

CVM e a competência para julgar atos de corrupção praticados por administradores

O necessário diálogo entre as distintas esferas de responsabilização administrativa e entre a responsabilidade administrativa e a civil

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Como foi noticiado recentemente pelo Jota¹, estão na mira da CVM apurações de casos de corrupção, como os relacionados à Petrobras na Operação Lava Jato e os relacionados à Embraer. Ainda segundo a reportagem, o fundamento de tais investigações é o fato de que, ao praticarem atos de corrupção, os administradores das companhias mencionadas igualmente violaram os seus deveres fiduciários, o que justificaria a competência da CVM para investigar e punir tais condutas.

É diante do contexto descrito que o presente artigo pretende analisar como, em casos assim, as distintas autoridades administrativas podem e devem exercer as suas competências e como as multas e sanções devem dialogar não apenas entre si, mas também com eventuais indenizações a serem cobradas na seara da responsabilidade civil.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a CVM, por força do artigo 11 da Lei nº 6.385/76, com redação da Lei nº 13.506/17, tem indiscutível competência legal para impor aos infratores das normas das Leis nº 6.385/76 e 6.404/76 e de “outras normas legais cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar” diversos tipos de sanções, isolada ou cumulativamente. Dentre tais sanções, destacam-se as de advertência, multa, inabilitação temporária para o exercício

¹ <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/cvm-resposta-casos-corrupcao-07062018>.

de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal, suspensão da autorização ou registro para a oferta de valores mobiliários no mercado de capitais, inabilitação temporária para o exercício das atividades previstas na lei ou proibições temporárias para determinadas atividades ou operações ou para a atuação direta ou indireta em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores.

Apesar da relativa vagueza da previsão legal, fica claro, a partir do exame das penalidades, que a competência da CVM se estende às empresas e aos seus administradores sempre que tiverem violado os bens jurídicos protegidos pelas leis mencionadas.

Não se discute que a tipicidade excessivamente aberta dos ilícitos administrativos a serem investigados e punidos pela CVM apresenta inúmeros problemas, os quais ainda precisam ser devidamente enfrentados². Entretanto, o foco das preocupações do presente artigo diz respeito à possibilidade do exercício de tais competências pela CVM ainda quando os mesmos fatos já estão sendo investigados pelas autoridades responsáveis pela aplicação da Lei Anticorrupção.

Sobre o assunto, é importante afastar, desde já, a ocorrência de *ne bis in idem*, pois o princípio não é aplicável a casos em que o mesmo fato dá ensejo a mais de uma infração administrativa, cada qual sujeita à competência de autoridade distinta.

Na esfera administrativa, é perfeitamente possível que um mesmo fato, a depender da sua gravidade e do número de bens jurídicos que afete, configure distintas infrações. Um importante exemplo é o caso da Lei de Improbidade Administrativa, que se aplica cumulativamente, conforme o caso, com a Lei nº 8.112/90 e com a Lei Anticorrupção, de forma que uma mesma conduta pode ser considerada simultaneamente ato de improbidade, infração disciplinar e ato de corrupção, sendo suscetível de punição em cada uma das esferas respectivas.

² FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 256-259.

Outro exemplo recorrente é quando determinado fato configura ao mesmo tempo um ilícito regulatório e uma infração à ordem econômica, hipótese em que, salvo quando a regulação setorial implicar o afastamento das normas concorrenciais, poderá haver a aplicação de dupla sanção – uma pela autoridade regulatória e outra pelo CADE –, não havendo que se cogitar de afronta ao princípio do *ne bis in idem*.

Tal cumulação, longe de ser uma anomalia, revela aspecto importante do poder punitivo estatal, que é a possibilidade da utilização de diversos meios punitivos, conforme à gravidade da infração e os bens jurídicos que são violados ou colocados em risco com a sua prática.

Entretanto, tal como já tive oportunidade de sustentar em obra doutrinária³, situações como a descrita exigem um esforço de harmonização entre as diversas autoridades envolvidas, especialmente no que diz respeito à garantia da proporcionalidade da pena. Com efeito, as sanções fixadas pelas diferentes autoridades devem ser, em seu conjunto, razoáveis e proporcionais à gravidade do fato.

Dessa maneira, as diferentes autoridades precisam levar em consideração, no momento da fixação da pena, as eventuais sanções já sofridas pelo agente diante do mesmo fato, sob pena de a sanção final global se mostrar desarrazoada.

Esse entendimento foi acolhido pelo CADE no Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-14⁴, em que se discutia a prática de ilícito concorrencial pela Telemar, que efetuou o monitoramento das ligações realizadas por seus assinantes ao Serviço de Atendimento a Clientes de suas concorrentes Vésper S/A, Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A e Click 21 Comércio de Publicidade, com o objetivo de oferecer descontos diferenciados de acordo com o grau de adimplência, o nível de consumo e o tempo de duração da chamada ao SAC.

Na ocasião, a representada alegou que já havia sido punida pela ANATEL pelo mesmo fato e que a imposição de nova penalidade configuraria

³ FRAZÃO, Op. cit., p. 305.

⁴ CADE, Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-14, Rel. Conselheiro Márcio de Oliveira Jr. Data de julgamento: 11.05.2015.

bis in idem. O Tribunal rechaçou o argumento, ressaltando, nos termos do voto condutor da presente autora, que a cumulação de esferas punitivas só poderia ter desdobramentos sobre a dosimetria da pena, não podendo ser utilizada para afastar a competência de qualquer das autoridades judiciais ou administrativas responsáveis pela apuração e julgamento do ilícito. Em razão disso, a aplicação de penalidade anteriormente foi considerada tão somente como atenuante na fixação da nova sanção pelo CADE.

Afinal, sendo a proporcionalidade da pena um princípio constitucional que se estende ao Direito Administrativo Sancionador, é necessário que haja o devido diálogo institucional entre as diferentes esferas responsáveis pela punição do mesmo fato.

No caso específico da CVM, a observância da proporcionalidade é reforçada pelo próprio § 1º, do artigo 11, da Lei nº 6.385/76, com redação da Lei nº 13.506/17, ao prever que “A multa deverá observar, para fins de dosimetria, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a capacidade econômica do infrator e os motivos que justifiquem sua imposição”. O diálogo interinstitucional proposto apenas destaca que a proporcionalidade deve ser vista no conjunto de todas as punições sofridas pela parte, ainda que impostas por autoridades distintas, pois o que importa é que a pena final, em seu conjunto, seja razoável.

Além da harmonização da atuação das diferentes autoridades responsáveis pela investigação e punição de determinados fatos, há que se pensar também em que medida não há necessidade de um maior diálogo igualmente entre a esfera administrativa e a esfera civil, não apenas diante dos objetivos comuns a ambas, como também diante da crescente interpenetração entre elas.

Veja-se, como exemplo, o caso do inciso IV, do § 1º, do artigo 11, da Lei nº 6.385/76, com redação da Lei nº 13.506/17, que indica como um dos referenciais do valor da multa “o dobro do prejuízo causado aos investidores em decorrência do ilícito”.

Ora, a partir do momento em que se admite que a sanção possa ser calculada com base no valor do dano, que é o parâmetro que define a responsabilidade civil, indaga-se se seria correto que as autoridades administrativas considerassem, na fixação da pena, valores que já estão sendo cobrados nas indenizações na esfera cível.

Todas essas questões são ora trazidas para mostrar que, não obstante a legítima iniciativa da CVM, o problema sob análise diz respeito a questão delicada e que ainda não foi devidamente endereçada pelo nosso Direito Administrativo Sancionador: a necessária harmonização da atuação das diversas autoridades competentes para apuração e sancionamento do mesmo fato, bem como o necessário diálogo entre a responsabilidade administrativa e a civil, especialmente para que se observe a proporcionalidade da pena.

Artigo publicado no portal Jota em 13 de junho de 2018.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/cvm-e-competencia-para-julgar-atos-de-corrupcao-praticados-por-administradores-13062018>