo de gestão, e nos limites impostos pela lei e pelo estatuto, “desempenhar o cargo que lhes foi outorgado, praticando os atos que forem adequados à consecução do interesse social”.

No desenvolvimento das atividades de administração da companhia há, evidentemente, a obrigação de meio como limitação para a responsabilidade dos administradores. Por isso, assume-se que não merece acolhida a pretensão de se arguir, eventualmente, a responsabilidade de administradores pelos insucessos da companhia, decorrentes da política e dos métodos administrativos adotados, ou até mesmo por equivocadas avaliações mercadológicas ou de investimentos, por serem totalmente vinculadas aos riscos do negócio.

É o bastante aos administradores o compromisso legal de envidar todos os esforços visando os interesses da companhia, logo, basta apenas que seja observada a busca pelo sucesso, independentemente do resultado alcançado. Assim, a partir do dever de diligência e cuidado, espera-se um padrão de comportamento do administrador. Entretanto, como anota Carvalhosa (2009, p. 272), tal *standard* é amplo, flexível e capaz, portanto, de abranger variadas situações conforme as circunstâncias e peculiaridades de cada caso.

Esta análise, máxime, deve considerar a aplicação da *business judgment rule* (ou regra da decisão empresarial), cuja origem se deu nas Cortes Superiores dos Estados Americanos em meados do século XIX. Tal predicado consiste em um conjunto de parâmetros que isentam os administradores de responsabilidade. Além disso, determina que estará amparado pela regra o administrador que atuar de boa-fé na tomada de decisão, de forma desinteressada, isto é, sem que esteja embasada em nenhum interesse pessoal. Neste particular, interessa a lição de Quattrini (2014, p. 29):

A fim de limitar a responsabilidade do administrador em casos que tratam do dever de diligência, o sistema norte-americano aplica a regra do *business judgment rule*, construída pelo próprio sistema de *common law*. De acordo com esta regra, os administradores não serão responsabilizados por perdas e danos causados a companhia quando as ações forem feitas com boa-fé e nos limites dos poderes conferidos pelo estatuto social. Em tais casos, os tribunais não analisam o mérito da decisão negocial, mas se limitam a averiguar se a tomada de decisão foi resultado de processo razoável e bem fundamentado na informação disponível ao administrador.

Com efeito, essa regra busca proteger a razoável margem de discricionariedade intrínseca à função dos administradores. Caso contrário, haveria uma maior rejeição ao exercício da função de administrador, vez que todas as suas decisões, ainda que tomadas de boa-fé e no interesse da companhia, seriam passíveis de julgamento e poderiam desencadear uma penalização desproporcional do administrador. Parente (2005, p. 72) adverte que:

A regra objetiva (...) evitar que os tribunais e os próprios sócios substituam os administradores em seu mister. Vale dizer, o juízo de oportunidade e conveniência de uma decisão empresarial não pode ser exercido por juízes ou por quaisquer outras pessoas – trata-se de prerrogativa exclusiva dos administradores, que, em razão de sua experiência e do acesso que têm a informações, estão mais habilitados do que os juízes e os próprios acionistas a tomar quaisquer decisões referentes à companhia.

Tem-se que a *business judgment rule* tem como pressupostos a boa-fé do administrador e a convicção de que ele agiu no interesse da companhia. Tal entendimento está previsto na própria Lei das S.A. que, em seu artigo 159, parágrafo 6º, prevê a possibilidade de exclusão da responsabilidade do administrador quando sua conduta estiver fundamentada na boa-fé e no interesse da Cia. Veja-se:

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

.....
§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

Tavares Borba (2008, p. 423-429) comenta este dispositivo: “Os administradores que agirem dentro dos padrões de regularidade exigidos pela lei não respondem pessoalmente pelos atos que praticarem, ainda que estes venham a causar prejuízo à sociedade”. Da mesma forma, Carvalhosa (2009, p. 405), correlacionando, com o fim de excluí-los, o dolo com a presença da boa-fé e a negligência e imprudência com o estrito cumprimento do dever social:

A faculdade de julgamento por equidade, que se estabelece no §6º, conjugada com o art. 127 da lei processual, tem como pressupostos a boa-fé do administrador e a convicção de que ele agiu no interesse da companhia. O primeiro exclui

evidentemente o dolo e o segundo, a negligência e a imperícia, já que nestes casos, impossível seria pensar-se em conduta visando ao interesse da companhia.

Ainda, Lazzareschi Neto (2010, p. 412-413):

O §6º cuida da hipótese de excludente de responsabilidade. Ou seja, o juiz reconhece que o administrador agiu em violação dos seus deveres, mas exclui o dever de indenizar por estar convencido de que o administrador agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia. Para a aplicação do preceito é indispensável a presença de ambos os requisitos, isto é, o reconhecimento judicial de que o administrador agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia. A ausência de qualquer desses requisitos impede a exclusão do dever de indenizar.

Isto porque é sabido que, no desenvolvimento da gestão empresarial, (i) as decisões dos administradores são tomadas com uma quantidade limitada e imperfeita de informações; e, (ii) o tempo dos administradores é limitado e deve ser por eles alocado para a tomada de diversas decisões ao mesmo tempo.

Portanto, considerando todos os aspectos do dever de diligência e cuidado dos administradores, com aderência ao tema do presente artigo, não pode ser penalizado o diretor no exercício de suas funções quando observado que, independentemente do resultado angariado, teve suas decisões pautadas na boa-fé e no interesse social da Companhia, sem nenhum interesse pessoal envolvido, pois como se pôde demonstrar acima, deve ser analisado o padrão de comportamento adotado pelo administrador no exercício da sua função, haja vista toda a complexidade da gestão de negócios, em respeito a diferentes fatores.

3 DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE MULTA SOBRE O INFRATOR PESSOA FÍSICA, NO MERCADO DE SEGUROS PRIVADOS

3.1 Regime repressivo do Mercado de Seguros Privados erigido no Decreto-Lei nº 73/66: O CNSP, a SUSEP e o CRSNSP

O DL nº 73/66 (BRASIL, 1966), já mencionado no decorrer deste estudo⁵⁶, regula todas as operações de seguros privados realizados no País. O controle do Estado é exercido por órgãos instituídos neste Decreto-lei, no interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro. Consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias. Dele estão excluídos os seguros do âmbito da Previdência Social, regidos pela legislação especial pertinente. Integra-se nas operações de seguros privados o sistema de cosseguro, resseguro e retrocessão, por forma a pulverizar os riscos e fortalecer as relações econômicas do mercado.

Tal Decreto-Lei definiu a política nacional de seguros privados, estabelecendo os seus objetivos. A saber: (i) promover a expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do País; (ii) evitar evasão de divisas, pelo equilíbrio do balanço dos resultados do intercâmbio, de negócios com o exterior; (iii) firmar o princípio da reciprocidade em operações de seguro, condicionando a autorização para o funcionamento de empresas e firmas estrangeiras a igualdade de condições no país de origem; (iv) promover o aperfeiçoamento das Sociedades Seguradoras; (v) preservar a liquidez e a solvência das Sociedades Seguradoras; e, (vi) coordenar a política de seguros com a política de investimentos do Governo Federal, observados os critérios estabelecidos para as políticas monetária, creditícia e fiscal. O DL nº 73/66 (BRASIL, 1966) também instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados (“SNSP” ou “Sistema”). *In verbis*:

Art 8º Fica instituído o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulado pelo presente Decreto-lei e constituído:

- a) do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP;
- b) da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP;
- c) dos resseguradores;
- d) das Sociedades autorizadas a operar em seguros privados;
- e) dos corretores habilitados.

⁵⁶ E regulamentado pelo Decreto nº 60.459, de 13 de março de 1967.

A estruturação do regime repressivo no MSP está disposta no DL nº 73/66 (BRASIL, 1966), no seu Capítulo X, artigos 108 a 121. E dois órgãos públicos integrantes do SISP participam deste regime. A saber: O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP)⁵⁷, cuja previsão de criação está assentada no artigo 32 do DL nº 73/66 e que tem como atribuições as seguintes atividades:

- ✓ Fixar diretrizes e normas da política de seguros privados;
- ✓ Regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades subordinadas ao Sistema Nacional de Seguros Privados, bem como a aplicação das penalidades previstas;⁵⁸
- ✓ Fixar as características gerais dos contratos de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro;
- ✓ Estabelecer as diretrizes gerais das operações de resseguro;
- ✓ Conhecer dos recursos de decisão da SUSEP e do IRB;
- ✓ Prescrever os critérios de constituição das Sociedades Seguradoras, de Capitalização, Entidades de Previdência Privada Aberta e Resseguradores, com fixação dos limites legais e técnicos das respectivas operações; e,
- ✓ Disciplinar a corretagem do mercado e a profissão de corretor.

Conforme disposição do art. 1º da Lei nº 8.392/1991⁵⁹, o CNSP teve o prazo de vigência para funcionar como órgão colegiado prorrogado até a data de promulgação da lei

⁵⁷ A atual composição do CNSP, conforme disposto na Lei nº 10.190/2001 e no Decreto nº 4.986/2004, é a seguinte:

- ✓ MINISTRO DA FAZENDA – Presidente;
- ✓ SUPERINTENDENTE DA SUSEP – Presidente Substituto;
- ✓ Representante do Ministério da Justiça;
- ✓ Representante do Ministério da Previdência e Assistência Social;
- ✓ Representante do Banco Central do Brasil; e,
- ✓ Representante da Comissão de Valores Mobiliários.

⁵⁸ Esta é a atribuição que integra o CNSP no regime repressivo no MSP. *In verbis*:

Art. 32. É criado o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, ao qual compete privativamente:

.....
 II - Regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a este Decreto-Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas.

⁵⁹ *In verbis*:

complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o que ainda não ocorreu.

Resumidamente, é possível afirmar que compete ao CNSP realizar a regulação do MSP por meio da edição de Resoluções – por exemplo, a Resolução CNSP nº 243/2011 – sobre a qual se tratará mais adiante.

A Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) é o outro órgão do SNSP criado pelo DL nº 73/66 (BRASIL, 1966) que participa do regime repressivo do MSP. A previsão da sua criação está assentada no artigo nº 35 do predito Decreto-Lei e tem como atribuições as seguintes atividades:

- ✓ Fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operação das Sociedades Seguradoras, de Capitalização, Entidades de Previdência Privada Aberta e Resseguradores, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP;⁶⁰
- ✓ Atuar no sentido de proteger a captação de poupança popular que se efetua através das operações de seguro, previdência privada aberta, de capitalização e resseguro;
- ✓ Zelar pela defesa dos interesses dos consumidores dos mercados supervisionados;
- ✓ Promover o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos operacionais a eles vinculados, com vistas à maior eficiência do Sistema Nacional de Seguros Privados e do Sistema Nacional de Capitalização;
- ✓ Promover a estabilidade dos mercados sob sua jurisdição, assegurando sua expansão e o funcionamento das entidades que neles operem;
- ✓ Zelar pela liquidez e solvência das sociedades que integram o mercado;
- ✓ Disciplinar e acompanhar os investimentos daquelas entidades, em especial os efetuados em bens garantidores de provisões técnicas;
- ✓ Cumprir e fazer cumprir as deliberações do CNSP e exercer as atividades que por este forem delegadas; e,
- ✓ Prover os serviços de Secretaria Executiva do CNSP.

Art. 1º É prorrogado até a data da promulgação da lei complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal o prazo a que se refere o art. 1º das Leis nº 8.056, de 28 de junho de 1990, nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990 e nº 8.201, de 29 de junho de 1991, exceto no que se refere ao disposto nos arts. 4º, inciso I, 6º e 7º, todos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1992).

⁶⁰ Esta é a atribuição que integra a SUSEP no regime repressivo no MSP. *In verbis*:

Art. 36. Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras:

-
- h) fiscalizar as operações das Sociedades Seguradoras, inclusive o exato cumprimento deste Decreto-lei, de outras leis pertinentes, disposições regulamentares em geral, resoluções do CNSP e aplicar as penalidades cabíveis.

Trata-se, a SUSEP, de entidade autárquica nos termos do Decreto nº 200/1967.⁶¹ A Resolução CNSP nº 338/2016 atualmente estabelece o seu regimento interno, do qual se retira a base da sua estrutura organizacional.⁶²

O terceiro órgão que integra o regime repressivo do MSP, mas que não compõe o SNSP estruturado pelo DL nº 73/66 (BRASIL, 1966), é o Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados – CRSNSP (“Conselho de Recursos”), a quem compete o julgamento dos recursos interpostos contra decisões da SUSEP na 1ª instância do processo administrativo sancionador afim.⁶³

Inicialmente, competia ao CNSP o julgamento de recursos administrativos no MSP, conforme artigo 32, inciso IX do DL nº 73/66 (BRASIL, 1966) (atualmente revogado pela LC nº 126/07). Ocorre que a grande quantidade de recursos prejudicava a pauta daquele

⁶¹ *In verbis*:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

⁶² *In verbis*:

Art. 4º A SUSEP tem a seguinte estrutura organizacional: (...) I – órgão colegiado: Conselho Diretor; (...) II – órgãos de assistência direta e imediata ao Superintendente: (...) a) Gabinete – GABIN; (...) 1. Secretaria do Conselho Diretor e CNSP – SECON; (...) 2. Assessoria de Imprensa – ASIMP; (...) 3. Coordenação da Secretaria do CRSNSP – COSEC; (...) III - órgãos seccionais: (...) a) Auditoria Interna – AUDIT; (...) b) Corregedoria Geral – COGER; (...) c) Procuradoria Federal junto à SUSEP: (...) 1. Serviço; (...) 2. Coordenação de Subprocuradoria de Consultoria, de Assuntos Societários e Regimes Especiais; (...) 3. Coordenação de Subprocuradoria de Assuntos Administrativos; (...) 4. Coordenação de Subprocuradoria do Contencioso Administrativo; (...) 5. Coordenação de Subprocuradoria do Contencioso Judicial; (...) d) Diretoria de Administração – DIRAD; (...) IV – órgãos específicos singulares: (...) a) Diretoria de Organização do Sistema de Seguros Privados – DIORG; (...) b) Diretoria de Supervisão de Conduta – DICON; (...) c) Diretoria de Supervisão de Solvência – DISOL; (...) V – órgãos descentralizados: (...) a) Escritório de Representação da SUSEP no Distrito Federal – ERSDF: (...) 1. Divisão de Fiscalização Conduta no Distrito Federal 3 – DCOF3; b) Escritório de Representação da SUSEP em São Paulo- ERSSP: (...) 1. Divisão de Fiscalização Prudencial 1- DFIP1; (...) 2. Divisão de Fiscalização Prudencial 2 - DFIP2; (...) 3. Divisão de Fiscalização Conduta em São Paulo 1 - DCOF1; (...) 4. Divisão de Fiscalização Conduta em São Paulo 2 - DCOF2; (...) c) Escritório de Representação da SUSEP no Rio Grande do Sul – ERSRS:(...).

⁶³ O Conselho de Recursos também pode receber para julgamento recursos derivados do reexame obrigatório de determinados matérias, interpostos pela própria SUSEP.

colegiado, também incumbido da regulação do MSP. Assim, foi criado o CRSNSP pela Medida Provisória nº 1.689-5/1998, que alterou a Lei nº 9.649/1998.⁶⁴

O regimento interno do CRSNSP atualmente em vigor é tirado da Portaria do Ministério da Fazenda nº 38/2016. O Conselho de Recursos é integrado por seis Conselheiros, titulares e seus respectivos suplentes, de reconhecida competência e possuidores de conhecimentos especializados nas matérias submetidas à jurisdição do Conselho. Três conselheiros são indicados pelo setor público e três conselheiros pelas entidades representantes dos mercados regulados pela SUSEP.⁶⁵

Tanto os conselheiros titulares quanto os seus respectivos suplentes são nomeados pelo Ministro de Estado da Fazenda, com mandato de três anos, podendo ser reconduzidos até duas vezes consecutivas. O Conselho tem como Presidente um dos conselheiros indicados pelo Ministério da Fazenda e como Vice-Presidente o seu suplente. Com a atribuição de zelar pela fiel observância das leis, dos decretos, dos regulamentos e dos demais atos normativos, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional designa procuradores da Fazenda Nacional para

⁶⁴ Neste sentido, veja-se trecho retirado diretamente do sítio de Internet do Ministério da Fazenda:

Também competia ao CNSP, originalmente, na forma estabelecida no inciso IX do artigo 32 do Decreto-lei nº 73/1966, conhecer dos recursos de decisões da SUSEP e do IRB. Diante da expressiva quantidade de recursos administrativos submetidos à apreciação daquele Conselho, foi constituída, para auxiliá-lo, a Comissão Consultiva de Recursos Administrativos, que, após exame e manifestação conclusiva, encaminhava os processos ao CNSP para julgamento final. Em vista da necessidade de desonerar as pautas de reunião do CNSP, permitido ao órgão que se concentrasse no acompanhamento e na condução da política de seguros do país, e a fim de conferir maior agilidade ao julgamento dos recursos administrativos, foi editada a Medida Provisória nº 1.689-5, de 26 de outubro de 1998, que alterou a Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, instituindo o Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização – CRSNSP, com a competência privativa para julgar, em última instância administrativa, os recursos contra penalidades de natureza administrativa aplicadas pela SUSEP e pelo IRB”. (BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados. **Histórico**. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/conselhos/crsnsp/sobre-o-conselho/historico/historico>>. Acesso em: 30 maio 2016).

⁶⁵ A saber:

- ✓ Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização – FENASEG;
- ✓ Federação Nacional dos Corretores de Seguros Privados e de Capitalização – FENACOR; e,
- ✓ Federação Nacional de Previdência Privada e Vida – FENAPREVI.

atuarem junto ao Conselho. Por fim, a Secretaria-Executiva do Conselho é responsável por efetuar os trabalhos administrativos necessários ao funcionamento do CRSNSP.

Com isto, resta esquematizado o regime repressivo do MSP, com a indicação de todos os órgãos públicos que dele participam.

3.2 Arquétipo normativo da responsabilização administrativa do infrator, pessoa física, no âmbito do Mercado de Seguros Privados: A Resolução CNSP nº 243/11

Na última década ocorreu uma significativa mudança de paradigma na atividade sancionadora da SUSEP no MSP, com a proposição da aplicação da sanção administrativa de multa contra pessoas físicas, ao invés exclusivamente de pessoas jurídicas, que então passaram a responder solidariamente pelo seu pagamento. Pode se afirmar que foi a partir desta reformulação que as pessoas físicas passaram a ser responsabilizadas pessoalmente no MSP.⁶⁶

Tal alteração se iniciou com a promulgação da Lei Complementar nº 126/07 (BRASIL, 2007), que, muito embora tratando primacialmente de resseguro, alterou o DL nº 73/66, dando nova redação ao seu artigo 108, sobretudo, com a inclusão do parágrafo primeiro. Convém comparar as redações do mencionado dispositivo, a partir da alteração conferida pela LC nº 126/07:

Redação original do artigo 108 conforme o DL 73/66	Redação do artigo 108 conforme a alteração realizada pela LC 126/07
<p>Art. 108. As infrações aos dispositivos dêste Decreto-lei sujeitam as Sociedades Seguradoras, seus Diretores, administradores, gerentes e fiscais às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:</p> <p>I - Advertência;</p> <p>II - Multa pecuniária;</p> <p>III - Suspensão do exercício do cargo;</p> <p>IV - Inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargo de direção, nas Sociedades Seguradoras ou no IRB;</p> <p>V - Suspensão da autorização em cada ramo isolado;</p> <p>VI - Perda parcial ou total da recuperação de resseguro;</p> <p>VII - Suspensão de cobertura automática;</p> <p>VIII - Suspensão de retrocessão;</p>	<p>Art. 108. A infração às normas referentes às atividades de seguro, co-seguro e capitalização sujeita, na forma definida pelo órgão regulador de seguros, a pessoa natural ou jurídica responsável às seguintes penalidades administrativas, aplicadas pelo órgão fiscalizador de seguros:</p> <p>I - advertência;</p> <p>II - suspensão do exercício das atividades ou profissão abrangidas por este Decreto-Lei pelo prazo de até 180 (cento e oitenta) dias;</p> <p>III - inabilitação, pelo prazo de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, para o exercício de cargo ou função no serviço público e em empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias, entidades de previdência complementar, sociedades de capitalização, instituições financeiras, sociedades</p>

⁶⁶ Neste exato sentido, veja-se trecho retirado de um processo sancionador em curso na Autarquia, de número 15414.003001/2013-44:

4. Por oportuno, cabe registrar que, com a entrada em vigor da Resolução CNSP nº 243/11, em 06/03/2012, houve uma mudança de paradigma no sistema repressivo adotado pela Autarquia, uma vez que os agentes passaram a ser responsabilizados pessoalmente pelo cometimento das infrações, com responsabilidade solidária de Sociedades pelo pagamento de multas, o que não era a regra na vigência da Resolução CNSP nº 60/2001. (fls. 89)

IX - Cassação de carta-patente.	seguradoras e resseguradores; IV - multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais); e V - suspensão para atuação em 1 (um) ou mais ramos de seguro ou resseguro. VI - (revogado); VII - (revogado); VIII - (revogado); IX - (revogado). § 1º A penalidade prevista no inciso IV do caput deste artigo será imputada ao agente responsável, respondendo solidariamente o ressegurador ou a sociedade seguradora ou de capitalização, assegurado o direito de regresso, e poderá ser aplicada cumulativamente com as penalidades constantes dos incisos I, II, III ou V do caput deste artigo.
---------------------------------	--

Fonte: BRASIL, 1966; BRASIL, 2007

Como se vê, o *caput* do artigo nº 108, com a nova redação implementada pela LC nº 126/07, trouxe a previsão expressa de que, de acordo com a regulamentação do órgão regulador, seria possível punir a pessoa física ou jurídica. E o parágrafo primeiro instituiu o agente responsável pelo pagamento da penalidade administrativa de multa, estabelecendo a responsabilidade solidária da pessoa jurídica.

Vale ressaltar que a alteração implementada seguiu a mesma teleologia da Lei Complementar nº 109/2001 (“LC nº 109/01”) (BRASIL, 2001)⁶⁷, que já previa a possibilidade de responsabilização da pessoa física, solidariamente com a pessoa jurídica, no seu artigo 65.

Analizando a biografia do processo legislativo da LC nº 109/2001, verifica-se que ela teve origem no Projeto de Lei Complementar nº 10/1999 (“PLP 10/1999”). E no que interessa ao presente estudo, constata-se que foi a emenda plenária da Câmara dos Deputados nº 18, de autoria do Deputado Ricardo Bezoini, que acrescentou a responsabilização da pessoa natural, com solidariedade da pessoa jurídica. Fazendo-o nos seguintes termos:

(...) EMENDA MODIFICATIVA 18

Dê-se ao § 1º do art. 65 do Substitutivo da Comissão Especial a seguinte redação:

Art. 65 (...)

§ 1º A penalidade prevista no inciso IV será imputada ao agente responsável, respondendo solidariamente a pessoa jurídica a que estiver vinculado, assegurado o direito de regresso, e poderá ser aplicada cumulativamente com as constantes dos incisos I, 11 ou 111 deste artigo.

JUSTIFICAÇÃO

⁶⁷ Que dispõe sobre o regime de previdência complementar.

É necessário definir que a responsabilidade pela multa é do agente que deu causa à mesma, e não à entidade, simplesmente.

Ou seja, preconizou-se a pessoa do infrator, seja a pessoa que praticou o ilícito administrativo, e não outra. Muito em linha, portanto, com as teorias do ilícito e da sanção administrativa retributiva comentadas neste estudo. A censura deveria ter como alvo a pessoa que cometeu a infração, sendo ela a destinatária da reprimenda. A multa, por não ter natureza ressarcitória, deveria recair sobre o agente que a ela deu causa, em outras palavras, sobre aquele que descumpriu o pressuposto para a imposição da sanção administrativa, a saber, descumpriu o ordenamento jurídico relacionado, então praticando o ilícito administrativo.

Na oportunidade da edição da LC nº 126/07, a Procuradoria Federal da SUSEP (Procuradoria) elaborou um Parecer de Orientação a seu respeito, de número 07 de 2011, no qual teceu algumas considerações sobre a nova regra de imputação, confirmando o foco na pessoa do infrator. Veja-se na parte que interessa ao presente estudo, relacionada com a referida – e nova, até então – metodologia de repressão ao agente responsável no MSP:

19. Quanto à modificação dos critérios de imputação, fato que deverá obrigatoriamente ser observado e cumprido pelo CNSP, é evidente que, por razões de governança corporativa e melhor razoabilidade, o legislador pretende punir o agente que pratica a infração e não simplesmente onerar a empresa, o que, em última análise, só onera o consumidor.

20. Assim, diz a lei complementar nº 126, em seu artigo 27, modificando o Decreto-Lei nº 73/66 que a penalidade de multa será implicada ao agente, este será, necessariamente, órgão da empresa (diretor ou membro do conselho de administração) cujo estatuto prevê gestão sobre a área administrativa de ocorrência de infração. Caso o estatuto seja omissivo, toda a diretoria é responsável.

21. Nada mais é do que efetivar a responsabilidade administrativa do diretor, antes raramente apenado e muito pouco reprimido em sua propensão à ilicitude, já que a pena era vista como um custo da empresa: O preço para delinquir.

22. Tal punição está em consonância com os princípios de Direito Societário que informam a Lei das S.A., Lei nº 6.404/76 (vide seu artigo 159).

23. O fato de a norma vir a prever solidariedade com a empresa, é apenas uma garantia patrimonial para a SUSEP que poderá executar judicialmente sua dívida da empresa, e a esta caberá se ressarcir do prejuízo junto ao seu agente infrator, não sendo lícito a ela onerar-se por fato dele.

Esta opinião jurídica emitida pela Procuradoria Federal da SUSEP trouxe à superfície, reforçando o alinhamento quanto à LC nº 109/01, a vocação da pessoa do infrator pessoa física, daquele que cometeu o ilícito administrativo, exortando a natureza retributiva

da sanção, aflitiva em todos os seus fins, seja de desestímulo ou castigo, mas jamais ressarcitória.

A regulamentação do artigo 108 do DL nº 73/66 (BRASIL, 1966) veio com a edição da Resolução CNSP nº 243/2011 (“Res. nº 243/11”). A referida norma estabeleceu direcionamentos relevantes para a aplicação da sanção administrativa de multa. Veja-se:

Art. 2º A prática das infrações previstas nesta Resolução sujeitará a pessoa natural ou jurídica responsável às seguintes sanções administrativas:

.....
II – multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);
.....

§ 4º Não comprovado o dolo, o órgão encarregado pelo julgamento dos processos sancionadores no âmbito da SUSEP, considerando a gravidade da infração e os antecedentes do infrator, poderá deixar de aplicar sanção prevista nesta Resolução quando, a seu juízo, concluir que uma recomendação ao agente supervisionado seja suficiente ao atendimento dos objetivos da regulação setorial, hipótese na qual dará ciência ao órgão que instaurou o procedimento apuratório.

§ 5º Para efeito do disposto neste artigo, a SUSEP poderá considerar como responsável o titular de cargo ou função de presidente, diretor, administrador, conselheiro de administração ou fiscal, contador, atuário, analista, gerente ou assemelhado, corretor responsável, bem como qualquer outro que detenha ciência e poder de decisão em relação à infração verificada.

.....
Art. 4º A multa administrativa será aplicada, de acordo com os limites e critérios indicados nesta Resolução, sempre que, a juízo da SUSEP, a aplicação exclusiva da pena de advertência for inadequada ou insuficiente para cumprir com os objetivos da repressão e da prevenção da pena.

§ 1º Quando a infração ocorrer no âmbito de atividade regularmente autorizada de seguro, cosseguro, resseguro, retrocessão, previdência complementar aberta e capitalização, a multa de que trata o inciso II do art. 2º será imputada somente ao agente responsável, respondendo solidariamente a sociedade de seguro, de resseguro, de previdência complementar aberta ou de capitalização, assegurado o direito de regresso.

.....
Art. 10. A autoridade julgadora, considerando a gravidade da infração e seus efeitos, a capacidade econômica do infrator e antecedentes, bem como ganho obtido com o ato ilícito, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do ilícito administrativo, dentro dos limites previstos, a sanção administrativa aplicável.

§ 1º Na aplicação de sanção à pessoa natural, além de observar os parâmetros expostos no caput deste artigo, a autoridade julgadora atentará para a sua culpabilidade, considerando para tanto, quando for o caso, as suas funções e responsabilidades no âmbito ou em relação à pessoa jurídica à qual esteja vinculada.

Ou seja, e depurando os dispositivos acima citados da Res. nº 243/11, o artigo 2º observou o gênero do agente responsável, no que se quer dizer mencionou tanto a pessoa física como a jurídica como as suas espécies. O infrator, a depender do quanto predisposto na referida norma, poderia ser considerado como a pessoa física ou a jurídica.

O parágrafo 4º deste artigo, por sua vez, notabilizou a deferência que se deu quanto à exigência do elemento psicológico normativo da conduta, o dolo, notoriamente relacionado com a culpabilidade do agente. Inexistindo dolo, sopesada a gravidade da infração e os antecedentes do infrator, a SUSEP, “a seu juízo”⁶⁸, poderia deixar de aplicar alguma penalidade e propor a aplicação apenas de uma recomendação, então entendida como uma orientação sem natureza de sanção administrativa.

O parágrafo 5º, na sua oportunidade, tratou de enumerar, em se tratando de pessoas físicas, quem poderia ser considerado como agente responsável pela infração. Estabeleceu um rol, *numerus apertus*, de profissionais atuantes no MSP que poderiam ser responsabilizados. Tal dispositivo, na sua parte final, assinalou a possibilidade de responsabilização de “qualquer outro que detenha ciência e poder de decisão em relação à infração verificada”, do que se retira, disso ou do seu todo, o objetivo da norma de punir aquele que de fato praticou o ilícito administrativo, mesmo que com omissão relevante, e não outro, inclusive embora de alguma maneira relacionado com o fato punível, contanto que sem responsabilidade.

O artigo 4º, no seu parágrafo 1º, reforçou ainda mais a personalíssima responsabilidade do infrator, do agente responsável, reiterando que, quando fosse o caso de pessoas físicas, a pessoa jurídica responderia solidariamente.

Já o artigo 10, no seu *caput*, cunhou alguns parâmetros para o estabelecimento ou dosimetria do valor da sanção administrativa de multa a ser imposta ao infrator, considerando a gravidade da infração e seus efeitos, a capacidade econômica do infrator e seus antecedentes, bem como o ganho obtido com o ato ilícito. Todos esses elementos, portanto, ligados diretamente ao fato punível e à pessoa que o praticou, que cometeu o ilícito administrativo. A natureza aflictiva da sanção a ser imposta, longe de qualquer objetivo reparatório, sobrava clara a partir principalmente deste dispositivo.

E o parágrafo 1º deste artigo, conclusivamente, fez questão de apostilar, mesmo podendo se considerar desnecessário dada a clareza do instituto tratado, que se haveria de ter em conta a culpabilidade do agente, no caso, da pessoa física – pessoa natural quando fosse acusada da prática de algum ilícito administrativo, “considerando para tanto, quando for o

⁶⁸ Retira-se esta expressão, *in litteris*, da Res. nº 243/11. Mesmo se admitindo a legitimidade da referida norma, afastando-se eventuais vícios de legalidade, posto que permitido pelo DL nº 73/66 a previsão em norma, e de tipicidade, em razão da intensidade do vínculo mantido e, portanto, da possibilidade de descrição ou regulamentação por meio de lei em sentido material, norma regulatória, é de se sublinhar a excessiva indeterminação de tal expressão, inconveniente mesmo em regimes de especial sujeição, que dirá em comandos predados à regimes repressivos.

caso, as suas funções e responsabilidades no âmbito ou em relação à pessoa jurídica à qual esteja vinculada”.

Além disto, nos artigos 17 a 77, a referida norma infralegal, como permitido pelo DL nº 73/66, tratou de tipificar as infrações sujeitas à imposição de sanção administrativa e, nos artigos 10 a 14, estabeleceu as circunstâncias administrativas, agravantes, atenuantes e outras (como reincidência) que incidiriam na dosimetria da penalidade a ser aplicada⁶⁹. Resumindo, é possível afirmar que, em princípio, a Res. nº 243/11:

- ✓ Identificou as pessoas que poderiam se encaixar no conceito de agente responsável, a saber, aqueles que seriam considerados como os infratores do ilícito administrativo e que, portanto, estariam sujeitas à aplicação das sanções administrativas, em especial da multa administrativa;
- ✓ Confirmou a pessoa jurídica como responsável solidário, no caso da imposição da penalidade administrativa de multa a pessoas físicas;
- ✓ Atendeu ao princípio da legalidade e tipicidade, com a descrição das infrações e sanções respectivas, inclusive, emoldurando um sistema de dosimetria para a quantificação dessas últimas – confirmando, máxime, a relação de sujeição especial existente;
- ✓ Atendeu ao princípio da culpabilidade, notabilizando a presença do dolo e da culpa, ou omissão relevante, como elementos necessários para a caracterização da responsabilidade administrativa do infrator no caso de imposição da sanção administrativa de multa; e,
- ✓ Atendeu ao princípio do devido processo legal, posto que estruturou o processo administrativo sancionador manejado para a imposição das sanções no MSP.

Dois anos depois, a referida Res. nº 243/11 foi alterada pela edição da Resolução CNSP nº 293/2013 (“Res. nº 293/13”), acompanhada da Instrução SUSEP nº 69/2013. A primeira norma alterou o citado artigo 4º da Res. nº 243/11, que passou a vigor com a seguinte redação:

⁶⁹A Res. nº 243/11 se utiliza, quando tipifica os ilícitos administrativos, de valores mínimo e máximo para a imposição da respectiva sanção administrativa de multa. Veja-se, por exemplo:

Art. 31. Emitir apólice, certificado, bilhete, proposta, extrato, título de capitalização ou qualquer comunicado ou documento relativo a plano de seguro, de capitalização, ou de previdência, ou a contrato de resseguro em desacordo com a legislação ou, ainda, contrato de resseguro com características diversas da estabelecida na nota de cobertura.
 Sanção: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Art. 4º *Omissis*

§ 1º A pena de multa será aplicada à pessoa natural ou jurídica responsável pela infração.

§ 1º ‘A’ Quando não for possível identificar ou atribuir dolo ou culpa a uma pessoa natural, considera-se como agente responsável a sociedade supervisionada.

§ 1º ‘B’ As sociedades supervisionadas respondem solidariamente pela multa às pessoas naturais, assegurado o direito de regresso.

Do que se retira, a referida norma aclarou ainda mais algumas relevantes questões que já estavam, ao que nos parece, sedimentadas na redação original da Res. nº 243/11. Seja a possibilidade de que o infrator fosse uma pessoa física ou jurídica e, sublinhe-se, a necessidade de que se observasse, para a imposição de qualquer sanção administrativa, a culpabilidade do infrator, refletida na presença do dolo ou culpa na sua conduta – ou de sua relevante omissão.

Não sendo possível atribuir dolo ou culpa à pessoa natural ou não sendo possível identificá-la como sujeito ativo da infração, então a pessoa jurídica seria responsabilizada exclusivamente.

Tudo isto em perfeita sintonia com o citado artigo 108 do DL nº 73/66, com a redação dada pelo artigo 27 da LC nº 126/07, confirmando que esta norma regulatória teve a intenção de ratificar e adequar, ou melhor, aclarar ainda mais a regulamentação do regime repressivo à esquematização definida naquele Decreto-Lei. Pode se entender como uma iniciativa de reafirmação do arquétipo normativo do regime jurídico no MSP, com o objetivo de dar ênfase à culpabilidade do infrator e retirar uma impressão inicial da SUSEP, no sentido de que apenas pessoas físicas poderiam responder pelo pagamento da aplicação da sanção administrativa de multa, na condição de agente responsável.

Já a segunda norma, a Instrução SUSEP nº 69/13 (“Inst. nº 69/13”) (SUPERINTENDÊNCIA, 2013)⁷⁰, instituiu o denominado “(...) procedimento para a apuração do agente responsável, pessoa natural, para fins de instauração de processo administrativo sancionador, em consonância com o disposto na Resolução CNSP nº 243/2011, de 6 de dezembro de 2011”. Veja-se o artigo 1º desta Instrução:

Art. 1º O procedimento para apuração do responsável, pessoa natural, por conduta identificada como ilícito administrativo, visando à instauração de processo administrativo sancionador, deverá obrigatoriamente conter:

⁷⁰ Um pouco mais tarde, em 2015, revogada pela Instrução SUSEP nº 76/2015.

- I – a qualificação da pessoa natural apontada como responsável e, sendo o caso, do responsável solidário;
- II – a descrição do fato apontado como punível;
- III – análise da responsabilidade pela infração apontada;
- IV – o dispositivo legal ou infralegal infringido;
- V – os documentos ou quaisquer outros elementos de prova em que se baseie; e
- VI – a assinatura do servidor, a indicação do seu nome por extenso, cargo ou função com o número da matrícula e aquiescência do chefe imediato.

A complexa discussão a respeito da responsabilização do infrator, no caso de pessoa física, foi pinçada, aliás, retirada de dentro do PAS e colocada em um procedimento anterior a ele criado para este fim pela Inst. nº 69/13 (SUPERINTENDÊNCIA, 2013). O procedimento criado pela referida Instrução pode ser resumido da seguinte maneira e ordem:

- ✓ Intimação da pessoa natural identificada pela Autarquia como responsável, para apresentar manifestação, cuja natureza é de defesa, em 10 dias;⁷¹
- ✓ Fase de instrução, com a possibilidade de solicitação de informações e juntada de documentos;
- ✓ 1º Desfecho (§ 2º do artigo 2º): Não sendo possível identificar ou atribuir dolo ou culpa a pessoa natural, mas havendo materialidade da infração, seria instaurado processo administrativo sancionador em face da sociedade supervisionada;
- ✓ 2º Desfecho (§ 3º do artigo 2º): Constatado o dolo ou a culpa da pessoa natural pelo ilícito administrativo apurado, seria instaurado processo administrativo sancionador em face desta, observada a responsabilidade solidária da sociedade supervisionada.
- ✓ 3º Desfecho (artigo 4º): Havendo conclusão de que não teria restado caracterizada a irregularidade, deveria ser extinto o procedimento instaurado, oficiando-se a pessoa natural intimada.
- ✓ 4º Desfecho (artigo 5º): Restando configurada a irregularidade apontada, o procedimento seria submetido ao Coordenador-Geral para convalidação em processo administrativo sancionador, podendo, se necessário, ser determinada a instauração de inquérito administrativo.

Ocorre que em um período curto de tempo o cenário normativo foi novamente alterado, com a edição de mais normas tanto em sentido formal, como material. Fala-se da Lei

⁷¹ Chamava atenção o fato do prazo para esta defesa ser equivalente a 1/3 do prazo ordinário de defesa previsto na Res. nº 243/11, de 30 dias.

Federal nº 13.195/2015 (“Lei nº 13.195/15”) e da Resolução CNSP nº 331/2015 (“Res. nº 331/15”).⁷²

Na parte que interessa ao presente estudo, a Lei nº 13.195/15 (BRASIL, 2015) alterou o DL nº 73/66 (BRASIL, 1966) e deu nova redação ao § 1º do artigo 108. Veja-se:

Art. 108 *Omissis*

§ 1º Caso a penalidade prevista no inciso IV do caput deste artigo seja aplicada à pessoa natural, responderá solidariamente o ressegurador ou a sociedade seguradora ou de capitalização, assegurado o direito de regresso e poderá ser aplicada cumulativamente com as penalidades constantes dos incisos I, II, III ou V do caput deste artigo.

Confirmou-se ainda mais o gênero do conceito de agente responsável, que admitiria tanto pessoas físicas como jurídicas. Convém lembrar, a despeito da iniciativa legislativa, que o *caput* do artigo 108 já continha esta previsão, de modo que a referida lei, neste aspecto, pareceu ter a intenção de reforçar tal previsão e não a inaugurar. Quer se dizer com isto que, em princípio, não se pode atribuir a Lei nº 13.195/15 a possibilidade de se punir pessoas físicas ou jurídicas no regime repressivo no MSP. Tal possibilidade já existia no DL nº 73/66, com a redação que lhe foi conferida pela LC nº 126/07. Relembre-se:

Art. 108. A infração às normas referentes às atividades de seguro, co-seguro e capitalização sujeita, na forma definida pelo órgão regulador de seguros, a pessoa natural ou jurídica responsável às seguintes penalidades administrativas, aplicadas pelo órgão fiscalizador de seguros: (...)

Já a Res. nº 331/15, para além de revogar em parte a Res. nº 293/13, instituiu o denominado rito sumário, com um rol taxativo de condutas tratadas como de natureza objetiva e sanções voltadas exclusivamente contra pessoas jurídicas. Veja-se: “Art. 1.º Observar-se-á o rito sumário em processos administrativos sancionadores instaurados exclusivamente em face de pessoas jurídicas para as condutas de natureza objetiva tipificadas como infrações, definidas no Anexo I a esta Resolução”.

⁷² O terceiro marco regulatório em apenas 4 (quatro) anos. Também foi editada a Instrução SUSEP nº 76/2015, que revogou a Instrução SUSEP nº 69/2013 e dispôs “(...) sobre orientações pertinentes a instauração e procedimentos operacionais a serem adotados em relação a processo administrativo sancionador”.

A referida norma não teceu qualquer comentário a respeito do que denominou de “condutas de natureza objetiva”, mas o certo é que relacionou tais infrações, taxativamente listadas em anexo integrante da norma, a pessoas jurídicas. Ao que parece, embora tenha especificado contra os ilícitos que arrolou o cabimento apenas da imposição, a título de repressão, de multa administrativa⁷³, portanto, e como se viu alhures, uma sanção administrativa de natureza aflagrante, a norma deu tratamento semelhante a uma medida de ultraje reparatório, argumentando com base em conceito de responsabilização objetiva evidentemente retirada do direito civil.⁷⁴

E alterou a Res. nº 243/11, na parte que interessa ao presente artigo, para dar nova redação ao parágrafo quinto do artigo 2º e excluir o §1º-A do artigo 4º (que havia sido inserido pela Res. nº 293/13). Veja-se as alterações:

Art. 2º A prática das infrações previstas nesta Resolução sujeitará a pessoa natural ou jurídica responsável às seguintes sanções administrativas:

.....
 § 5.º Para efeito do disposto neste artigo, a Susep poderá considerar como agente responsável pela suposta infração, no caso de pessoa natural, na medida de sua culpabilidade, o titular de cargo ou função de presidente, diretor, administrador, conselheiro de administração ou fiscal, contador, atuário, analista, gestor de ativos, auditor, gerente ou assemelhado, corretor responsável, bem como qualquer outro que, comprovadamente, concorra para a prática da infração, ou deixe de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

.....
 Art. 4º *Omissis*

.....
 § 1º A (Parágrafo revogado pela Resolução CNSP nº 331/2015).

Bem relevante a alteração promovida no parágrafo 5º do artigo 2º da Res. nº 243/11, convindo comparar a redação antes e depois para notabilizar as alterações, na verdade inserções realizadas. Vejamos:

⁷³ O parágrafo 4º do artigo 1º da Res. nº 331/15 restringiu à apenas a aplicação da sanção administrativa de multa o cometimento das infrações arroladas no seu anexo, em que pese o DL nº 73/66 (BRASIL, 1966) prever no artigo 108 outras modalidades de sanção. Veja-se: “(...) § 4.º No rito sumário, a única sanção passível de aplicação é a de multa, não sendo admitida a substituição desta por recomendação”.

⁷⁴ O que não parece ser adequado, com base no que se viu a respeito das teorias de responsabilização dos ilícitos e sanções administrativas, em particular da de multa. Até mesmo porque a própria norma se referiu aos critérios e requisitos da Res. 243/11 no que toca à instauração de PAS, de modo que, a rigor, não seria possível instaurar esse tipo de processo administrativo sem que fosse observado, muito diferente de uma responsabilidade objetiva, aspectos derivados diretamente da culpabilidade do agente, mesmo em se tratando de pessoas jurídicas. Veja-se o parágrafo único do artigo 2º da Res. nº 331/15: “(...) Parágrafo único. Aplicam-se as definições, os procedimentos e os requisitos definidos na Resolução CNSP nº 243, de 2011, para a instauração do processo administrativo sancionador pelo rito sumário previsto nos incisos I, II e III do caput”.

Redação anterior do parágrafo 5º do artigo 2º da Res. 243/11	Redação atual do parágrafo 5º do artigo 2º da Res. 243/11, a partir da Res. 331/15
§ 5º Para efeito do disposto neste artigo, a SUSEP poderá considerar como responsável o titular de cargo ou função de presidente, diretor, administrador, conselheiro de administração ou fiscal, contador, atuário, analista, gerente ou assemelhado, corretor responsável, bem como qualquer outro que detenha ciência e poder de decisão em relação à infração verificada.	§ 5.º Para efeito do disposto neste artigo, a Susep poderá considerar como agente responsável pela suposta infração, no caso de pessoa natural, na medida de sua culpabilidade, o titular de cargo ou função de presidente, diretor, administrador, conselheiro de administração ou fiscal, contador, atuário, analista, gestor de ativos, auditor, gerente ou assemelhado, corretor responsável, bem como qualquer outro que, comprovadamente, concorra para a prática da infração, ou deixe de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Fonte: BRASIL, 2011; BRASIL, 2015a.

Do que se verifica, incluiu-se as expressões “na medida de sua culpabilidade” e “concorra para a prática da infração, ou deixe de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”. Ambas refletem a natureza punitiva da medida, e não reparatória, registrando a indispensabilidade da análise subjetiva do comportamento do agente (dolo e culpa) e a verificação, em caso de omissão, de uma fundada evitabilidade do fato a ele atribuído. Tais alterações, é de se dizer mais uma vez, mostraram-se fundamentais para a boa parametrização do regime repressivo no MSP.

Este é o arquétipo normativo do regime repressivo no MSP, que tem como base legal o DL nº 73/66 (BRASIL, 1966) e regulamentar a Res. nº 243/11 (BRASIL, 2011). Embora se trate de um arcabouço aparentemente bem estruturado, persiste ainda uma intrincada tautologia a respeito da responsabilidade administrativa da pessoa física, na imposição da penalidade administrativa de multa. O que se passará a demonstrar.

3.3 Divergência entre a SUSEP e o CRSNSP quanto à responsabilização administrativa do infrator pessoa física, no Mercado de Seguros Privados

O tema do presente estudo é a análise da imposição da sanção administrativa de multa sobre o infrator pessoa física no MSP, portanto, analisa-se a sua responsabilização como sujeito ativo de eventual ilícito administrativo. Relembre-se que o ilícito é o pressuposto da sanção e que apenas as reprimendas administrativas que têm natureza ressarcitória, e não retributiva como as multas, podem ser transmitidas a terceiros, ao invés da pessoa do infrator.

O fato é que, a despeito disto, a SUSEP vem impondo sanções administrativas de multa a pessoas físicas diversas do sujeito ativo do ilícito administrativo, em tese, praticado. Para tanto, a autarquia utiliza conceitos de responsabilização retirados do direito civil, que não consideram, sobretudo, o princípio da culpabilidade inerente à responsabilidade administrativa preconizada no direito administrativo sancionador.

Este cenário se agrava, registre-se, (i) quando se verifica que o processo administrativo sancionador no MSP se desenvolve sem uma necessária atenção ao consagrado, pelo princípio do devido processo legal, direito à prova do administrado. A despeito de previsão normativa neste sentido, muito pouco ou quase nada se consegue instruir, para fins de prova, no processo administrativo sancionador afim; e, máxime, (ii) pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas abertas contidas na Res. nº 243/11, para a extração de interpretações que desafiam os princípios da legalidade e tipicidade.⁷⁵

Coube à Procuradoria Federal da SUSEP a edição de orientações quanto aos critérios de responsabilização administrativa da pessoa física a serem aplicados nos processos administrativos sancionadores afins. Em especial, destaca-se a NOTA/PF-SUSEP/SCADM/

⁷⁵ Como se disse alhures, é possível, em razão da intensidade do vínculo mantido, admitir a previsão em lei e a descrição em norma infralegal da infração e sanção, sem que isto implique em lesão aos princípios da legalidade e tipicidade. Mas o uso desmedido de expressões sem elevado grau de clareza, em tese, não se mostra adequado a este propósito. Neste sentido, veja-se as seguintes expressões contidas na Res. nº 243/11 (BRASIL, 2011):

(...) considerando a gravidade da infração...a seu juízo... seja suficiente... ciência e poder de decisão ... a juízo da SUSEP de menor gravidade... objetivos de repressão... infrações graves... considerando a gravidade da infração e seus efeitos... capacidade econômica do infrator... necessário e suficiente... para a sua culpabilidade... atender a recomendação da SUSEP... não zelar pela qualidade... em desacordo com a legislação... elementos conclusivos... se possível... (*passim*)

nº 348/2014, cuja transcrição, em parte, é salutar, sopesada a sua relevância para o tema encetado neste trabalho. Veja-se:

8. Inicialmente, é de se registrar que se encontra em perfeita consonância com os princípios e postulados do *ius puniendi* da Administração, a utilização da Circular SUSEP nº 234/2003, que regulamenta a atribuição de Funções Específicas aos Diretores das Sociedades Seguradoras, das Sociedades de Capitalização e das Entidades de Previdência Complementar Aberta, com vistas a imputar a responsabilidade administrativa ao diretor responsável pela área onde se deu o cometimento da infração, pois a ele poderia ser atribuídas, em tese, as culpas *in elegendo* e/ou *in vigilando*, posto que derivadas, respectivamente, da má escolha do representante/preposto e da ausência de fiscalização, seja com relação aos subordinados, seja no tocante à própria coisa.

A Nota da Procuradoria, no caso sobre o qual trata, menciona a Circular SUSEP nº 234/2003 (“Circ. nº 234/03”). Sobre esta norma ou abordagem, antes de prosseguir, convém tecer alguns apontamentos.

Ela foi publicada no dia 04 de setembro de 2003, portanto, bem antes da inauguração no regime repressivo no MSP da responsabilização pessoal da pessoa física, possibilidade instituída, como se viu, a partir da alteração conferida pela LC nº 126/07 ao DL nº 73/66. Referida norma tratou sobre a “Atribuição de Funções Específicas aos Diretores das Sociedades Seguradoras, das Sociedades de Capitalização e das Entidades de Previdência Complementar Aberta”, dispondo da seguinte maneira:

Art.1º As sociedades seguradoras, as sociedades de capitalização e as entidades de previdência complementar aberta devem atribuir responsabilidade, por área de sua atividade, conforme descrito nos incisos I, II, III e IV abaixo, que poderá ser exercida cumulativamente com outras atribuições executivas:

I – Ao diretor designado como responsável pelas relações com a SUSEP, caberá responder pelo relacionamento com a Autarquia, prestando, isoladamente ou em conjunto com outros diretores, as informações por ela requeridas;

II – Ao diretor designado como responsável técnico, caberá a supervisão das atividades técnicas, englobando a elaboração de produtos, respectivos regulamentos, condições gerais e notas técnicas, bem como os cálculos que permitam a adequada constituição das provisões, reservas e fundos;

III – Ao diretor designado como responsável administrativo-financeiro, caberá a supervisão das atividades administrativas e econômico-financeiras, englobando o cumprimento de toda a legislação societária e aquela aplicável à consecução dos respectivos objetivos sociais; e

IV – Ao diretor designado como responsável pelo cumprimento do disposto na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, caberá zelar pela sua observância e da respectiva regulamentação complementar.

A responsabilidade disposta na Circ. nº 234/03 não estava relacionada com a aplicação de penalidades, a toda evidência. Tratou-se de uma de norma de gerenciamento executivo perante a autarquia, no qual se reivindicou a indicação de diretores responsáveis por algumas áreas afins da empresa, reconhecidas pela SUSEP como relevantes. Pode-se dizer que a Circ. nº 234/03 estabeleceu uma exigência relacionada com uma espécie de pontos-focais, a serem acionados de maneira otimizada pela autarquia quando o caso. Nada mais do que isto. Expandiu critérios de governança que deveriam ser observados pela empresa, no que diz respeito ao relacionamento mantido com o órgão regulador, anotando a possibilidade de “ser exercida cumulativamente com outras atribuições executivas”.

Por outro lado, tal norma não deixou de mencionar a possibilidade de aplicação de sanções administrativas, mas neste ponto registrou que isto ocorreria em relação aos referidos diretores apenas “quando couber”, o que nos parece uma clara indicação de que, para tanto, deveria ser observada a possibilidade de responsabilizá-los, aqui de maneira justificada, a saber, subjetiva e não objetivamente apenas em razão do cargo ocupado. Veja-se o artigo 3º da citada norma:

Art.3º As sanções administrativas estabelecidas na regulamentação em vigor serão aplicadas, quando couber, ao titular de cargo de diretor, administrador, conselheiro de administração, fiscal ou assemelhado, direta ou indiretamente responsável pela prática de qualquer infração prevista na regulamentação.

Verifica-se, portanto, que a Procuradoria da SUSEP vem exortando, o que tem se espalhado no processo administrativo sancionador de uma maneira geral, a utilização das teorias civilistas da culpa *in eligendo* e *in vigilando* para responsabilizar infratores pessoas físicas no MSP, com a imposição da sanção administrativa de multa. Isto se mostra, por tudo o que se viu até agora neste estudo, juridicamente inadequado.

Tais premissas exortadas pela Procuradoria da SUSEP, aliadas à incompreensão do tema de responsabilização do infrator e aplicação de sanção administrativa pelas áreas técnicas afins da autarquia, fazem com que as proposições de penalidade administrativa de multa no MSP sejam levadas a efeito exclusivamente sobre as pessoas físicas ocupantes dos cargos de direção nas sociedades supervisionadas, o que, insiste-se, é juridicamente equivocado a partir das teorias e princípios estudados anteriormente neste estudo monográfico.

Ocorre que contra esta orientação, e com isto demonstrando o direcionamento equivocado das decisões da SUSEP, é preciso sublinhar que atualmente se acumulam decisões do CRSNSP. Esta é a posição até agora unânime do Conselho de Recursos, que vem criticando reiteradamente a forma como a autarquia está apurando e desfechando a responsabilidade das pessoas físicas no regime repressivo no MSP. Por exemplo, cita-se as seguintes decisões a respeito do tema, que servem de anteparo para a constatação da alegada divergência entre a SUSEP e o CRSNSP:⁷⁶

✓ 224ª Sessão de Julgamento (18/02/16) – Parte do Voto do Conselheiro Relator;

‘Reputo que a imputação de responsabilidade ao ora recorrente, calcada exclusivamente na presença de seu nome em base cadastral da SUSEP, indicando-o como responsável pela área contábil, constitui equívoco grave a exigir a reforma da decisão condenatória.

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio adota, como regra geral, a culpabilidade como requisito de responsabilidade, admitindo a responsabilidade objetiva em caráter excepcional. Não é por outra razão que a imputação da responsabilidade objetiva requer previsão expressa em lei (artigo 927 do Código Civil). Dessa forma, a conduta tida por infrigente deve decorrer de ação ou omissão antecedente. Esta última, por seu turno, apenas poderá subsidiar a imputação de responsabilidade quando o agente, além de ter conhecimento a respeito da prática dotada por seus colegas ou subordinados, tinha poderes de agir para evitar o resultado. Por essas razões, não se pode admitir a imputação de responsabilidade a qualquer pessoa exclusivamente em razão de cargo ocupado na companhia, sem que se demonstre ação ou omissão que tenha contribuído para a irregularidade.

No entanto, a SUSEP não se desincumbiu dessas obrigações, não tendo produzido qualquer elemento que indique o comportamento do Diretor à época em que as irregularidades foram cometidas. Nos documentos contábeis da empresa juntados aos presentes autos, não consta qualquer assinatura do recorrente, nem indicativo de que lhe tenham sido submetidos ou por ele aprovados. Não se sabe nem mesmo se a aprovação era de sua exclusiva responsabilidade, ou se competia a órgão colegiado, e ocorreu à sua revelia, ou com sua objeção. Vale dizer, a conduta individual do recorrente, no episódio das irregularidades cometidas pela companhia, não foi objeto de descrição ou verificação mínima pela SUSEP. Disso resulta que, ao impor-lhe responsabilidade porque ocupava o cargo de Diretor responsável pela contabilidade no período em que irregularidades foram cometidas, a Autarquia incorre em uma modalidade de responsabilidade objetiva em razão do cargo, o que não pode ser tolerado.

O CRSNSP tem examinado com frequência os processos sancionadores instaurados pela SUSEP contra diretores, administradores e conselheiros de entidades supervisionadas. Nessas oportunidades, tenho reiterado meu posicionamento no sentido da importância da responsabilização dos dirigentes, pessoas físicas, para a política de *enforcement*, porque considero que a atuação responsável e diligente dos

⁷⁶ As decisões da SUSEP foram adotadas em PAS cujo acesso é permitido apenas às partes da lide administrativa. Assim, para a sua demonstração, aliás, para a constatação do direcionamento orientado pela autarquia e, portanto, para o estabelecimento do antagonismo anunciado neste estudo, utiliza-se o contraste com as decisões de reforma do Conselho de Recursos que informam as reformas das decisões do órgão regulador sobre o tema. Tais decisões, diferente do que ocorre na autarquia, tem acesso irrestrito ao público por meio do sítio de Internet do Ministério da Fazenda, no endereço <http://fazenda.gov.br/orgaos/collegiados/crsnsp>.

administradores é determinante para a higidez do mercado regulado, e que a comprovada desídia ou imperícia traduz comportamento grave que deve ser sancionado. No entanto, para que se atinja tal desiderato, é necessário que a instrução processual evidencie a responsabilidade subjetiva do acusado. O Conselho, ao apreciar tais recursos, tem apontado o descuido recorrente com a individualização das condutas, com a descrição dos atos praticados ou das omissões observadas, o laconismo das representações, a superficialidade das análises, a ausência completa de instrução probatória. Assim, a jurisprudência do Conselho vem se consolidando no sentido de cassar as decisões condenatórias, determinando o arquivamento do processo'.⁷⁷

✓ 226ª Sessão de Julgamento (31/03/2016) – Parte do Voto do Conselheiro Relator;

‘O presente processo tem por objeto a apuração de responsabilidade pessoal e subjetiva do Diretor de relações com a SUSEP pela intempestividade na entrega do FIP.

A possibilidade de responsabilização dos diretores da companhia é matéria complexa e exige cautela. A meu ver, a responsabilização de pessoas físicas sempre pressuporá a identificação do elemento subjetivo, isto é, verificação de ação com dolo ou culpa, ou ainda de omissão que tenha concorrido para o cometimento da infração.

O parecer técnico de fis. 72/76 dos autos reconhece expressamente que a Representação não contém os elementos que evidenciariam a ação deliberada do acusado no intuito de afrontar a legislação, admitindo, no entanto, que o cargo de Diretor de Relações com a SUSEP - atestado pelo documento de fis. 6/7 - pressuporia atuação diligente para obstar a ocorrência de fatos como o que se examina nesse processo— atraso na entrega do FIP. A mera ocorrência do atraso, segundo o parecer, indicaria urna *omissão injustificada*, evidenciando que não foram tomadas as cautelas que poderia e deveria ter tomado, *‘especialmente em termos de controle inferno’*. A defesa não teria logrado demonstrar que, no caso, *estaria totalmente fora do alcance do Representado evitar a envio extemporâneo do Formulário de Informações Periódicas a SUSEP (FIP, situação que colocaria a salvo da reprimenda aqui proposta*.

A Representação que inaugura o presente processo administrativo,efetivamente, não articula, minimamente, um juízo inicial de cognição dos fatos, de autoridade de materialidade. A Autarquia também não logrou, ao longo do processo administrativo,trazer aos autos os elementos, os fatos, o comportamento, as circunstâncias, ou seja, as condutas (comissivas ou omissivas) que sugeririam ter o recorrente deixado de exercer as atribuições inerentes ao cargo. A responsabilização se sustentaria sobre urna ampla inferência de que, na qualidade de Diretor de Relações com a SUSEP, deveria atuar para evitar irregularidades atinentes a entrega do FIP, c que a simples ocorrência destas indicaria a omissão - ou falta de diligência - no cumprimento de seu dever.

.....
É oportuno registrar que a impossibilidade de responsabilização objetiva das pessoas físicas foi objeto de regramento próprio do CNSP, que promoveu alterações específicas na Resolução nº 243/2011 com o claro intuito de determinar que houvesse perquirição do elemento subjetivo, isto é, de atuação com dolo ou culpa, nos casos em que fosse apurada a responsabilidade de dirigentes e administradores.

As alterações na redação original da Resolução CNSP nº 243/2011 foram promovidas, inicialmente, pela edição da Resolução CNSP nº 293, de 23 de setembro de 2013, tendo havido nova alteração a partir da edição da Resolução CNSP nº 331, de 15 de dezembro de 2015. A previsão da responsabilidade subjetiva foi objeto específico das alterações promovidas na redação do §5º do artigo 2º, destacadas no quadro a seguir:

⁷⁷BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização. **224ª Sessão de Julgamento**. Recurso nº 6253. Processo nº 15414.200141/2007-11. Conselheiro Relator Dra. Ana Maria Melo Netto Oliveira. Julgado em 18 fev. 2016. Rio de Janeiro: CRNSP, 2016.

.....
 Corno se vê, a Resolução CNSP nº 243/2001, com a redação dada pela Resolução CNSP nº 331/2015, consagra a responsabilidade subjetiva das pessoas naturais, determinando, ainda, a necessidade de dilação probatória que comprove ação ou omissão, dispondo que tais pessoas responderão pelas infrações *na medida de sua culpabilidade, quando, comprovadamente, concorram para a prática c/a infração, ou deixe de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la*.

Ao longo da instrução processual, todavia, a SUSEP, não se desincumbiu da obrigação de apurar a conduta individual e responsabilidade subjetiva do acusado, não tendo produzido qualquer elemento que indique o comportamento do Diretor a época em que as irregularidades foram cometidas. Disso resulta que, ao imputar-lhe responsabilidade porque ocupava o cargo de Diretor de Relações com a SUSEP no período em que irregularidades foram cometidas, a Autarquia incorre em uma modalidade de responsabilidade objetiva em razão do cargo, o que não pode ser tolerado.

O CRSNSP tem examinado com frequência os processos sancionadores instaurados pela SUSEP contra pessoas físicas. É recorrente o descuido da Autarquia com a individualização das condutas, com a descrição dos atos praticados, ou das omissões observadas, o laconismo das representações, a superficialidade das análises, a ausência completa de instrução probatória. Assim, a jurisprudência do Conselho vem se consolidando no sentido de cassar as decisões condenatórias, determinando o arquivamento do processo”.⁷⁸

✓ 227ª Sessão de Julgamento (14/04/2016) – Parte do Voto do Conselheiro Relator;

‘A possibilidade de responsabilização dos diretores de companhias é matéria complexa e exige cautela. A meu ver, a responsabilização de pessoas físicas sempre pressuporá a identificação do elemento subjetivo, isto é, verificação de ação com dolo ou culpa, ou ainda de omissão que tenha concorrido para o cometimento da infração.

A Representação que inaugura o presente processo administrativo e a farta documentação que lhe dão suporte, efetivamente, não articulam, minimamente, um juízo inicial de cognição dos fatos, de autoria e de materialidade. A Autarquia também não logrou, ao longo do processo administrativo, trazer aos autos os elementos, os fatos, o comportamento, as circunstâncias, ou seja, as condutas (comissivas ou omissivas) que sugeririam ter o recorrente praticado as condutas irregulares ou deixado de exercer as atribuições inerentes ao cargo, incorrendo *em responsabilidade direta ou indireta pela infração*, para utilizar a terminologia empregada pela Resolução CNSP nº 60/2001. A responsabilização se sustentaria sobre uma ampla inferência de que, na qualidade de responsável pela contabilidade, deveria atuar para evitar irregularidades, e que a simples ocorrência destas indicaria a omissão - ou falta de diligência - no cumprimento de seu dever.

Reputo que a imputação de responsabilidade ao ora recorrente, calcada exclusivamente na função exercida na companhia, de responsável pela área contábil, constitui equívoco grave a exigir a reforma da decisão condenatória.

.....
 Como se vê, a Resolução CNSP nº 243/2001, com a redação dada pela Resolução CNSP nº 331/2015, consagra a responsabilidade subjetiva das pessoas naturais, determinando, ainda, a necessidade de dilação probatória que comprove ação ou omissão, dispondo que tais pessoas responderão pelas infrações *na medida de sua culpabilidade, quando, comprovadamente, concorram para a prática da infração, ou deixe de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la*.

⁷⁸ BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização. **226ª Sessão de Julgamento**. Recurso nº 6810. Processo nº 15414.003968/2012-45. Conselheiro Relator Dra. Ana Maria Melo Netto Oliveira. Julgado em 31 mar. 2016. Rio de Janeiro: CRNSP, 2016.

Vale dizer: a conduta individual do recorrente, no episódio das irregularidades cometidas pela companhia, não foi objeto de descrição ou verificação mínima pela SUSEP. Disso resulta que, ao imputar-lhe responsabilidade porque ocupava o cargo de Diretor responsável pela contabilidade no período em que irregularidades foram cometidas, a Autarquia incorre em uma modalidade de responsabilidade objetiva em razão do cargo, o que não pode ser tolerado.⁷⁹

✓ 228ª Sessão de Julgamento (05/05/2016) – Parte do Voto do Conselheiro Relator;

‘Portanto, uma vez que o Sr. (...) não era o diretor responsável pelo setor Atuarial da Companhia, área encarregada para a adequação das Condições Gerais e Nota Técnica de Produtos, não há que se falar na aplicação da penalidade de Recomendação.

Ademais, cumpre salientar que não houve no processo administrativo atuação da Autarquia para verificar e, em existindo apurar a culpa grave ou o dolo do diretor para que lhe fosse imputado a pena sancionada. A não fazer isso caracteriza-se uma responsabilidade objetiva penal administrativa unicamente pelo nome do cargo, que não encontra guarida nas regras, já que na seara cível é exigido o nexo de causalidade entre a atuação havida ou esperada, e o fato ocorrido. Convenha-se que a não adequação das Condições Gerais e NTA é algo que não encontra responsabilização lógica com a atuação do Diretor.

Importante ressaltar que com a entrada em vigor da Resolução CNSP nº243/2011 e a Resolução CNSP nº 293/13, tornando expresso o que já era implícito em interpretação lógico-sistemática, ou seja, há que se comprovar (e não subsumir) a ciência e decisão do diretor na infração verificada, se não for possível identificar falta com dolo ou atribuir culpa grave ao diretor, considera-se o agente responsável à sociedade supervisionada.

Assim, uma vez que não restou caracterizado ou atribuído eventual dolo ou culpa ao diretor representado, deve ser julgada insubsistente a Representação”.⁸⁰

✓ 228ª Sessão de Julgamento (05/05/2016) – Parte do Voto do Conselheiro Relator;

‘Muito embora a materialidade da infração esteja configurada, cumpre salientar que não houve no processo administrativo a atuação da Autarquia para verificar e, em existindo apurar a culpa grave ou o dolo do Diretor para que lhe fosse imputado a pena sancionada. Ao não fazer isso caracteriza-se uma responsabilidade objetiva penal administrativa unicamente pelo nome do cargo, que não encontra guarida nas regras, já que até na seara cível é exigido o nexo de causalidade entre a atuação havida ou esperada, e o fato ocorrido.

Frisa-se que a aplicação de sanção de advertência ao Diretor, sem que lhe atribua uma conduta dolosa ou culposa sequer, além de configurar perseguição punitiva sem justa causa, é contra *legis* na medida em que importa em responsabilização objetiva por suposta infração

.....
Assim sendo, uma vez que a Representação instaurada relacionou conduta irregular, sem, no entanto, demonstrar a análise da autoria, a sua materialidade e os elementos

⁷⁹ BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização. **227ª Sessão de Julgamento**. Recurso nº 6973. Processo nº 15414.200344/2011-93. Conselheiro Relator Dra. Ana Maria Melo Netto Oliveira. Julgado em 14 abr. 2016. Rio de Janeiro: CRNSP, 2016.

⁸⁰ BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização. **228ª Sessão de Julgamento**. Recurso nº 6834. Processo nº 15414.003976/2012-91. Conselheiro Relator Dr. Washington Luis Bezerra da Silva. Julgado em 05 maio 2016. Rio de Janeiro: CRNSP, 2016.

materiais de prova da infração cometida pelo Diretor (...), entendo que deve ser julgado insubsistente a presente Representação'.⁸¹

✓ 233ª Sessão de Julgamento (29/08/2016) – Parte do Voto do Conselheiro Relator;

‘A aplicação da advertência ao Diretor, sem que se lhe atribua uma conduta dolosa ou culposa sequer, além de configurar persecução punitiva sem justa causa, é inconstitucional na medida em que importa em responsabilização objetiva por suposta infração. O exercício do poder punitivo estatal está expressamente condicionado à existência de um ato doloso ou culposos, devidamente individualizado.

A representação relacionou, inicialmente, quarenta e uma infrações, sem, no entanto, demonstrar a responsabilidade do Recorrente pelas referidas violações à norma.

Não tenho dúvida que a entidade cometeu as infrações, mas não encontro nos autos elementos para a punição do Recorrente, sendo a condenação apenas pela sua condição de Diretor Responsável Técnico.

A Autarquia não logrou, no processo sancionador, trazer aos autos os elementos, os fatos, o comportamento, as circunstâncias, ou seja, as condutas que sugeririam ter o Recorrente deixado de exercer as atribuições inerentes ao cargo. A responsabilização se sustentaria sobre a ampla inferência de que o Recorrente era o Diretor Responsável Técnico da Sociedade.

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio adota, como regra geral, a culpabilidade como requisito da responsabilidade, admitindo a responsabilidade objetiva em caráter excepcional. Não é por outra razão que a imputação da responsabilidade objetiva requer previsão expressa em lei (artigo 927 do Código Civil). Dessa forma, a conduta tida por infringente deve decorrer de ação ou omissão antecedente. Esta última, por seu turno, apenas poderá subsidiar a imputação de responsabilidade quando o agente, além de ter conhecimento a respeito da prática adotada por seus colegas ou subordinados, tinha poderes de agir para evitar o resultado.

Por essas razões, não se pode admitir a imputação de responsabilidade a qualquer pessoa exclusivamente em razão do cargo ocupado na companhia, sem que se demonstre ação ou omissão que tenha contribuído para a irregularidade.

Ante todo o exposto, inexistindo, nos autos, qualquer elemento que descreva a conduta que acarreta a responsabilidade individual e subjetiva do recorrente, entendo que deve ser reformada a decisão de 1ª instância, com a absolvição do acusado, pelo que ficou provimento integral ao recurso'.⁸²

Este é o entendimento que vem sendo mantido pelo Conselho de Recursos em todas as suas decisões sobre o tema em enquete. A responsabilidade objetiva não é aceita, sendo sublinhada a necessidade de que se apure subjetivamente a conduta do agente pessoa física. Ou se identificando eventual conduta comissiva, ou se descrevendo eventual omissão, no que diz respeito à eventual possibilidade de se evitar o fato punível. Outro ponto que é reiterado, e que está em consonância com esta orientação, é a instrução probatória deficitária

⁸¹ BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização. **228ª Sessão de Julgamento**. Recurso nº 6999. Processo nº 15414.003734/2011-17. Conselheiro Relator Dr. Washington Luis Bezerra da Silva. Julgado em 05 maio 2016. Rio de Janeiro: CRNSP, 2016.

⁸² BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização. **233ª Sessão de Julgamento**. Recurso nº 7148. Processo nº 15414.200410/2011-25. Conselheiro Relator Dr. Marcelo Augusto Camacho Rocha. Julgado em 29 ago. 2016. Rio de Janeiro: CRNSP, 2016.

realizada pela autarquia nos procedimentos sancionatórios. A falta de demonstração da comprovação da conduta é um aspecto relevante e que vem sendo, da mesma maneira, criticado pelo CRSNSP.⁸³

Pois então, como se vê, o entendimento da SUSEP quanto à responsabilização administrativa do agente pessoa física é amplamente contrariado pela posição a respeito do tema adotado pelo CRSNSP. E é este contraste que serve para fundamentar a conveniência do presente estudo monográfico na busca por uma dogmática que seja capaz de conformar juridicamente de maneira mais adequada a imposição da sanção administrativa de multa sobre o infrator pessoa física no MSP, com base nas teorias e princípios antes expendidos.

⁸³ Observa-se que o Conselho de Recursos, muito embora divirja do entendimento da SUSEP e exorte a culpabilidade, termina subsumindo a hipótese de punição do agente responsável por meio do processo administrativo sancionador também à orientações do direito civil, o que não parece, a par de tudo o que se explanou, adequado. O presente estudo também poderá servir, pois então, para embasar de maneira juridicamente mais consistente a exortação da constatada responsabilidade subjetiva pelo CRSNSP.

4 CONCLUSÃO: CONDICIONANTES PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE MULTA SOBRE O INFRATOR PESSOA FÍSICA NO MERCADO DE SEGUROS PRIVADOS

No decorrer do presente estudo foram analisadas a teoria da sanção administrativa, bem como o processo administrativo sancionador, como anteparos teóricos para as considerações que, nesta conclusão, pretende-se fazer.

O objetivo destas demarcações foi, sobretudo, destacar as principais características do ilícito administrativo, da sanção administrativa, em especial da penalidade administrativa de multa, além de notabilizar alguns princípios informadores do direito administrativo sancionador, a saber: o devido processo legal, a legalidade, a tipicidade, abordando-se também o regime de sujeição especial que se entende existir no MSP, e a culpabilidade, princípios estes fundamentais para o afinamento da proposição derradeira deste estudo.

Em particular destaque, sobrou constatado que a sanção administrativa de multa tem natureza retributiva, de maneira que não se mostra adequado que, para a sua imposição, o sujeito ativo se vala de teorias de responsabilização do direito civil, tais como a *culpa in vigilando* ou *in eligendo*. É fundamental, sem com isto se exortar alguma unicidade com o direito penal, que o regime repressivo do MSP se utilize de predicados constitucionais voltados para a contenção, como resposta do Estado Democrático, do exercício punitivo do Estado.

O entendimento e decisões que vêm sendo adotados pela SUSEP, em princípio, não seguem esta orientação, motivando alguma reanálise sob a perspectiva do presente estudo, notadamente sobre a ausência de caráter ressarcitório das multas administrativas, cujo propósito é o de castigar ou desestimular o infrator, portanto, cuja aplicação deve guardar inerente relação com a sua culpabilidade e demais aspectos subjetivos de sua responsabilização, inclusive a contextualizada verificação do cumprimento do dever de diligência do administrador. Aqui vale o destaque para o comando do inciso XLV do artigo 5º, que consolida este entendimento quando expressamente permite a transferência da obrigação de reparar o dano, mas não, de modo algum, o repasse da pena à pessoa diferente do condenado:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido

Vale dizer, outrossim, que o presente estudo não tem como objetivo apresentar alguma crítica, mas sim parâmetros – a partir da revisita que se fez as teorias do ilícito e da sanção administrativa, bem como de determinados princípios informadores do direito administrativo sancionador – para a adequada punição de pessoas físicas no MSP, exortando a imposição da penalidade de multa com base em sua destacada culpabilidade.

Acredita-se que a partir disto, sobretudo, será possível mitigar efeitos deletérios que podem advir de uma aplicação não adequada da responsabilização destes agentes, tais como, e exemplificativamente, certa querela nas relações mantidas entre eles e as empresas com quem mantêm vínculos, seja estatutário ou empregatício, em razão de uma alegada irregularidade cometida; como também um alijamento de tais profissionais do MSP face à inerente reprovabilidade da sua conduta que decorrerá de decisões que os admoestem pessoalmente, impondo-lhes sanções, e os tornando transgressores sem que seja observada a sua efetiva responsabilidade pelo fato punível.⁸⁴

⁸⁴ Outro ponto que merece destaque é o impacto de uma condenação administrativa por órgão regulador em pessoa física. Neste sentido, veja-se Amendolara (2008, 29), quando comenta a respeito do aspecto coercitivo da imagem e econômico do condenado, alertando para o recrudescimento do regime repressivo administrativo e para o risco até mesmo de prejuízo irreparável à imagem do acusado. Retira-se disto, apenas como uma ponderação quanto a efeito inevitável e relevante do processo de apenamento administrativo, a necessidade de que se tenha redobrada cautela no exercício punitivo afim. Veja-se:

4. Punibilidade no processo administrativo sancionador no âmbito do mercado de capitais (o poder de punir da CVM/art.11 da Lei nº 6.385/1976)

4.1. A finalidade de aplicação da pena

A finalidade da aplicação da pena, tanto aos criminosos comuns como a certas pessoas físicas e jurídicas que atuam no mercado de capitais, tem sido, ao longo dos tempos, motivo de enorme controvérsia. Para uns, visa a castigar o infrator e ao mesmo tempo intimidá-lo para que não reincida no ilícito. Outros entendem-na como uma forma de corrigir ou readaptar o indivíduo. Não cabe aqui aprofundar essa discussão. De qualquer forma, no âmbito do mercado de capitais existem na pena três aspectos coercitivos inegáveis: o físico (no caso das penas privativas de liberdade, agora previstas nos arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei nº 6.385/1976), o da imagem e o econômico.

Deixando de lado o primeiro, examinaremos os demais.

A censura, para ser imposta, demanda, para além de uma efetiva comprovação da materialidade da infração, também a contextualização da antijuridicidade da conduta, da culpabilidade do agente. Caso o agente tenha praticado alguma conduta, no que se estará diante de uma atuação comissiva, mostra-se imprescindível que a sua punição seja feita a partir de uma constatada culpabilidade (dolo ou culpa). Ou, sendo omissiva, deve-se levar em conta a potencial evitabilidade do fato punível (omissão relevante). Inclusive se observando os padrões de comportamento orientados pela Lei das S.A., em especial no dever de diligência do administrador. Sem isto, máxime, admite-se até mesmo um risco de comportamentos resistentes ao exercício de cargos de liderança, posto que será compreensível a recusa do cargo ou posição afim se a toda e qualquer irregularidade constatada na sua área pesar sobre o profissional gestor ou exercente do cargo uma responsabilidade despreocupada com a sua efetiva participação no fato.

A responsabilização da pessoa física não é colocada em xeque no presente estudo, jamais, apenas se o fazendo ponderações que objetivam pôr em evidência a sua efetiva responsabilidade, com isto buscando se notabilizar que não é possível responsabilizá-la com base em teorias que não discutam ou analisem a sua culpa, por exemplo, retiradas do direito civil. Trata-se, a toda evidência, de processo administrativo sancionador de natureza repressiva, por meio do qual se impõe sanção, portanto, no qual se deve ter em conta critérios informadores para a constatação da responsabilidade daquele a quem se atribui a prática da infração.

Também merece destaque o fato de que o alto índice de reforma das decisões da SUSEP pelo CRSNSP já foi objeto de análise do TCU, quando aquele Tribunal creditou tal constatação a eventuais equívocos de interpretação do Conselho que, em última análise, estariam gerando a diminuição da arrecadação do valor das multas aplicadas. Portanto, considerando que um elevado número de decisões da SUSEP sobre o presente tema, como se viu neste estudo, vem sendo reformado pelo Conselho de Recursos, certamente se terá, como

A imagem de quem atua no mercado de capitais é, talvez, o seu bem mais precioso. Por imagem entendemos aquela que se forma junto aos investidores como: honestidade, honradez, seriedade, capacidade e eficiência.

Se o simples indiciamento já pode abalá-la em alguns casos, a condenação, dependendo de seu grau, pode destruí-la.

Por isso é grande a responsabilidade do órgão regulador na prática da justiça administrativa.

Quanto à coerção, econômica, ela pode ser de duas ordens: o elevado valor cominado na sentença e a perda de clientes e negócios em decorrência de uma punição, esta última ligada à imagem deteriorada.

já ocorreu, um impacto negativo no valor de arrecadação das multas aplicadas, o que também justifica o intuito do presente trabalho.⁸⁵

Neste particular, Osório (2015, p. 50-51) enfatiza os deletérios efeitos de lacunas dogmáticas e desconhecimento do regime jurídico da atividade sancionadora no direito administrativo, que geram certo descrédito ao Estado e, em alguma medida, fomentam discussões judiciais de controle externo de legalidade. Veja-se:

Nesse passo, é possível constatar que uma lacuna geral no Direito Administrativo tem sido uma maior elaboração teórica de seu potencial sancionador. Não tem havido uma teorização adequada a respeito dos princípios que devem orientar o chamado Direito Administrativo Sancionatório. É certo que as lacunas teóricas enfraquecem a dogmática jurídica e as ferramentas de controle do Estado, abrindo campo fértil ao arbítrio, à ineficiência e má-fé administrativa, tudo a desembocar na colaboração para o incremento da impunidade, cujas maiores causas, já deixarei isto bem claro, residem na crise de gestão das instituições. Porém, é verdade que processos administrativos são frequentemente anulados pelo Poder Judiciário, em face do desrespeito às normas de Direito Administrativo pelas autoridades competentes do Poder Executivo. Processos administrativos são instrumentos costumeiros de perseguições e arbítrio, quando não de ineficiência crônica, dentro das estruturas defasadas desse mesmo Poder de Estado. O desconhecimento do regime jurídico e da natureza das sanções administrativas conduz, de um lado, ao seu esquecimento nos casos concretos, gerando precedentes jurisprudenciais perigosos e, de outro, projeta o enfraquecimento do próprio Estado, através do descrédito dos institutos.

De tudo o que se expôs, despretensiosamente, elenca-se alguns condicionantes que parecem fazer sentido ao objetivo acima descortinado, relacionado com a adequada responsabilização do infrator pessoa física no MSP. O objetivo, como se disse mais acima

⁸⁵ Veja-se o item 9.1.2. do acórdão do TCU, acórdão 1325/2012, em que restou autorizado, em futuros planos de fiscalização e nos termos do art. 239, inciso I, do Regimento Interno do TCU, a realização de auditorias no CRSNSP, com objetivos, dentre os quais:

9.1.2.1. verificar a legalidade das decisões exaradas pelo aludido Conselho (CRSNSP) nos últimos cinco anos, tendo em vista a super-representatividade das entidades de classe das empresas pertencentes ao mercado segurador e de previdência privada, o que tem motivado uma quantidade substancial de reversões de sanções administrativas aplicadas pela Susep, gerando devoluções de valores muito relevantes de multas anteriormente impostas, com base em interpretações que não encontram amparo no ordenamento jurídico, como aquela que obriga a Susep a intimar o apenado tanto pela falta em si como pela ocorrência de reincidência, sob pena de não se poder agravar a sanção infligida em razão do caráter recidivo da falta, mesmo sendo a irregularidade anterior insuscetível de reversão por haver trânsito em julgado administrativo;

(TC-025.574/2011-6, acórdão TCU nº 1325/2012 – Plenário – Rel. Min. Valmir Campelo. Sessão do dia 31/05/2012. Publicado no D.O.U. em 05/06/2012)

neste capítulo, não é o de criticar, mas sim o de apresentar alguns parâmetros que auxiliem na persecução administrativa por parte da SUSEP. A saber:

- ✓ É preciso se ter um rigoroso procedimento administrativo de apuração tanto no que diz respeito à constatação do fato punível, parte atinente à materialidade do alegado ilícito administrativo – fato punível, como ao seu sujeito ativo, então a se verificar a sua autoria – do fato punível;
- ✓ É preciso se ter um rigoroso procedimento administrativo de imposição da sanção administrativa de multa, partindo-se da perfeita apreensão da sua natureza retributiva – aflitiva, e, com isto, não sendo permitido a sua aplicação contra alguém que não tenha concorrido para a prática ou evitado o ilícito administrativo;
- ✓ Neste procedimento de imposição da sanção administrativa não se pode admitir teorias de responsabilização que não considerem ou sopesem a responsabilidade subjetiva do agente, afastando-se tentativas objetivas de censura. Por se tratar de um procedimento de natureza repressiva, é preciso se ter em conta teorias e princípios informadores do Direito Punitivo do Estado;
- ✓ Tais procedimentos devem observar a garantia constitucional do devido processo legal, tanto em sua face adjetiva (ampla defesa e contraditório), como substantiva (resultado equânime), permitindo que se confira integral possibilidade de defesa aos acusados. Neste particular, não se pode deixar de garantir pleno direito a prova aos acusados e, da mesma forma, exigir que eventual acusação esteja conformada por amplo processo probatório de demonstração, afastando-se inferências argumentativas;
- ✓ Tais procedimentos devem observar as garantias constitucionais da legalidade e da tipicidade, tendo em conta um ilícito administrativo com supedâneo em lei afim e devidamente descrito em norma regulatória. Neste particular, caso tais normas se utilizem de conceitos indeterminados, a fim de se preservar as preditas garantias constitucionais, o processo administrativo sancionador deve tentar mitigar ao máximo, no exercício repressivo cujo desiderato se lhe atribui, eventual constatação ou reprimenda baseada em tais tipos de conceitos;
- ✓ Tais procedimentos devem observar a garantia constitucional da culpabilidade, atentando-se para a necessidade de individualização da conduta, de conformação ou pessoalidade da pena e da presunção de inocência, para que se evite censuras que não estabeleçam, claramente, o nexos de causalidade entre a conduta prosrita e o agente acusado, e que não demonstrem a presença dos elementos normativos do dolo e culpa na conduta comissiva ou a evitabilidade descumprida em condutas omissivas.
- ✓ Tais procedimentos devem observar os *standards* de responsabilização do administrador previstos na Lei das S.A., excluindo o dolo ou a culpa da conduta empresarial quando constada a boa-fé e a estrita observância ao objeto social da companhia.

Estes, portanto, os condicionantes que se entende aplicáveis, cabendo, por derradeiro, reiterar que a ideia central do presente estudo monográfico foi a de analisar o processo administrativo sancionador no MSP, notadamente, quanto à responsabilização administrativa de pessoas físicas pela prática de infrações, quando sujeitas à imposição da sanção administrativa de multa, cuja natureza é reconhecidamente retributiva e não reparatória.

Na sequência, como agora já se fez, propôs-se como resultado da pesquisa uma necessária observância a um conjunto de condicionantes que permitam o seu aperfeiçoamento, tornando o processo administrativo de responsabilização do infrator pessoa física no MSP juridicamente mais consistente.

REFERÊNCIAS

ALBERTI, Verena; FARIAS, Ignez Cordeiro de; ROCHA, Dora (orgs). **Paulo Egydio conta: depoimento ao CPDOC / FGV**. São Paulo: Imp. Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

AMENDOALRA, Leslie. **O processo administrativo sancionador no âmbito do mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. Poder Normativo nas Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 15, ago./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae.asp>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e público da economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, p. 9-48, abr./junho 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Seguros Privados. **Resolução n. 331**, de 2015. Brasília: CNSP, 2015a. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=36998>>. Acesso em: 11 jan 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: a Presidência, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jan 2017.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União**. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/receitas/consulta.asp?idHierarquiaOrganizacao=129815&idHierarquiaDetalhe=10904&idDirecao=1&idHierarquiaOrganizacao0=1&idHierarquiaOrganizacao1=122092&idHierarquiaOrganizacao2=122199&idHierarquiaDetalhe0=0&idHierarquiaDetalhe1=10879&Exercicio=2015>>. Acesso em: 23 jun 2016a.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Nacional de Seguros Privados. **Resolução n. 243**, de 2011. Rio de Janeiro: CNSP, 6 dez. 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Aberta e de Capitalização (CRSNSP). **Histórico e Competência**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/colegiados/crsnsp/institucional/historico-e-competencia>>. Acesso em: 30 maio 2016b.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Superintendência de Seguros Privados. **Relatório de gestão do exercício de 2014**. Rio de Janeiro: SUSEP, 2015a. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/corin/Relatorio%20de%20Gestao%202014.pdf>>. Acesso em: 23 jun 2016c.

BRASIL. Presidência da República. **Exposição de motivos Decreto-Lei n. 73**, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília: a Presidência, 1966. Disponível em: <www.pauloegydio.com.br/acervodigital/0020001800000192.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Lei complementar n. 109**, de 29 maio 2001. Brasília: a Presidência, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp109.htm>. Acesso em: 11 jan 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei complementar n. 126**, de 15 jan 2007. Brasília: a Presidência, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp126.htm>. Acesso em: 11 jan 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.195**, de 25 nov. 2015. Brasília: a Presidência, 2015b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13195.htm>. Acesso em: 11 jan 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Penal n. 898 Santa Catarina**. Julgada em 12 abr. 2016. Brasília: STF, 2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP898revisor.pdf>>. Acesso em: 11 jan 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 200844**. Julgado em 25 jun 2002. Brasília: STF, 2002a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28.517**. Julgado em 25 mar. 2014. Brasília: STF, 2014. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp?>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.325/2012**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31323334343738&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 08 ago. 2016d.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.817/2010**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31313535323731&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO->>

COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1
>. Acesso em: 08 ago. 2016e.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª região. **Agravo de Instrumento n. 129949**. Julgada em 24 fev. 2002b. São Paulo: TRF3, 2002. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>>. Acesso em: 23 jun 2016.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. Tomo 2, 1970.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações *in* Direito Administrativo e seus novos paradigmas. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 619-632.

CAMPOS, Luiz A. de S. Deveres e responsabilidades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (orgs.). **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

CANDIDO, Daniele Chamma. **Competência sancionatória nos contratos administrativos**. 2009. 152f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009.
Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp090473.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: artigos no 138 a 205**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

CASSAGNE, Juan Carlos. Em torno al derecho administrativo sancionador y la aplicabilidad de los principios del derecho penal. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU) do ano de 2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 57-77.

CORDEIRO FILHO, Ari. Processos administrativos punitivos e direito das pessoas. **Carta Mensal**, Rio de Janeiro, n. 680, 2011.

CUPELLO, Simone Vieira. O poder sancionador das agências reguladoras. **Boletim de direito administrativo**, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 37-49, jan 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. I.

EIZIRIK, Nelsono **A lei das S.A. comentada**: artigos 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2.

FERRAZ, Sérgio Ferraz; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. (Coleção Temas de Direito Administrativo, no 4).

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, Belo Horizonte, 2012. p. 311-332.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal. Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón **Curso de Derecho Administrativo II**. 13. ed. Espanha: Civitas; Thomson Reuters, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1994.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. **Lei das Sociedades por Ações Anotada**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção do órgão regulador do setor de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 353-370, 2000.

_____. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 333-354, 2003.

_____. **Agências Reguladoras Independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; SOARES JÚNIOR, Lauro Antônio Nogueira. Regulação econômica e democracia: a questão das agências administrativas independentes. In: BINENBOJN, Gustavo (org.). **Agências Reguladoras Independentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 177-199.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flavio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 28, nov./jano 2011/2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2016.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios constitucionais de direito administrativo Sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. (Coleção Temas de Direito Administrativo, no 17).

_____. Sanção administrativa e princípio da legalidade. In: VALLE FIGUEIREDO, Lucia (org). **Devido processo legal na Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 143-185.

_____. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, no 219, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PALMA, Juliana Bonascorsi de. Regulação e autoridade: o poder sancionador na regulação. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade**:

anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 779-107.

PARENTE, Flávia. **O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

QUATTRINI, Larissa Teixeira. **Os deveres administradores de sociedades anônimas abertas. Estudo de casos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Dever de diligência dos administradores de sociedades**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 289, p. 99-106, 1987.

_____. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Dever regulamentar nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, a. 8, n. 31, p. 42-47, jul./set. 2010.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS (BRASIL). **Instrução SUSEP no 69**, de 4 out. 2013. Rio de Janeiro: SUSEP, 2013. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31476>>. Acesso em: 11 jan 2017.

TAVARES BORBA, José Edwald. **Direito societário**. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, no 8).

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na Administração Pública. **Revista de Direito Público**, Brasília, no18, 2007.

YAZBEK, Otávio. Representações do dever de diligência na doutrina jurídica brasileira: um exercício e alguns desafios. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (org.). **Temas essenciais de direito empresarial: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 940-961.