

Acordos de leniência e termos de compromisso com o BC

Uma análise da Medida Provisória nº 784

LEVY & SALOMÃO
ADVOGADOS

Fabio Kupfermann Rodarte

29 de Junho de 2017



A Medida Provisória nº 784, de 7 de junho de 2017, altera aspectos importantes da regulação do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro. Uma das mudanças é a possibilidade de realização de acordos de leniência e de termos de compromisso com o Banco Central do Brasil (BC), com a finalidade de evitar os impactos negativos de possíveis investigações, encerrando-as de forma célere e com redução de penalidades. O acordo de leniência é usado no contexto da repressão a cartéis no Brasil desde o ano de 2003, e é tido como efetivo instrumento de política pública para a repressão a esses ilícitos anticompetitivos. Isso motivou sua extensão a outras áreas do direito, como mostra a adoção do mecanismo pela Lei Anticorrupção e agora pela MP nº 784.

Segundo a MP nº 784, o BC poderá celebrar acordos de leniência com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infrações administrativas de competência da autarquia. O acordo resultará na extinção da ação administrativa contra aquele que o firmou, ou na redução de um a dois terços da penalidade aplicável.

Para obter esses benefícios, é necessário oferecer utilidade ao processo, a partir de colaboração “plena e permanente” com a autoridade regulatória. Isso significa, por exemplo, identificar os demais envolvidos na prática da infração (quando houver). São requisitos da leniência prevista pela MP nº 784 que o Banco Central não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação, a cessação do envolvimento na conduta noticiada e a confissão da participação no ilícito. Quando se tratar de pessoa jurídica, a extinção da pena só será oferecida à primeira instituição a se qualificar, podendo as demais instituições celebrar acordos posteriores com redução de um terço da penalidade aplicável.

Outras características da leniência sob a MP nº 784 são: (i) a proposta de acordo de leniência tem caráter sigiloso, mas o acordo efetivado com o BC se tornará público (exceto em caso de interesse da apuração e do processo administrativo sancionador); e (ii) não há reconhecimento de culpa em relação à matéria de fato ou da ilicitude da conduta analisada em caso de rejeição da proposta de acordo.

Outra forma de afastar eventuais punições do BC é a assinatura de termo de compromisso. Por meio desse instrumento, a instauração de processos administrativos destinados a apurar infrações da alçada do BC (como a falta de declaração dos capitais no exterior)^[1] poderá ser impedida ou, se já houver processo instaurado, este poderá ser suspenso.

O investigado que assinar termo de compromisso obriga-se a: (i) cessar a prática sob investigação ou seus efeitos lesivos; (ii) corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos, quando for o caso; e (iii) cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, o que pode implicar a imposição de multas pela autoridade monetária. O termo de compromisso pode prever cláusula penal para o caso de inadimplemento de suas obrigações, mora ou para oferecer especial garantia a uma cláusula específica.

Diferentemente dos acordos de leniência, a regra para os termos de compromisso é a publicidade: o acordo terá caráter público, a menos que o BC entenda que a publicidade do acordo firmado possa colocar em risco a estabilidade e a solidez do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema Brasileiro de Pagamentos, de seus integrantes e ou quaisquer instituições supervisionadas pelo BC. Outra diferença em relação ao acordo de leniência é que o termo de compromisso não importa confissão da prática de ilícitos.

Os recursos obtidos pelo BC com a assinatura de termos de compromisso devem ser destinados ao Fundo de Desenvolvimento do Sistema Financeiro Nacional e Inclusão Financeira, cujo objetivo é promover a estabilidade do sistema financeiro e a inclusão financeira. Importa verificar se a regulação sobre o fundo, a cargo do BC, atentarão aos tais objetivos e será capaz de estimular a inclusão financeira a partir de mecanismos de concessão de crédito em condições que não resultem em superendividamento das classes mais baixas.

Em contrapartida à possibilidade de assinatura de termos de compromisso e acordos de leniência, a MP nº 784 também torna as multas aplicadas pelo BC mais severas. Hoje sujeitas ao teto de R\$ 250 mil – ou, no caso de infrações cambiais, 300% da operação –, as multas poderão alcançar até R\$ 2 bilhões, além de multa diária em caso de descumprimento de medidas coercitivas ou acautelatórias de até R\$ 100 mil ou um milésimo da receita de serviços e de produtos financeiros da entidade violadora no ano anterior ao da infração, de ambos o maior.

A aplicação do novo patamar de multas só é válida para ilícitos cometidos após a entrada em vigor da MP nº 784 (8 de junho de 2017). Ilícitos cometidos antes não poderão ser penalizados com as novas multas, em razão do princípio da irretroatividade da norma sancionadora mais gravosa. Por outro lado, a possibilidade de firmar termos de compromisso e acordos de leniência deve ser aberta às infrações anteriores à publicação da MP, por se tratar de regra processual, de aplicabilidade imediata aos processos em curso, além de mais benéfica ao administrado.

A via escolhida pelo Governo – medida provisória – impossibilita que se preveja a extinção da punibilidade penal por meio dos acordos ou termos de compromisso, uma vez que MPs não podem dispor sobre matéria penal (artigo 62 da Constituição Federal). Se houvesse extinção da punibilidade ou redução da pena para crimes, os acordos seriam estimulados e as pessoas físicas não ficariam expostas no âmbito penal justamente por terem cooperado com a autoridade administrativa. Essa questão poderá ser ajustada no projeto de lei de conversão, que conta com 97 propostas de emendas, concentradas principalmente nas questões de valores das multas e dispositivos relativos a acordos de leniência.^[2]

De toda forma, a MP nº 784 deveria estimular a participação conjunta do Ministério Público Federal (MPF) e BC nas negociações de acordos de leniência e termos de compromisso envolvendo ilícitos administrativos que também constituam crimes.^[3] Ainda que as competências dos órgãos sejam diversas, a negociação conjunta pode resultar em investigações mais completas e aplicação proporcional das penas. Nesse sentido, cabe ressaltar a existência de um acordo de cooperação entre BC e MPF desde 2015, o qual prevê inclusive o intercâmbio de informações na identificação, apuração e repressão de práticas lesivas ao Sistema Financeiro Nacional.^[4]

A MP nº 784 adota sistemática semelhante à da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011). Por um lado, isso demonstra a importância que os termos de compromisso e acordos de leniência assumiram no combate a infrações administrativas. Por outro, suscita comparações com os dispositivos da Lei nº 12.529/11 e com a experiência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), expondo alguns tropeços da MP nº 784. Vejamos alguns exemplos.

A falta de determinação legal sobre quais órgãos ou departamento do BC serão os responsáveis pela celebração dos acordos e termos de compromisso preocupa. Enquanto a Lei nº 12.529/11 deixa a assinatura de acordos a cargo da Superintendência-Geral, a MP nº 784 não faz essa especificação, deixando a solução da dúvida para regulamento a ser emitido pelo BC. Isso abre espaço para ingerências políticas sobre a condução dessas investigações, uma vez que eventuais mudanças nos cargos de comando do BC poderão levar à redistribuição de funções sobre investigações em andamento através da mera edição de normas internas (como circulares).

Outro ponto é sobre a (in)adequação dos acordos de leniência às condutas que envolvem apenas um agente econômico. Na esfera concorrencial, o principal propósito da leniência é gerar a desestabilização dos cartéis existentes e detectar condutas que de outra maneira não seriam percebidas pelas autoridades, aumentando o grau de dissuasão.^[5] Por isso mesmo, a extinção da punibilidade só alcança o primeiro agente a fazer a leniência. Essa finalidade não encontra espaço no caso de infrações administrativas praticadas por um só agente, como muitas vezes ocorre em relação a matéria financeira. Nesses casos, a boa lógica conduziria ao uso de termos de compromisso, que visam primordialmente a simplificar e encurtar investigações ou processos administrativos, tornando-os menos onerosos aos cofres públicos, e mais efetivos.^[6]

Mesmo nas condutas com participação de mais de um agente, o acordo de leniência deveria ser oferecido apenas ao primeiro a se apresentar às autoridades. É o primeiro agente a delatar a conduta que causará a desestabilização do grupo e a detecção do ilícito. Isso não impede que os demais participantes assinem termos de compromisso, para

encurtar investigações já iniciadas e proporcionar a cessação rápida dos ilícitos. Esses termos de compromisso deveriam receber contornos mais claros, com parâmetros que impeçam a punição indiscriminada.[7] O CADE colocou isso em prática através da Resolução 5, de 6 de março de 2013, que determina os procedimentos de negociação dos termos de cessação de condutas e diferencia os patamares de contribuições pecuniárias que podem ser exigidos pela autoridade regulatória de acordo com a amplitude e utilidade da colaboração e com o momento de apresentação da proposta.

Por fim, cabe ressaltar que não basta criar uma cultura de persecução baseada unicamente em acordos de leniência e termos de compromisso. Afinal, esses mecanismos introduzem caráter negocial na sanção de ilícitos, e trazem inconvenientes. Por exemplo, a pressão a que partes inocentes confessem ilícitos ou celebrem termos para se livrar de contencioso e dos ônus reputacionais decorrentes. Por isso, é importante que a autoridade monetária tenha independência para conseguir, por meios próprios, construir investigações sólidas e que possa fundamentar independentemente, reduzindo o grau de dependência em relação aos novos acordos.

Aproveitando o ensejo da comparação com a autoridade concorrencial, cabe destacar que andou bem o Governo ao excluir da proposta inicial da MP nº 784 os artigos que atribuíam exclusivamente ao BC a competência para perseguir atos lesivos à concorrência no sistema financeiro. É fato que o velho embate entre CADE e BC é digno de solução pela via legislativa, de modo a afastar a insegurança jurídica que há décadas paira sobre o tema, mas não pelo mecanismo da medida provisória, posto que exige debates menos apressados, com participação de ambas as autoridades na elaboração e tramitação da norma.

A MP nº 784 está em vigor desde a data de sua edição, mas ainda precisa ser chancelada pelo legislativo dentro do prazo de sessenta dias (prorrogável por igual período) para que seja convertida em lei. Caso contrário, perderá eficácia. Se receber emendas, o texto deverá voltar à sanção presidencial.

[1] Mais informações a respeito dos impactos da MP sobre a declaração de capitais brasileiros no exterior em Boletim de Levy & Salomão: [Projeto de medida provisória abre possibilidades a declaração de capitais no exterior](#)

[2] Atividade legislativa referente à MP nº 784 disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129569>.

[3] Há informações no sentido de que BC e MPF buscam entendimento conjunto sobre a participação de cada um dos órgãos na realização de acordos de leniência envolvendo infrações administrativas e crimes no âmbito do sistema financeiro nacional. Nesse sentido <http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/notas/16194> e <http://www.valor.com.br/financas/5016194/bc-e-mpf-definem-escopo-de-atuacao-em-leniencia>

[4] Acordo de Cooperação MPF e BC disponível em http://www.bcb.gov.br/pre/acordos_e_convenios/AcordoCooperacaoBCB-MPF-mar%C3%A7o-2015.pdf

[5] CADE. Nota Técnica nº 7/2015/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, Procedimento Administrativo nº 08700.004633/2015-04. Representante: Cade *ex officio*. Representados: Banco Standard de Investimentos S.A. e outros. 2015. Item 18.

[6] GUTTUSO, Laura. *From 'Mono' to 'Stereo': Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies*. Disponível em https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/from_mono_to_stereo_fine-tuning_leniency_and_settlement_policies_laura_guttuso.pdf.

[7] Para os casos de termos de compromisso em condutas cometidas em conluio, o BC poderia adotar como política exigir, como faz o CADE, confissão e contribuição pecuniária no âmbito da negociação, a fim de não enfraquecer os incentivos do Programa de Leniência.

Fabio Kupfermann Rodarte - Advogado do escritório Levy & Salomão Advogados