

Parecer 171/2019-BCB/PGBC

Parecer que examina dúvidas, apresentadas pelo Comitê de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (Coaps), sobre o funcionamento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS), relacionadas especificamente a: i) possibilidade de exigência pelo referido Comitê de contribuições pecuniárias ou obrigações de natureza indenizatória, em analogia ao que ocorre no Termo de Compromisso (TC); e ii) interpretação a ser dada ao art. 87-A da Circular 3.857, 14 de novembro de 2017, que estabelece critérios para fixação de benefícios do APS.

André Ubaldo Roldão

Procurador do Banco Central

Eliane Coelho Mendonça

Procuradora-Chefe do Banco Central

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 171/2019-BCB/PGBC
PE 143847

Belo Horizonte, 14 de março de 2019.

Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Presidente do Comitê de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (Coaps). Dúvidas sobre o funcionamento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS). Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Análise de estudos e normativos sobre outros programas de leniência similares. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Possibilidade de estipulação de obrigação de natureza indenizatória no APS. Reconhecimento da participação no ato ilícito. Reparação integral do dano. Responsabilidade civil extracontratual. Arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Contraindicação de estabelecer obrigação de recolhimento de contribuição pecuniária. Possibilidade, em tese, de instituir cláusula penal moratória. Interpretação literal do art. 87-A, I, da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017. Ausência de interesse do Banco Central do Brasil (BCB), em uma análise preliminar, de celebrar APS quando a proponente é a única pessoa infratora, na hipótese de a Autarquia não possuir conhecimento prévio da infração. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso (art. 3º, § 1º, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018).

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente do Comitê de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (Coaps), por meio da Nota 888/2018-BCB/Deres, de 16 de outubro de 2018 (doc. 3), na qual são apresentadas duas questões a esta Procuradoria-Geral (PGBC) sobre o funcionamento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS).

2. A primeira questão posta à apreciação da PGBC diz respeito à possibilidade de o Coaps exigir o recolhimento de contribuições pecuniárias ou obrigações de natureza indenizatória na negociação de APS, em analogia ao que ocorre no Termo de Compromisso (TC), que, nos termos do art. 11º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e dos arts. 62 e 65º da Circular nº 3.857, de 14

¹ Art. 11. O Banco Central do Brasil, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a, cumulativamente:

I - cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos;

II - corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos;

III - cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária, observado o disposto no art. 10 desta Lei. (G.n).

[...].

² Art. 62. A proposta de termo de compromisso deverá ser apresentada pelo interessado por simples petição e conter obrigações objetivamente verificáveis e delimitadas no tempo, em especial:

I - a declaração de cessação da prática sob investigação e, sendo o caso, também dos seus efeitos lesivos;

II - as medidas que serão adotadas para a correção das irregularidades apontadas e o prazo previsto para tal;

III - a descrição e a quantificação dos prejuízos porventura causados e o modo e o prazo para a sua efetiva indenização; e

IV - o valor da contribuição pecuniária a ser recolhida. (G. n.).

de novembro de 2017, permite a estipulação de obrigações de natureza pecuniária no instrumento.

3. O segundo ponto objeto da consulta relaciona-se à interpretação do art. 87-A³ da Circular nº 3.857, de 2017, que estabelece critérios para a fixação dos benefícios do APS. Conforme exposto na Nota 888/2018-BCB/Deres, o benefício em favor do signatário que primeiro se qualificar é a extinção da ação punitiva, na hipótese em que o Banco Central do Brasil (BCB) não tenha conhecimento prévio da infração noticiada. No caso das pessoas físicas que não se qualificarem em primeiro lugar, o benefício previsto na legislação é a redução de um terço a dois terços da pena aplicável. Diante disso, questiona o Presidente do Coaps se:

[...] numa situação hipotética de proposição de APS por pessoa jurídica que tenha praticado o ilícito sem a participação de qualquer outra pessoa jurídica e que não haja conhecimento prévio da infração pelo Banco Central, seria possível desconsiderar a existência de benefício da ordem, uma vez que não haverá possibilidade de existir um segundo proponente? E, ao desconsiderar o benefício da ordem por esse motivo, poderia o COAPS aplicar a redução da pena, e não a extinção da ação punitiva prevista para o primeiro a se qualificar?

4. É o relatório. A seguir, o exame jurídico.

APRECIÇÃO

5. O art. 30⁴ da Lei nº 13.506, de 2017, dispõe sobre a possibilidade de pessoas naturais ou jurídicas firmarem APS com o BCB, desde que confessem a prática de infração às normas legais ou

[...]

Art. 65. O termo de compromisso deverá conter:

I - cláusula que estipule a periodicidade com que o compromitente fornecerá, ao Banco Central do Brasil, informações acerca do cumprimento das obrigações por ele assumidas; e

II - cláusula penal para o caso de mora do proponente e de total ou parcial inadimplemento das obrigações compromissadas, sem prejuízo do estabelecimento de cláusula penal em segurança especial de determinada cláusula.

3 Art. 87-A. Os seguintes critérios devem ser observados para a fixação, no acordo administrativo em processo de supervisão, do benefício em favor do signatário que primeiro se qualificar:

I - a extinção da ação punitiva da administração pública, na hipótese em que a proposta do acordo administrativo em processo de supervisão tiver sido apresentada sem que o Banco Central do Brasil tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - a redução de um terço a dois terços das penas aplicáveis na esfera administrativa, na hipótese em que o Banco Central do Brasil tiver conhecimento prévio da infração noticiada.

§ 1º As pessoas físicas que não se qualificarem em primeiro lugar se beneficiarão exclusivamente com redução prevista no inciso II do caput.

§ 2º Nos casos em que o Banco Central do Brasil tiver conhecimento prévio da infração noticiada no acordo administrativo em processo de supervisão, e nos casos das pessoas físicas que não se qualificarem em primeiro lugar, os seguintes critérios serão observados para a fixação da fração de redução das penas aplicáveis no processo administrativo sancionador instaurado para a apuração da infração de que tratar o acordo:

I - importância das informações, documentos e provas apresentadas pelo signatário;

II - o momento em que apresentada a proposta; e

III - a boa-fé do signatário.

4 Art. 30. O Banco Central do Brasil poderá celebrar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com extinção de sua ação punitiva ou redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial:

I - a identificação dos demais envolvidos na prática da infração, quando couber;

II - a obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º A proposta de acordo administrativo em processo de supervisão permanecerá sob sigilo até que o acordo seja celebrado.

§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica for a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - o envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo cessar completamente;

III - o Banco Central do Brasil não dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação administrativa das pessoas físicas ou jurídicas por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a pessoa física ou jurídica confessar participação no ilícito, cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

[...].

regulamentares cujo cumprimento caiba a esta Autarquia fiscalizar, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a sua participação no ilícito, bem como a cooperar efetiva, plena e permanentemente com a apuração dos fatos.

6. Caso dessa cooperação resulte utilidade para o processo administrativo, em especial com a identificação dos demais envolvidos na prática da infração e com a obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, o signatário do APS será beneficiado com a extinção de sua ação punitiva ou com a redução de um terço a dois terços da penalidade administrativa aplicável.

7. O art. 87 da Circular nº 3.857, de 2017, estabelece os elementos essenciais do APS, quais sejam:

Art. 87. O acordo administrativo em processo de supervisão, no qual serão fixadas as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração do proponente e a utilidade para o processo administrativo sancionador, deve conter:

I - qualificação completa dos signatários;

II - exposição sucinta dos fatos relativos à infração noticiada;

III - confissão expressa da participação do signatário do acordo administrativo em processo de supervisão no ilícito;

IV - declaração do signatário do acordo administrativo em processo de supervisão de que cessou seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação;

V - declaração do signatário do acordo administrativo em processo de supervisão de que as informações e os documentos constantes no histórico de conduta por ele fornecidos são verdadeiros;

VI - obrigações do signatário do acordo administrativo em processo de supervisão de:

a) apresentar ao Banco Central do Brasil todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais de que detenha a posse, custódia ou controle, capazes de comprovar a infração noticiada ou sob investigação, inclusive aquelas que vier a ter conhecimento no curso das investigações;

b) cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo sancionador relacionado à infração relatada;

c) comparecer, quando solicitado, sob suas expensas, a todos os atos processuais até a decisão final sobre a infração noticiada; e

d) comunicar ao Banco Central do Brasil toda e qualquer alteração dos dados constantes no instrumento do acordo, inclusive os qualificadores;

VII - advertência de que o não cumprimento pelo signatário das obrigações previstas no acordo administrativo em processo de supervisão, inclusive no que diz respeito à veracidade das informações e dos documentos constantes no histórico de conduta, resultará em perda dos benefícios a ele inerentes, inclusive com relação à redução ou à extinção de penalidades; e

VIII - os benefícios concedidos ao signatário.

[...].

8. A introdução do APS na norma que dispõe sobre o processo administrativo sancionador no âmbito desta Autarquia teve como objetivo otimizar a eficiência e a efetividade da atividade investigatória de ilícitos praticados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN). O fim precípua do APS é o ganho informacional sobre infrações que dificilmente seriam detectadas ou comprovadas adequadamente sem a participação do colaborador, em troca de benefícios legais concedidos na esfera administrativa punitiva⁵. É por esse motivo que, entre os elementos essenciais ao APS, não há qualquer disposição acerca da imposição de obrigações pecuniárias como condição para a assinatura do instrumento negocial com o BCB.

9. Deve-se destacar, contudo, que, nos termos do § 4º do art. 87⁶ da Circular nº 3.857, de 2017, a celebração de APS não exime a pessoa jurídica colaboradora do dever de reparar integralmente o dano porventura causado. De fato, a reparação integral do dano não constitui espécie de sanção, mas uma obrigação *ex lege* de restituição de uma situação ao estado anterior ao do dano causado a outrem. Na esfera civil, esse dever decorre do ato ilícito praticado, pois, nos termos do arts. 186, 187 e 927⁷ do Código Civil, a responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) deriva da violação ou abuso de direito, levando à obrigação de indenizar sempre que houver a ocorrência de dano.

10. Nesse contexto, considerando que na celebração do APS há a confissão de um ato ilícito praticado pelo colaborador, a pergunta que se faz é a seguinte: apesar de a obrigação de reparação dos danos não ser elemento essencial do APS, é possível a estipulação de cláusula nesse sentido no instrumento negocial?

11. Para responder a essa questão, recorro-me a normativos e estudos já consolidados sobre outros diplomas legais que preveem institutos semelhantes ao APS, em especial a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011⁸, e a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013⁹, no ponto em que tratam de seus programas de leniência^{10,11}.

12. No que se refere ao acordo de leniência no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), verifica-se que o inciso XIII do art. 247¹² do Regimento Interno daquela entidade

5 Veja-se, a respeito, o que foi consignado na Exposição de Motivos Interministerial da Medida Provisória nº 784, de 7 de junho de 2017, antecedente da Lei nº 13.506, de 2017: “Um ponto que merece destaque é a possibilidade de o BC e a CVM passarem a celebrar acordo de leniência (arts. 30 a 33), comumente utilizado no direito econômico concorrencial para o combate à prática de cartel. Esse instituto consiste em obter a efetiva e plena colaboração de pessoas naturais ou jurídicas na investigação de infrações de que participem mediante o compromisso da autoridade reguladora de extinguir a punibilidade ou reduzir a pena no âmbito do processo administrativo. A aplicação desse instituto tem por objetivo contribuir com a obtenção, pelas autoridades reguladoras, de provas mais robustas para a adoção das medidas coercitivas no âmbito administrativo”.

6 Art. 87. [...] § 4º A assinatura do acordo administrativo em processo de supervisão não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano porventura causado.

7 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

8 Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

9 Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

10 Vide arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 2011, e arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846, de 2013.

11 Registra-se que o instituto da “colaboração premiada”, que pode ser considerado uma espécie de leniência, consta em diversas outras normas do ordenamento jurídico brasileiro, tais como a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (art. 25, § 2º), a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (art. 8º, parágrafo único), a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (art. 16, parágrafo único), a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (art. 1º, §5º), a Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 (art. 14), a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (art. 41), o Código Penal (art. 159, § 4º) e a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (art. 4º).

12 Art. 247. Preenchidas as condições legais, o acordo de leniência será firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, em, pelo menos, 1 (uma) via, reservando-se aos autos respectivos tratamento de acesso restrito.

§1º O acordo estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e constarão do documento as seguintes cláusulas e condições:

[...]

XIII. outras obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, forem reputadas necessárias.

prevê a possibilidade de estabelecer no instrumento “*outras obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, forem reputadas necessárias*”. No Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade¹³, há a seguinte assertiva na resposta à pergunta sobre a possibilidade de o signatário de um Acordo de Leniência responder por ação de reparação de danos (pergunta nº 83):

A Lei nº 12.529/2011 não impõe ao signatário do Acordo de Leniência a obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados como uma condição *sine qua non* para a celebração do Acordo de Leniência. Todavia, a lei também não exige o beneficiário da leniência de responder por danos concorrenciais em eventual ação civil pública e/ou ação privada de ressarcimento de danos movida em face do beneficiário da leniência e demais coautores. (G. n.).

13. Em que pese não ser possível acessar o inteiro teor dos acordos de leniência já firmados pelo Cade¹⁴, ao dizer que a obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados não é uma condição “*sine qua non*” (indispensável, essencial) para a celebração do acordo, depreende-se que não há qualquer vedação à estipulação dessa condição, caso aquela autarquia entenda ser conveniente estabelecê-la em determinado caso específico.

14. Essa possibilidade de fixar cláusula de reparação de danos fica ainda mais evidente no instrumento de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A exemplo do que ocorre no art. 87, § 4º, da Circular nº 3.857, de 2017, o art. 16, § 3º, da referida lei prescreve que o “*acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado*”. A Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016¹⁵, editada pela mais alta autoridade da Controladoria-Geral da União (CGU) e da Advocacia-Geral da União (AGU) – com o objetivo de definir os procedimentos para a celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 2016, no âmbito daquele órgão e dessa instituição –, prevê expressamente a possibilidade de proposição das seguintes cláusulas:

Art. 5º Compete à comissão responsável pela condução da negociação do acordo de leniência:

[...]

IV - propor cláusulas e obrigações para o acordo de leniência que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias para assegurar:

- a) a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo;
- b) o comprometimento da pessoa jurídica em promover alterações em sua governança que mitiguem o risco de ocorrência de novos atos lesivos;
- c) a obrigação da pessoa jurídica em adotar, aplicar ou aperfeiçoar programa de integridade;
- d) o monitoramento eficaz dos compromissos firmados no acordo de leniência; e
- e) a reparação do dano identificado ou a subsistência desta obrigação.

13 <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

14 “O Cade segue seus procedimentos de confidencialidade do Acordo de Leniência mesmo após o julgamento do processo administrativo pelo Plenário do Tribunal do Cade. O julgamento do processo administrativo torna pública a identidade da empresa e/ou das pessoas físicas beneficiárias do Acordo de Leniência, oportunidade em que também poderão ser divulgadas informações essenciais para a compreensão e deslinde do caso, por meio da divulgação do voto público do Conselheiro Relator. Via de regra, o voto é detalhado e pode incluir informações e imagens dos documentos necessários para a imputação da conduta anticompetitiva a todos os representados, sejam eles Signatários do Acordo de Leniência, Compromissários do TCC ou não. Mesmo após o julgamento pelo Tribunal, o Cade envidará seus melhores esforços para a manutenção da confidencialidade dos documentos e informações submetidos voluntariamente pelo beneficiário do Acordo de Leniência que configurarem segredo comercial das empresas”. (Pergunta nº 84 do Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade). É possível contudo, ter acesso à versão pública do documento denominado Histórico de Conduta dos acordos já firmados.

15 <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?journal=1&pagina=220&data=16/12/2016>>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

V - negociar os valores a serem ressarcidos, com base em critérios de eficiência, preservando-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado; [...]. (G. n.).

15. Ainda sobre o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 2013, transcrevem-se trechos do percuciente Estudo Técnico nº 01/2017 – 5º CCR¹⁶, elaborado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), em setembro de 2017:

No âmbito da consensualidade em matéria anticorrupção, o acordo de leniência, com ampliada incidência, sob a ótica objetiva e material do direito sancionador ou sob o alcance subjetivo das partes celebrantes, pode incluir, sempre e na medida do possível, para obter negociação plena e exauriente sobre os fatos apurados, a reparação do dano, especialmente no que diz com a restituição devida pelas infrações de que trata, lesivas ao erário e à moralidade administrativa. Sua celebração, porém, não exime a pessoa jurídica colaboradora nem os demais responsáveis solidários do dever de reparar integralmente o dano causado a todos os lesados, tampouco tem que disto necessariamente cuidar, quer parcial, quer integralmente, embora esta obrigação legal e o modo de seu cumprimento possam já ser considerados na negociação e vir a constar do acordo firmado entre as partes. Aliás, até segundo o texto da própria LAC [Lei Anticorrupção], o dano deve ser apurado em procedimento administrativo específico. Não obstante, inclusive como demonstração de boa-fé das partes, o valor incontroverso inicial da lesão pode ser adiantado pela empresa colaboradora e outros agentes responsáveis, sem que isto implique quitação integral, eis que não se pode dispensar aquilo cujo alcance completo eventualmente ainda seja desconhecido, talvez até pelo próprio infrator. (Pgs. 101 e 102).

16. A Orientação nº 07/2017¹⁷, de 24 de agosto de 2017, também formulada pelo mencionado órgão do MPF, estabeleceu que os acordos de leniência firmados pelo *parquet* federal devem necessariamente conter a obrigação da colaboradora de “*pagamento de valor relativo à antecipação de reparação de danos, ressalvado o direito de outros órgãos, instituições, entidades ou pessoas de buscarem o ressarcimento que entenderem lhes ser devido*”¹⁸.

17. Entendo que as considerações até aqui colocadas, em que pese relacionadas a programas de leniência distintos, podem muito bem ser aplicadas ao APS previsto na Lei nº 13.506, de 2017, de forma que não vejo empecilhos legais a que o instrumento de colaboração a cargo desta Autarquia possua cláusula específica de reparação de danos, sobretudo com o escopo de antecipar a restituição da parte incontroversa de danos eventualmente causados no âmbito do SFN.

18. Não posso deixar de anotar, contudo, que não devem ser “*exigidas*”¹⁹ do proponente obrigações de natureza indenizatória na negociação APS, notadamente porque esse não é o fim precípuo do instituto premial e o art. 87, § 4º, da Circular nº 3.857, de 2017, garante que a assinatura do APS não

16 **Assunto:** Estudo sobre inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC) -, e seus reflexos no denominado microsistema anticorrupção brasileiro, com destaque para a adoção de instituto negocial e da ótica da consensualidade no âmbito sancionador, consubstanciada na incorporação normativa do acordo de leniência. Análise do instituto, sob aspectos teóricos variados. Avaliação do papel do Ministério Público na celebração de acordos de leniência: legitimidade e alcance de sua atuação. Exame dos efeitos e impactos práticos causados pelo acordo de leniência em sua recente incidência concreta e na interação com as distintas esferas de responsabilização do ordenamento jurídico nacional. (Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em 31 de outubro de 2018).

17 <http://www.mpf.mp.br/pgt/documentos/ORIENTAO7_2017.pdf>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

18 7) O acordo de leniência deverá conter cláusulas que tratem, pelo menos, dos seguintes pontos:

[...]

7.5.- OBRIGAÇÕES DA COLABORADORA (mínimas):

[...]

pagamento de valor relativo à antecipação de reparação de danos, ressalvado o direito de outros órgãos, instituições, entidades ou pessoas de buscarem o ressarcimento que entenderem lhes ser devido (v. item 10); [...].

19 Conforme expressão utilizada na Nota 888/2018-BCB/Deres.

exime a pessoa jurídica²⁰ colaboradora da obrigação de reparar integralmente o dano porventura causado. Nesse sentido, o ressarcimento dos danos não é condição para celebração do APS, cabendo à área técnica avaliar, cuidadosamente, se, no caso concreto, é melhor firmar o APS, ainda que com postura mais flexível em relação ao dano, cuja reparação completa permanece ressaltada, do que, na opção contrária, deixar de celebrar o instrumento e abster-se de obter a cooperação ativa e plena do interessado para o deslinde de graves infrações no âmbito do sistema financeiro.

19. Por outro lado, com relação à possibilidade de fixação de contribuição pecuniária no APS, a exemplo do que ocorre com o TC (art. 11, III, da Lei nº 13.506, de 2017, e art. 63, IV, da Circular nº 3.857, de 2017), entendo que tal medida não é recomendável no instrumento que ora se analisa. Isso porque, com o cumprimento das condições do TC, nos termos do art. 15²¹ da Lei nº 13.506, de 2017, eventual processo administrativo sancionador instaurado contra o interessado deve ser arquivado e, portanto, não há aplicação de qualquer sanção ao celebrante. Em contrapartida a essa abdicação do poder punitivo estatal – mesmo em casos em que o BCB potencialmente já possua elementos suficientes para a identificação da autoria e materialidade da conduta –, a legislação trouxe a obrigação de que fosse recolhida uma contribuição pecuniária a esta Autarquia, a qual, segundo o art. 11, III, da Lei nº 13.506, de 2017, deve ter seu valor fixado segundo os mesmos critérios legais estabelecidos para as penalidades previstas nesse diploma legal (art. 10²²).

20. De outro giro, no caso do APS, a contrapartida da mitigação do poder sancionatório do BCB escolhida pelo legislador, nos termos do art. 30 da Lei nº 13.506, de 2017, consiste, especialmente, na identificação dos demais envolvidos na prática da infração e na obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. A extinção da ação de natureza administrativa punitiva para o colaborador somente ocorre nos casos em que o BCB não tiver conhecimento prévio da infração noticiada e que o infrator se qualifique em primeiro lugar, nos termos do inciso I do art. 87-A da Circular nº 3.857, de 2017. Nos demais casos, mesmo que celebrado o acordo, o processo administrativo sancionador deve tramitar normalmente e, somente após aplicada a correspondente sanção, é que incidirá o fator redutor de um terço a dois terços da pena, decorrente da assinatura do APS.

21. Dito isso, entendo que, em tese, por ser um acordo firmado entre a Administração Pública e o particular, seria possível fixar outras cláusulas no APS, a depender do caso concreto e da negociação entre os participantes. No entanto, considerando o desenho feito pelo legislador e os objetivos do instituto, não seria juridicamente recomendável a inserção de cláusula de contribuição pecuniária em tal instrumento, por poder ser interpretado como desvio do enfoque dado pelo legislador.

22. Repise-se, aqui, que a situação da obrigação de recolhimento de contribuição pecuniária é distinta daquela de natureza indenizatória, uma vez que essa última, comumente estabelecida em cláusulas de instrumentos de leniência semelhantes ao APS, é cabível em qualquer hipótese de dano decorrente de ato ilícito, nos termos do já mencionado art. 927 do Código Civil.

20 Apesar de o regulamento restringir a obrigação de ressarcimento integral do dano à pessoa jurídica, é certo que, com base no art. 927 do Código Civil, também as pessoas físicas que porventura causem danos no âmbito do sistema financeiro nacional têm o dever legal de ressarcir-los.

21 Art. 15. Durante a vigência do termo de compromisso, os prazos de prescrição de que trata a Lei no 9.873, de 23 de novembro de 1999, ficarão suspensos, e o procedimento administrativo será arquivado se todas as condições nele estabelecidas forem atendidas.

§ 1º O cumprimento das condições do termo de compromisso gerará efeitos exclusivamente na esfera de atuação do Banco Central do Brasil.

§ 2º Na hipótese de descumprimento do compromisso, o Banco Central do Brasil adotará as medidas administrativas e judiciais necessárias para a execução das obrigações assumidas e determinará a instauração ou o prosseguimento do processo administrativo, a fim de dar continuidade à apuração das infrações e de aplicar as sanções cabíveis.

22 Art. 10. Na aplicação das penalidades estabelecidas neste Capítulo, serão considerados, na medida em que possam ser determinados:

I - a gravidade e a duração da infração;

II - o grau de lesão ou o perigo de lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro, à instituição ou a terceiros;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a capacidade econômica do infrator;

V - o valor da operação;

VI - a reincidência;

VII - a colaboração do infrator com o Banco Central do Brasil para a apuração da infração.

23. No que tange à possibilidade de estabelecer cláusula penal no APS – conforme previsto para o TC no art. 65, II, da Circular nº 3.857, de 2017 –, cumpre destacar que tal cláusula, disciplinada nos arts. 408 a 416 do Código Civil, segundo a doutrina de Flávio Tartuce²³, “pode ser conceituada como sendo a penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido”. Ainda segundo o autor, a cláusula penal “*é pactuada pelas partes no caso de violação da obrigação, mantendo relação direta com o princípio da autonomia privada, motivo pelo qual é também denominada multa contratual ou pena convencional. Trata-se de uma obrigação acessória que visa garantir o cumprimento de obrigação principal, bem como fixar, antecipadamente, o valor das perdas e danos no caso de inadimplemento*”.

24. A respeito dos institutos, os especialistas na matéria assim se manifestam²⁴:

[...] a cláusula penal não requer invariavelmente a previsão de uma pena pecuniária, podendo consistir em reforço de garantia de uma obrigação acessória de dar outro bem, fazer ou não fazer.

[...]

A cláusula penal moratória é aquela instituída com o fito de preservar cláusula específica do contrato ou em virtude de mora do devedor. Será a multa exigida conjuntamente à obrigação principal não adimplida, com feição de indenização complementar (art. 411 do CC).

[...]

A cláusula penal compensatória é aquela que estipula multa para a total inexecução contratual, ou seja, nas hipóteses de absoluto descumprimento da obrigação ao tempo de seu vencimento. No instante do inadimplemento, o credor exigirá a penal convencional previamente pactuada e, em caso de recusa ao pagamento da multa, na maioria das vezes disporá de uma ação de execução. [...] Aqui, a cláusula penal tem feição de indenização substitutiva (art. 410 do CC).

25. Em tese, não há impedimento jurídico no estabelecimento de cláusula penal no APS, porquanto se reconheça que as cláusulas constantes no acordo serão ajustadas conforme o princípio da liberdade contratual. Todavia, entendo que não condiz com o referido instrumento a cláusula penal compensatória, que se converte em alternativa ao devedor (art. 410²⁵ do Código Civil), já que as consequências do descumprimento do APS já foram expressamente estabelecidas na legislação, quais sejam: perda dos benefícios previstos no art. 30 da Lei nº 13.506, de 2017 (art. 92²⁶ da Circular nº 3.857, de 2017) e impedimento de celebrar novo APS com o BCB pelo prazo de três anos (§ 2º do art. 32²⁷ da Lei nº 13.506, de 2017). Desse modo, não poderia um acordo entre as partes afastar as consequências legais do descumprimento da avença.

26. Não obstante, teoricamente, seria possível instituir cláusula penal moratória para a segurança de determinada obrigação específica, a exemplo de cláusula em que o signatário se comprometa a antecipar os valores devidos a título de indenização. Nesse sentido, anota-se que a Orientação Conjunta nº 1/2018, firmada entre as 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do MPF²⁸, recomenda que seja estabelecida cláusula penal para a segurança das obrigações de natureza pecuniária previstas no Acordo de Colaboração Premiada de que trata

23 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. P. 38

24 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 598-600. Extraído do Parecer Jurídico 190/2014-BCB/PGBC, de 10 de junho de 2014 (de autoria da Procuradora Amanda Marcos Favre, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça).

25 Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

26 Art. 92. O descumprimento do acordo administrativo em processo de supervisão implica a perda dos benefícios previstos no art. 30 da Lei nº 13.506, de 2017.

27 Art. 32. [...] § 2º Na hipótese de descumprimento do acordo administrativo em processo de supervisão, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo administrativo em processo de supervisão pelo prazo de 3 (três) anos, contado a partir do conhecimento pelo Banco Central do Brasil do descumprimento.

28 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/crc5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

o art. 4^o²⁹ da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (item 30.1³⁰). Vale aqui, novamente, ressaltar que obrigações de natureza pecuniária não são o escopo do APS e que tais espécies de obrigação não foram consideradas no desenho escolhido pelo legislador.

27. Ultrapassado o primeiro questionamento formulado pelo Presidente do Coaps, passo a enfrentar o segundo ponto da consulta.

28. O APS, da mesma forma como ocorre com os demais programas de leniência, possui natureza dúplice, pois correlaciona uma técnica especial de investigação e um meio de defesa. Sobre o tema, valho-me novamente do Estudo Técnico nº 01/2017 – 5^o CCR:

Deriva disto que, em configuração bifronte, apresenta-se, de outro lado, também como um meio de defesa, uma estratégia à disposição do infrator na avaliação das probabilidades relacionadas a sua efetiva punição ou às possibilidades concretas de esquivar-se dela. Mas, ainda assim e por isto mesmo, uma vez inserido na ordem jurídica, trata-se de instrumento oferecido à defesa, cujo manejo não pode ser obstado ou dificultado injustamente, devendo, ao revés, ser autenticamente permitido ao agente colaborador a ele recorrer, e, através de juízo de proporcionalidade, que leve em conta a cooperação com o Estado no curso de investigações e para o maior proveito em relação às sanções que lhe podem ser impostas, dele beneficiar-se em várias vertentes, considerando-se especialmente sua sujeição ao sistema de múltipla incidência de responsabilização do ordenamento vigente. Esta sua natureza dúplice, seja quando tomado como técnica especial de investigação, seja quando utilizado como legítima estratégia de defesa, deve ser levada em conta em sua efetivação, de modo a que se lhe confira a necessária atratividade como opção disponível aos interessados e, ao mesmo tempo, a devida segurança jurídica, sobretudo após implementado em casos concretos, sem qualquer efeito reverso nem redução indevida das garantias afetas ao devido processo legal e à ampla defesa, com os meios a ela inerentes, que, obviamente, delineiam a tarefa de sua operacionalização prática tanto quanto, como não poderia deixar de ser, informam sua compreensão analítica e hermenêutica. (Pgs. 47 e 48).

29. Acrescenta o referido estudo, ainda, que, para que os instrumentos de negociação consensual possam alcançar melhores resultados, é necessário que sejam apresentados, de forma clara ao infrator que pretende colaborar, os elementos de risco a serem sopesados (em que concorrem as probabilidades de detecção pelas autoridades, a severidade das sanções previstas e o receio de punição efetiva) e aqueles de incentivo (afetos aos benefícios legais, o grau de imunidade passível de ser obtida, a transparência e objetividade das regras relativas aos acordos e a espaços limitados de discricionariedade estatal na efetivação de avenças)³¹.

29 Art. 4^o O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

[...].

30 O acordo de colaboração deve, sempre que possível, prever cláusula de garantia real ou fidejussória para o seu cumprimento, com o devido registro na matrícula, em caso de imóvel, sem prejuízo da pena de ressarcimento.

30.1 Sem prejuízo das garantias, é recomendável a previsão de cláusula penal.

31 Estudo Técnico nº 01/2017 – 5^o CCR. Pg. 51.

30. Para que a pessoa natural ou jurídica possa utilizar devidamente o APS como meio de defesa, é imprescindível que as regras atinentes a esse instituto sejam disciplinadas de forma clara, potencializando uma negociação segura, previsível e confiável. Nesse sentido, não vejo como empregar ao art. 87-A, I, da Circular nº 3.857, de 2017, uma interpretação diversa da sua literalidade, no sentido de que o benefício em favor do signatário que se qualificar em primeiro lugar, quando o BCB não possuir conhecimento prévio sobre a infração noticiada, é a extinção da ação punitiva da Administração Pública, e não a redução de um terço a dois terços em sua penalidade.

31. Com base nesse raciocínio, contudo, verifico que a situação hipotética retratada pela área técnica não seria, em uma análise preliminar, factível, já que nos parece que não haveria interesse desta Autarquia em celebrar APS na hipótese de a única pessoa infratora ser a proponente do acordo.

32. É certo que a redação do art. 30, I, da Lei nº 13.507, de 2017, permite a interpretação de que a identificação dos demais envolvidos na prática da infração não seria requisito indispensável para a celebração do APS, tendo em vista a expressão “quando couber” no final do dispositivo legal³²⁻³³. Nesse sentido, em tese, seria possível firmar o acordo quando o proponente apenas trouxesse a esta Autarquia informações ou documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, conforme o inciso II do mencionado art. 30.

33. Todavia, o mesmo art. 30, interpretado em conjunto com o art. 79³⁴ da Circular nº 3.857, de 2017, indica que o acordo somente deve ser celebrado caso resulte utilidade para o processo administrativo sancionador. Considerando que o benefício para a pessoa que se qualificar em primeiro lugar, caso o BCB não possua conhecimento prévio da infração, é a extinção da respectiva ação punitiva, não haveria qualquer utilidade em se trazer mais provas e informações para esse processo, que, ao final, será extinto sem qualquer punição para a pessoa investigada.

34. Portanto, diante da construção da norma regulamentar, a interpretação jurídica mais conservadora aponta para a necessidade de se sustentar que não haverá interesse em firmar APS com pessoa física ou jurídica que tenha praticado o ilícito sem a participação de qualquer outra pessoa, quando o BCB não possua conhecimento prévio sobre a infração, já que não se visualiza, nessa hipótese, utilidade para o processo administrativo sancionador.

35. Cabe ressaltar, todavia, que a presente análise foi feita em tese e não é possível, de antemão, imaginar todas as situações fáticas e jurídicas que poderiam ser apresentadas em propostas de APS. Nesse contexto, esta manifestação não tem a intenção de inviabilizar a construção de entendimentos mais flexíveis que se justifiquem diante de cenários que apresentem, por exemplo, a necessidade de proteção da própria instituição supervisionada ou do SFN.

36. Não se afasta, portanto, a necessidade de análise jurídica em cada caso concreto, devendo a presente manifestação servir de fundamento apenas para as hipóteses em que não se esteja diante dos cenários indicados no item anterior.

32 A mesma expressão consta do art. 89, II, da Circular nº 3.857, de 2017, in verbis: Art. 89. O histórico de conduta, documento que tem o propósito de consubstanciar toda a colaboração por escrito, deve conter, no mínimo: [...] II - a identificação dos demais envolvidos na prática da infração e o detalhamento da participação de cada um, quando couber; [...]. Grifos acrescidos.

33 A expressão “quando couber” também consta no art. 16, I, da Lei nº 12.846, de 2013, mas inexistente no âmbito do Cade, ao que se vê do art. 86, I, da Lei nº 12.529, de 2011.

34 Art. 79. A qualquer momento antes da instauração do processo administrativo sancionador, é cabível a apresentação de proposta de acordo administrativo em processo de supervisão em relação a infrações às normas legais e regulamentares de regência do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios, do Sistema de Pagamentos Brasileiro e a outras normas legais cujo cumprimento seja fiscalizado pelo Banco Central do Brasil.

CONCLUSÃO

37. Diante do exposto, com relação à primeira questão formulada pelo Presidente do Coaps, concluo que:

- a) é juridicamente possível a estipulação de obrigação de natureza indenizatória no APS, sobretudo com o escopo de antecipar a restituição da parte incontroversa de danos eventualmente causados no âmbito do SFN, a exemplo do que ocorre em instrumentos de leniência semelhantes ao APS;
- b) não é juridicamente recomendável o estabelecimento de obrigação de recolhimento de contribuição pecuniária; e
- c) em tese, seria possível estabelecer cláusula penal moratória no APS, notadamente para a segurança de eventual cláusula de antecipação da reparação de danos. A cláusula penal compensatória, contudo, não é compatível com o instituto.

38. Quanto ao segundo questionamento, concluo que o art. 87-A, I, da Circular nº 3.857, de 2017, deve ser interpretado literalmente, de forma que somente é cabível a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor do signatário que se qualificar em primeiro lugar, quando o BCB não possuir conhecimento prévio sobre a infração noticiada. Nessa situação, contudo, não haveria, em uma análise preliminar, interesse em firmar o acordo com a primeira pessoa a se qualificar que tenha praticado o ilícito sem a participação de qualquer outra pessoa, uma vez que não haveria utilidade para o respectivo processo administrativo sancionador.

À consideração de Vossa Senhoria.

ANDRÉ UBALDO ROLDÃO

Procurador do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/MG 128.386

De acordo.

À Sra. Subprocuradora-Geral.

ELIANE COELHO MENDONÇA

Procuradora-Chefe do Banco Central
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)
OAB/MG 78.456

De acordo.

Ao Presidente do Coaps.

WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA

Subprocuradora-Geral do Banco Central
Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCrPG)
OAB/DF 10.000