

O Termo de Compromisso de Cessação e o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão na Esfera de Atuação do Banco Central do Brasil

Lorraine de Paiva Cunha*

Rubia Carneiro Neves**

Introdução. 1 Notícia sobre os impactos da Lei n  13.506/2016 em rela o ao processo administrativo sancionador na esfera de atua o do Banco Central do Brasil. 2 Os meios consensuais de soluço de conflitos. 2.1 O Termo de Compromisso de Cessa o. 2.2 O Acordo Administrativo em Processo de Supervisão. 3 A ausência de incentivos para a confissão da prática infracional no âmbito de atua o do Banco Central do Brasil. Conclusão.

Resumo

A Lei n  13.506/2017 instituiu o Termo de Compromisso de Cessa o e o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão como possíveis meios consensuais de soluço de litígios no âmbito do processo administrativo sancionador a cargo do Banco Central do Brasil. Com uso de revisão bibliográfica e de exegese normativa, este trabalho procurou descrever os requisitos e os efeitos desses dois meios consensuais, bem como o procedimento para a sua celebra o, em compara o com os seus similares, previstos na Lei Antitruste. Tal estratégia permitiu demonstrar que a não exigência do reconhecimento de culpa da prática de infra o como pressuposto para celebrar o Termo de Compromisso de Cessa o e a ausência de imunidade penal no âmbito do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão podem caracterizar-se como desincentivo   confissão da prática de infra o e   colabora o para as investiga es no processo sancionador administrativo na esfera de atua o do Banco Central.

Palavras-chave: Processo Administrativo Sancionador. Banco Central do Brasil. Termo de Compromisso de Cessa o. Acordo Administrativo em Processo de Supervisão. Desincentivo. Confissão.

* Graduada no curso de Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

** Professora e pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

The Commitment Decision and the Administrative Settlement in Supervision Process within the Brazilian Central Bank's sphere of action

Abstract

Law 13.506/2017 established the Commitment Decision to stop infringement and the Administrative Settlement in Supervision Process as possible consensual means to settle disputes within the scope of the sanctioning administrative proceeding carried out by the Central Bank of Brazil. Based both on interpretation of the rule and on bibliographic review, this paper sought to describe the requirements and effects of these two consensual means, as well as the procedure for their execution, in comparison with their counterparts provided for in the Antitrust Law. Such a strategy has demonstrated that the non-requirement of admission of infringement as a requisite to enter into a Commitment Decision and the absence of criminal immunity under the Administrative Settlement in Supervision Processes can be deemed a disincentive to confessing the infringement and collaborating with investigations in the administrative sanctioning process within the Central Bank's sphere of action.

Keywords: *Administrative Sanctioning Process. Central Bank of Brazil. Commitment Decision. Administrative Settlement in Supervision Process. Disincentive. Confession.*

Introdução

O processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil sofreu importantes mudanças com a promulgação da Lei nº 13.506/2017. Além de estabelecer de forma mais clara as condutas das instituições financeiras passíveis de punição, instituiu dois meios consensuais de solução de litígios: o Termo de Compromisso de Cessação, que visa compelir o agente infrator a cessar a prática que esteja sendo investigada e seus respectivos efeitos lesivos, além de corrigir irregularidades e indenizar prejuízos; e o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, que pretende incentivar a confissão do agente que esteja praticando infração no âmbito do mercado financeiro, bem como fomentar a sua colaboração com as investigações em troca de extinção ou redução da penalidade aplicável.

Apesar de esses dois meios consensuais poderem ser usados no âmbito da atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o tema teve a sua abordagem recortada em torno da atuação do Banco Central do Brasil (BCB).

Assim, este trabalho procurou descrever os requisitos e os efeitos do Termo de Compromisso de Cessação e do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, bem como o procedimento para a sua celebração, em comparação com os seus similares previstos na Lei Antitruste. Tal método permitiu demonstrar que a não exigência do reconhecimento de culpa da prática de infração como pressuposto para celebrar o Termo de Compromisso de Cessação e que a ausência de imunidade penal no âmbito do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão podem caracterizar-se como desincentivo à confissão da prática de infração e à colaboração para as investigações no processo sancionador administrativo conduzido pelo Banco Central do Brasil.

Para chegar a tal resultado, apresentou-se o conceito de processo administrativo sancionador e de forma breve as suas fases processuais. Depois, cada um dos mecanismos foi descrito e, ao final, apresentou-se síntese analítica quanto às suas diferenças em relação aos similares previstos na Lei

Antitruste. Utilizou-se de revisão bibliográfica e de exegese normativa com observância da vertente jurídica dogmática, pois foram analisadas as disposições normativas vigentes a respeito do tema.

I Notícia sobre os impactos da Lei nº 13.506/2017 em relação ao processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) é disciplinado pela Lei nº 4.595/1964, por meio da qual foram criados o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o BCB. Tal diploma normativo foi recepcionado pela Constituição da República de 1988¹ com *status* de Lei Complementar, e tem passado por diversas alterações nas últimas décadas, interessando ao presente trabalho aquelas que tangem ao processo punitivo sob a responsabilidade do CMN e do BCB.

Dotado de poder regulador, cabe ao BCB, entre outras funções, observar, executar e regulamentar as normas específicas sobre o funcionamento do mercado financeiro expedidas pelo CMN, além de autorizar e fiscalizar a atuação das instituições financeiras no Brasil (TOGNETTI, 2012, p. 108/114).

Para desempenhar a sua competência fiscalizatória sobre as instituições financeiras, além de poder determinar a adoção de medidas prudenciais preventivas², o Banco Central do Brasil detém dever legal de instaurar processo administrativo sancionador, quando verificada a prática de infração às normas que regem o exercício das atividades por ele supervisionadas (OSÓRIO, 2007, p. 13-39; CUEVA, 2007, p. 281-309; BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018).

Ou seja, caso sejam adotadas pelas instituições financeiras condutas que atentem contra o SFN, cabe ao BCB instaurar o processo administrativo sancionador, que consiste no procedimento que visa a apurar as infrações praticadas e a restabelecer o equilíbrio do sistema com a aplicação das sanções cabíveis.

As originais disposições contidas na Lei nº 4.595/1964 que tratavam sobre a matéria vinham se mostrando insuficientes à disciplina dos atos sancionadores no âmbito das instituições financeiras, haja vista que não tipificavam de forma detalhada o conteúdo das infrações, o que vinha ensejando questionamento judicial das decisões proferidas no âmbito do processo administrativo sancionador a cargo do BCB, porque baseadas em normas infralegais.

Por essa razão, algumas normas expedidas pelo CMN e pelo BCB passaram a reger o processo administrativo sancionador a cargo deste último, a exemplo da Resolução nº 1.065/1985 do CMN, que por alguns anos regulamentou a aplicação das penalidades às instituições financeiras que infringissem as disposições legais. Subsidiariamente, a Lei Geral do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) também passou a ser aplicada ao processo sancionador conduzido pelo BCB.

Contudo, ainda se mostrava necessário o aprimoramento do processo administrativo sancionador de competência do BCB. A primeira tentativa nesse sentido se deu por meio da edição da Medida Provisória nº 784, de 7 de junho de 2017, que teve seu prazo de vigência encerrado em 19 de outubro de 2017³.

Em seguida, adveio a promulgação da Lei nº 13.506/2017, que reproduziu quase na íntegra as disposições contidas na referida Medida Provisória.

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "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".

2 Art. 3º da Resolução nº 4.019/2011 do CMN.

3 Vide Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 56, de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Congresso/adc-056-mpv784.htm.

A nova lei trouxe a previsão de um rol taxativo de dezessete infrações passíveis de punição, medida de grande importância para o processo punitivo a cargo do BCB, uma vez que pode evitar que as decisões sancionadoras por ele tomadas venham a ser posteriormente anuladas pelo Poder Judiciário, já que não mais fundamentadas somente em normas infralegais⁴.

Também apresentou amplo enquadramento de condutas no conceito de infração grave, passando a considerar como tal qualquer prática que seja capaz de produzir: dano à liquidez, solvência ou higidez ou assunção de risco incompatível com a estrutura patrimonial das pessoas supervisionadas; dificuldade para o conhecimento da real situação patrimonial ou financeira de pessoa supervisionada; indisciplina no mercado financeiro ou instabilidade ou funcionamento irregular do SFN, do Sistema de Consórcios, do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) ou do mercado de valores mobiliários; impacto na finalidade e continuidade das atividades ou das operações no âmbito do Sistema SFN, do Sistema de Consórcios, do SPB ou do mercado de valores mobiliários.

As penalidades aplicáveis foram remodeladas, sendo cabível a imposição das seguintes sanções em face dos agentes infratores: admoestação pública; multa de até R\$2 bilhões ou 0,5% da receita de serviços e de produtos financeiros, devendo ser aplicado o valor que for maior; proibição de praticar atividades por até vinte anos, dirigida às instituições autorizadas a funcionar pelo BCB; proibição direcionada às pessoas físicas, por até vinte anos, de prestar serviços para as instituições supervisionadas pelo BCB; inabilitação por até vinte anos para atuar como administrador e para o exercício de cargos em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de instituições autorizadas a funcionar pelo BCB; e cassação de autorização para funcionamento.

Por fim, a nova lei passou a admitir a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas e acautelatórias⁵ às pessoas supervisionadas pelo BCB, e introduziu o Termo de Compromisso de Cessação e o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão como meios consensuais de solução dos conflitos, o foco deste trabalho.

2 Os meios consensuais de solução de conflitos

As medidas coercitivas e acautelatórias consistem em providências que podem ser adotadas a fim de evitar ou fazer cessar a prática de atos que atentem contra o SFN. O Termo de Compromisso de Cessação e o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, por sua vez, foram instituídos para aparelhar o BCB com efetivos mecanismos para sua atuação na coerção, fiscalização e punição das instituições financeiras, e, sobretudo, para evitar ou minorar possíveis danos e seus efeitos ao SFN.

2.1 O Termo de Compromisso de Cessação

O Termo de Compromisso de Cessação consiste no acordo que pode ser firmado entre o agente infrator investigado e o BCB, antes da instauração do processo ou em quaisquer de suas fases, ou seja, deve preceder à tomada de decisão de primeira instância, na qual a autoridade administrativa deixa de instaurar o processo punitivo ou o suspende, conforme seu critério, com vistas a atender

⁴ Cf. <http://www.mattosfilho.com.br/Memorandos/memocont270617-2.pdf>.

⁵ Arts. 16 e 17 da Lei nº 13.506/2017.

ao interesse público, desde que o compromissário assuma os deveres de: i) cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos; ii) corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos; e iii) cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, inclusive providenciando o recolhimento de contribuição pecuniária⁶.

Os elementos da definição legal desse instituto acompanham a conceituação doutrinária construída a respeito de mecanismo similar previsto no âmbito da regulação do domínio econômico e que atualmente tem sido adotado em diferentes esferas administrativas brasileiras (MARRARA, 2017, p. 279).

Trata-se de instrumento que objetiva interromper a prática de condutas ilícitas e retomar o equilíbrio do SFN, substituindo as possíveis sanções aplicáveis aos agentes da conduta delituosa por imposições mais eficazes na defesa do interesse público e na repressão das práticas ilegais.

De caráter reparatório, o Termo de Compromisso de Cessação preza mais pelo fim da prática de condutas ilícitas, com o conseqüente retorno ao estado de legalidade, em detrimento da punição do agente infrator, mesmo porque, com o cumprimento do acordo e o conseqüente arquivamento do processo administrativo sancionador, a aplicação das punições perde o seu objeto. Claro que, se as investigações tiverem sido suspensas, será possível retomá-las em caso de descumprimento do acordo.

A sua celebração depende de a Administração Pública julgar conveniente e oportuno (PINTO, 2016, p. 51), devendo a proposta de termo de compromisso ser rejeitada se versar sobre fatos que representem indícios de infração grave; sobre infrações relacionadas ao registro e censo de capitais estrangeiros no país e à declaração de capitais brasileiros no exterior, disciplinados pelas Leis nº 4.131, de 1962, e 11.371, de 28 de novembro de 2006, pela Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e pelo Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969; e se não houver interesse do BCB na sua celebração⁷.

Tem natureza jurídica semelhante à transação judicial⁸, que prevê a possibilidade de as partes extinguirem o litígio por meio de concessões mútuas, sujeitas à homologação (VILLARES, 2009, p. 126; CARNAES, 2016, p. 110).

A instituição financeira investigada deve apresentar proposta ao BCB, que será sigilosa⁹ até a celebração do termo e não suspenderá o processo, devendo conter os deveres objetivamente verificáveis e delimitados no tempo, em especial: a declaração de cessação da prática investigada e/ou de seus efeitos lesivos; as medidas que serão adotadas para correção das irregularidades apontadas e o prazo previsto para tanto; a descrição e a quantificação dos prejuízos porventura causados, o modo e o prazo para sua efetiva indenização; e o valor da contribuição pecuniária a ser recolhida¹⁰.

A decisão quanto à aceitação ou rejeição da proposta cabe ao órgão colegiado do BCB¹¹. Uma vez celebrado o Termo de Compromisso de Cessação, deverá ser publicado no sítio eletrônico do BCB em até 5 (cinco) dias após a sua assinatura¹², suspendendo-se, a partir de então, o processo punitivo que dele decorre em relação ao compromissário¹³.

6 Art. 11, *caput*, incisos I, II e III, da Lei nº 13.506/2017.

7 Art. 62-A, parágrafo único, da Circular nº 3.857/2017 do Banco Central do Brasil. A redação original desta Circular estabelecia, no parágrafo único do art. 64, os elementos a serem observados pelo BCB para aprovar proposta de termo, quais sejam, a conveniência e a oportunidade na celebração do compromisso, a natureza e a gravidade das infrações e os antecedentes do interessado. Este parágrafo único foi revogado pela Circular nº 3.910, de 17/8/2018, sob a justificativa delineada na exposição de motivos (item 10), segundo a qual a presença de indícios de infração grave deve ser suficiente para rejeição de celebração do termo de compromisso.

8 BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: "Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas".

9 Art. 13, §1º, da Lei nº 13.506/2017.

10 Art. 62 da Circular nº 3.857/2017 do Banco Central do Brasil.

11 Art. 11, §3º, da Lei nº 13.506/2017.

12 Art. 13 da Lei nº 13.506/2017.

13 Art. 11, §2º, da Lei nº 13.506/2017.

Além dos deveres estipulados nos incisos do art. 11 da Lei 13.506/2017, o Termo de Compromisso de Cessação celebrado pode estabelecer uma cláusula penal para o caso de descumprimento total ou parcial do acordo, para a hipótese de mora do devedor ou para a garantia especial de determinada cláusula¹⁴, e ainda consignar a periodicidade com que o compromitente deverá fornecer ao BCB informações acerca do cumprimento dos deveres por ele assumidos¹⁵.

Em caso de cumprimento das condições do Termo de Compromisso de Cessação, o processo administrativo é arquivado, com a ressalva de que ele gerará efeitos tão somente no âmbito de atuação do BCB¹⁶.

Na hipótese de descumprimento do acordo, além de aplicar as medidas administrativas cabíveis, o BCB deve determinar a instauração ou o prosseguimento do processo, a fim de dar continuidade à apuração das infrações e aplicar as sanções cabíveis¹⁷.

O Termo de Compromisso de Cessação constitui título executivo extrajudicial e não importa confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento quanto à ilicitude da conduta analisada¹⁸.

A celebração do Termo de Compromisso de Cessação não prejudica o dever legal do BCB de comunicar ao Ministério Público e aos demais órgãos competentes sobre a possível ocorrência de crimes contra o SFN¹⁹. Assim como pode o representante do Ministério Público requisitar informações ao BCB ou o acesso às suas bases de dados sobre os acordos firmados pela Autarquia²⁰.

2.2 O Acordo Administrativo em Processo de Supervisão

O Acordo Administrativo em Processo de Supervisão pode ser celebrado entre o agente infrator, seja pessoa física ou jurídica, e o BCB, visando à extinção ou redução de 1/3 a 2/3 das penalidades que lhe possam ser aplicáveis, em contrapartida da sua colaboração efetiva com as investigações, da qual resulte tanto a identificação dos demais agentes participantes da infração quanto a obtenção de informações e/ou documentos que comprovem a conduta ilícita sob investigação²¹.

Trata-se de figura muito próxima ao Acordo de Leniência firmado entre a Administração Pública e as pessoas que, confessadamente, praticaram infrações *lato sensu*, as quais, em troca da extinção da ação de pretensão punitiva que tramita em seu desfavor ou da redução das penas que lhes possam ser aplicáveis, cooperam com as autoridades competentes na obtenção de provas da conduta ilícita investigada, além de identificar outros agentes envolvidos na prática delituosa (ABDOU, 2014, p. 3).

O Acordo Administrativo em Processo de Supervisão pode ser admitido como espécie de “delação premiada”, uma vez que o colaborador obtém uma “premiação”, consistente na redução ou extinção de sua punição, em contrapartida ao auxílio prestado ao BCB no processo punitivo.

Trata-se de importante mecanismo diante da dificuldade de obtenção de provas da ocorrência de determinadas infrações, permitindo que o BCB adquira, diretamente de um dos envolvidos na prática da conduta, documentos e informações que garantam a punição dos demais agentes infratores.

14 Art. 12 da Lei nº 13.506/2017.

15 Art. 65 da Circular nº 3.857/2017 do Banco Central do Brasil.

16 Art. 15, §1º, da Lei nº 13.506/2017.

17 Art. 15, §2º, da Lei nº 13.506/2017.

18 Art. 14, *caput* e parágrafo único da Lei nº 13.506/2017.

19 Art. 13, §2º, da Lei nº 13.506/2017.

20 Art. 13, §3º, da Lei nº 13.506/2017.

21 Art. 30, *caput*, I e II, da Lei nº 13.506/2017.

Com natureza de transação, uma vez que concebido por acordo de vontades, com a imposição de deveres recíprocos aos contraentes, por ser pacto firmado com a Administração Pública, se submete ao regime de direito público, o que, por sua vez, impõe a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Doutrinariamente, considerava-se que, por decorrer de ato administrativo vinculado, significaria que, uma vez preenchidos, pelo particular, os requisitos para celebração do Acordo, a Administração Pública seria obrigada a realizá-lo (COURA, 2016, p. 1). Dessa forma, o instituto em questão produziria um direito subjetivo para aquele que pretendesse celebrá-lo e atendesse aos seus requisitos, o que lhe conferiria segurança jurídica, ao mesmo tempo em que protegeria o interesse público de punir os agentes infratores.

Contudo, o art. 30 da Lei nº 13.506/2017, ao prever o instituto, utiliza o verbo “poderá” para tratar da possibilidade de o BCB celebrar o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, podendo levar à interpretação de afastamento da ideia de obrigatoriedade, como também de reforço à discricionariedade da administração pública desde que atue conforme a lei.

Para a celebração do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, é necessário que²²: i) o beneficiário do acordo seja o primeiro a se qualificar em relação à infração noticiada ou sob investigação; ii) o envolvimento na prática da conduta delituosa cesse completamente a partir da data da propositura do acordo; iii) a autoridade competente não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação dos agentes infratores por ocasião da propositura do acordo; iv) o beneficiário do acordo confesse a sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo sempre que solicitado a todos os atos processuais, até o seu encerramento.

A pessoa física que pretenda celebrar o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão com o BCB está dispensada de ser a primeira a se qualificar em relação à infração noticiada ou sob investigação. E tal condição também pode ser dispensada para a pessoa jurídica, desde que se beneficie exclusivamente da redução de um terço da penalidade a ela aplicável²³.

A proposta do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão pode ser apresentada a qualquer momento antes da instauração do processo punitivo e, quando este já tiver sido instaurado, até a decisão de primeira instância, devendo conter informação sobre outras propostas de acordo, acerca da mesma prática, apresentadas a outras autoridades, desde que não haja vedação para tanto²⁴.

Quando não atendidas às determinações do BCB pelo agente infrator, no tempo e modo estabelecidos, a proposta de acordo deve ser rejeitada²⁵, o que não importa em confissão quanto à matéria de fato, tampouco em reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, e impede que a proposta seja divulgada²⁶.

Caso o acordo não seja celebrado, todos os documentos são devolvidos ou descartados, ficando vedado o uso de tais documentos para fins de responsabilização, exceto quando a Administração Pública Federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão. Contudo, não se impede a instauração de processo punitivo para apurar as mesmas infrações relacionadas à proposta de acordo quando fundada em indícios ou provas autônomos²⁷.

22 Art. 30, §2º, da Lei nº 13.506/2017.

23 Art. 30, §§3º e 4º, da Lei nº 13.506/2017.

24 Art. 79 da Circular nº 3.857 do Banco Central do Brasil.

25 Art. 82, parágrafo único, da Circular nº 3.857 do Banco Central do Brasil.

26 Art. 31, §1º, da Lei nº 13.506/2017.

27 Art. 85 da Circular 3.857 do Banco Central do Brasil.

A aceitação da proposta implica a celebração do Acordo, no qual serão fixadas as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração do proponente e o resultado útil do processo punitivo²⁸.

Uma vez cumprido o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, observando-se o atendimento das condições nele estipuladas, a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator quanto ao cumprimento do acordo²⁹, são aplicados automaticamente os benefícios previstos em favor do investigado: a extinção da ação administrativa punitiva ou a redução de sua pena³⁰.

Em contrapartida, caso não seja cumprido o Acordo, o agente infrator perde automaticamente os benefícios previstos no art. 30 da Lei 13.506/2017³¹, ficando impedido de celebrar novo Acordo Administrativo em Processo de Supervisão por três anos, a partir da data em que for constatada a irregularidade pelo BCB³².

A Lei nº 13.506/2017 não confere imunidade penal para aquele que firma o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão. Ao contrário, prevê expressamente que a sua celebração não interfere na atuação do Ministério Público e dos demais órgãos públicos em suas respectivas competências³³.

Reforça a ausência de imunidade penal a previsão de que o sigilo da proposta de acordo não prejudica o dever legal do BCB de informar aos órgãos competentes a possível ocorrência de crimes, além de permitir que o Ministério Público requirite informações ou acesso ao sistema do BCB sobre os acordos administrativos celebrados em processo de supervisão³⁴. Do mesmo modo o faz ao estabelecer que a Autarquia deve manter fórum de comunicação permanente com o órgão ministerial, inclusive por meio de acordo de cooperação técnica, para facilitar a sua notificação quanto aos crimes por ela constatados³⁵.

Diante de tais condições, foi possível formular a hipótese, segundo a qual, a nova legislação não apresenta incentivos para a aplicação equilibrada desses institutos no processo administrativo sancionador na esfera de atuação do BCB. Passa-se a apresentar a interpretação sistemática das normas concernentes a tais institutos e os argumentos que levaram à confirmação da hipótese delineada.

3 A ausência de incentivos para a confissão da prática infracional no âmbito de atuação do Banco Central do Brasil

Somente pode celebrar o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão aquele que primeiro se apresentar em relação à prática delituosa investigada. Tal condição se justifica como incentivo ao sujeito que toma a iniciativa de confessar, sendo certo que para que tal medida se constitua em incentivo de fato, não se pode conferir os benefícios inerentes ao instituto a todos aqueles que infringirem a lei, sob pena de a sua aplicação vir a se tornar ineficaz e, assim, aumentar o risco de cometimento de novas infrações (ABDOU, 2014, p. 9).

A celebração de um Acordo Administrativo em Processo de Supervisão deve propiciar a identificação dos demais envolvidos na prática de determinada conduta delituosa, levando esses

28 Art. 87 da Circular 3.857 do Banco Central do Brasil.

29 Art. 32, caput, I, II e III, da Lei nº 13.506/2017.

30 Art. 32, §1º, da Lei 13.506/2017.

31 Art. 92 da Circular nº 3.857 do Banco Central do Brasil.

32 Art. 32, §2º, da Lei 13.506/2017.

33 Art. 30, §6º, da Lei 13.506/2017.

34 Art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei 13.506/2017.

35 Art. 31, §4º, da Lei nº 13.506/2017.

outros infratores delatados a firmarem o Termo de Compromisso de Cessação, em seus respectivos processos punitivos, uma vez que essa se tornará a única alternativa consensual de solução de conflito à disposição dos infratores delatados.

Assim, o desenho desses institutos consensuais pode e deve ser apresentado no texto legal para que funcionem de forma integrada, na medida em que a sua aplicação concomitante pode conferir maior alcance e mais eficácia na dissuasão das práticas ilícitas pelo BCB. Para tanto, é necessário que as condições relativas à celebração de ambos os instrumentos não provoquem a sobreposição de um em relação ao outro, mas, ao contrário, viabilizem a utilização complementar de suas funções em prol da dissuasão da prática de infrações contra o SFN.

No âmbito da Lei Antitruste do Direito brasileiro, o uso dos referidos institutos já se encontra consolidado, tendo havido debate acerca dos pressupostos para a celebração do Termo de Compromisso de Cessação, sobretudo sobre haver necessidade ou não do compromissário assumir sua culpa pela prática da conduta investigada.

Partindo do objetivo de tal instituto, que, como já exposto nesse trabalho, é o de fazer cessar a prática da conduta ilícita imediatamente e restabelecer o equilíbrio do sistema, não seria necessário, à primeira vista, estabelecer o reconhecimento de culpa como um requisito essencial à sua celebração (PEREIRA, 2011, p. 72).

Isso porque a exigência de assunção de culpa poderia impor um ônus ao compromissário muito maior do que o benefício auferido, já que, apesar de haver uma significativa redução dos gastos que o agente infrator teria com o processo e com a multa da condenação, que seria maior que a contribuição pecuniária estabelecida no acordo, o investigado ficaria extremamente vulnerável a ser demandado em ações de indenização propostas por terceiros e também a sanções criminais.

Contudo, verificou-se no âmbito da Lei Antitruste que o não reconhecimento de culpa influenciava muito na celebração do Acordo de Leniência, uma vez que seria muito mais vantajoso para o agente infrator celebrar o Termo de Compromisso de Cessação quando a autoridade tomasse conhecimento da conduta ilícita e, com isso, obter a suspensão do processo punitivo, pagando uma multa reduzida em relação à da possível condenação, sem ficar tão vulnerável à condenação em processos criminais ou civis, além de não ter que identificar outros envolvidos na conduta delituosa (ABDOU, 2014, p. 8-9).

Por essa razão, o Cade, a partir da Resolução nº 46/2007³⁶, passou a exigir a confissão de culpa do compromissário para se firmar o Termo de Compromisso de Cessação em casos em que tenha sido celebrado Acordo de Leniência, a fim de que este instituto não fosse subutilizado em relação àquele.

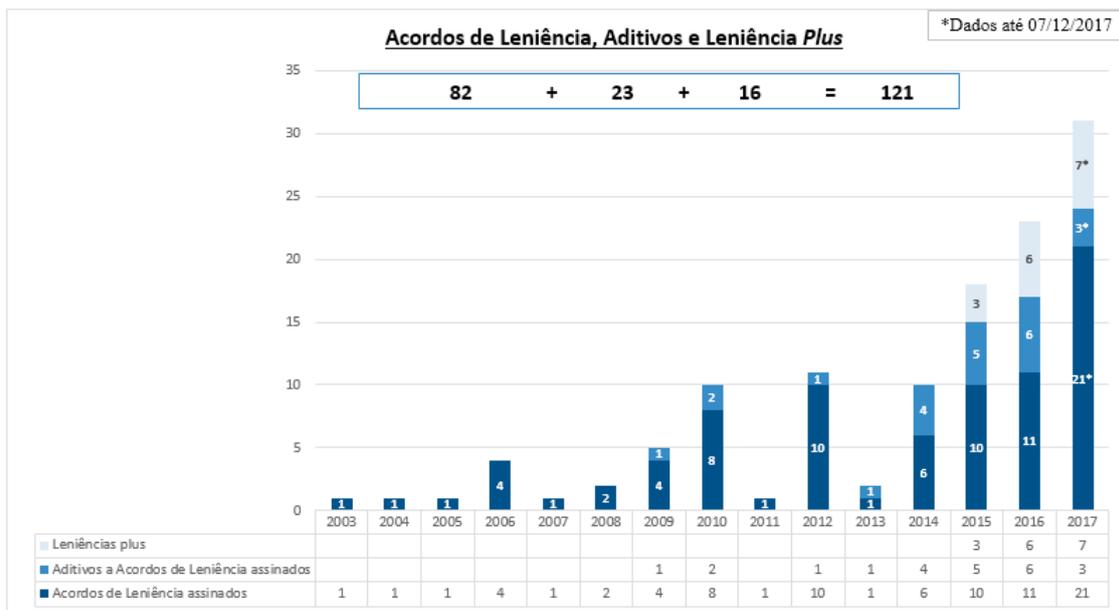
Nos demais casos, tal exigência é facultada pelo Cade, o que se mostra coerente, pois a celebração prévia de um Acordo de Leniência garante que a autoridade disponha de provas da prática da conduta ilícita e dos envolvidos, de modo que seria mais vantajoso para o agente infrator celebrar o Termo de Compromisso de Cessação, mesmo com o reconhecimento de culpa, do que suportar a condenação do processo punitivo. Sem a existência de Acordo de Leniência previamente celebrado, é possível que a autoridade não tenha provas suficientes para a condenação do infrator, o que tornaria pouco vantajosa a celebração do Termo de Compromisso de Cessação com o reconhecimento de culpa para o compromissário, haja vista que o risco de condenação no processo administrativo sancionador e nas searas criminal e cível seria menor.

Após a referida alteração, o número de acordos celebrados no âmbito do Cade cresceu significativamente. Tal medida preserva “a corrida” entre os membros de um cartel em direção à

³⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução nº 46, de 4 de setembro de 2007: “Art. 129-G - Nos casos em que houver sido celebrado acordo de leniência pela SDE, o compromisso de cessação deverá necessariamente conter reconhecimento de culpa por parte do compromissário. Nos demais casos, a exigência da confissão de culpa ficará a critério do Cade”.

celebração do Acordo de Leniência e permite que ambos os institutos funcionem conjuntamente de forma equilibrada (PEREIRA, 2011).

Evidências empíricas confirmam essa conformação do uso equilibrado entre os dois meios consensuais de conflito, haja vista que o número de Acordos de Leniência no âmbito da Lei Antitruste celebrados após 2007 até o ano de 2010 teve aumento em sua procura pelos agentes econômicos. Tal fato também é evidenciado pelo crescente número de acordos celebrados após 2013, quando foi editada a Resolução nº 5/2013 do Cade, que confirmava a necessidade de reconhecimento de culpa para a celebração do Termo de Compromisso de Cessação nos casos em que já havia sido celebrado Acordo de Leniência³⁷. O retrato do mencionado aumento aparece na tabela a seguir³⁸:



Em direção oposta, todavia, a Lei nº 13.506/2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do BCB, prevê expressamente que o Termo de Compromisso de Cessação não importa em confissão de culpa, o que gera uma preocupação no sentido de que esse instituto possa se tornar muito mais vantajoso em relação ao Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, de modo que aquele seja utilizado estrategicamente em detrimento deste. Claro que tal vantagem não se verificaria nos casos em que a conduta investigada se trata de infração grave, já que não seria cabível a celebração do Termo de Compromisso de Cessação, conforme art. 11, §4º, da Lei nº 13.506/2017.

Soma-se a isso o fato de que, também em sentido oposto às diretrizes da Lei Antitruste, no processo punitivo do âmbito de atuação do BCB, a celebração do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão não confere ao infrator o benefício da imunidade penal, que é uma das vantagens mais atrativas para aqueles que pretendem colaborar com as investigações e celebrar tal pacto com a autoridade administrativa.

37 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução nº 5, de 6 de março de 2013: “Art. 185. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário”.

38 Cf. <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em: 6 ago. 2018.

Ao contrário, na esfera de atuação do BCB, há, inclusive, disposições que incentivam esta autarquia a informar os órgãos competentes acerca da possível prática de crimes e manter fórum de comunicação com eles.

A ausência de imunidade penal no Acordo Administrativo em Processo de Supervisão constitui em inexistência de importante incentivo para a corrida do agente infrator, adicionada à necessidade de sua confissão. Assim, as duas normas analisadas consistem em desincentivos à aplicação de tal instrumento consensual no bojo do processo punitivo de competência do BCB.

Nos Estados Unidos da América, num primeiro momento, também não se conferia a imunidade penal de forma automática ao leniente, e por esse motivo não se obteve os resultados esperados nos primeiros anos da instituição do acordo de leniência.

Somente a partir de 1993, com a criação do *Amnesty Program*, foram identificados resultados positivos quanto à utilização do instituto (SALOMI, 2012, p. 138-145), o que se deve, principalmente, ao fato de que a nova política passou a conceder automaticamente a leniência à pessoa jurídica delatora, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos para a concessão do benefício.

Por essa razão, a média de celebração de Acordos de Leniência nos Estados Unidos, que antes de 1993 era de uma por ano, aumentou para uma por mês após esse ano e, entre os meses de outubro de 2002 e março de 2003, alcançou a média de três acordos celebrados por mês (GRIFFIN, 2003)³⁹.

Do que se conclui que concessão do benefício de imunidade penal ao agente infrator que pretende celebrar o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão é fator determinante na sua escolha quanto às possibilidades de solução do processo administrativo sancionador, a saber, aguardar o seu julgamento, celebrar um Acordo Administrativo em Processo de Supervisão ou celebrar um Termo de Compromisso de Cessação.

Portanto, o que se observa a partir das disposições da Lei nº 13.506/2017 é que pode haver uma grande vantagem ao investigado em se celebrar o Termo de Compromisso de Cessação em detrimento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, haja vista que naquele não há a exigência de reconhecimento de culpa pela prática da conduta ilícita, o que reduz substancialmente o risco de responsabilização civil ou criminal do agente infrator. Ao passo que no Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, além de o investigado ter que assumir sua culpa, ficando vulnerável à reparação de danos a terceiros, ele não obtém a imunidade penal e ainda deve colaborar com as investigações, apresentando informações e documentos que identifiquem os demais envolvidos.

Destarte, mostra-se muito mais interessante para o agente infrator correr o risco de ser descoberto pela autoridade e, nesse momento, celebrar o Termo de Compromisso de Cessação, do que se apresentar a ela confessando a prática da conduta ilícita para celebrar o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão e se ver vulnerável a sanções criminais e civis.

Inclusive, em diferentes estudos sobre coexistência desses instrumentos no âmbito de atuação do Cade, a conclusão é a de que a exigência de reconhecimento de culpa para celebração do Termo de Compromisso de Cessação em casos que houve a celebração do Acordo de Leniência e a imunidade penal concedida como benefício desse último é que mantém o equilíbrio da aplicação conjunta deles. Caso contrário, se não houvesse tais disposições, o Termo de Compromisso de Cessação poderia ser alternativa mais interessante para o agente infrator (PEREIRA, 2011, p. 52 e 99; ADBOU, 2014, p. 11).

39 *Application Rate. The revised Corporate Leniency Program has resulted in a surge in amnesty applications. Under the old policy, the Division obtained roughly one amnesty application per year. Under the new policy, the application rate has jumped to more than one per month. (In the first six months of this fiscal year (October 2002 - March 2003), amnesty applications jumped to three per month, an all time high.) Tradução livre: Frequência de aplicações. O atualizado Programa de Leniência Corporativa resultou em um aumento de aplicações de anistia. Sob a antiga política, a Divisão obteve em média uma aplicação por ano. Sob a nova política, a quantidade de aplicações aumentou para mais de uma por mês. (Nos primeiros seis meses desse ano fiscal [outubro 2002 - março 2003], as aplicações de anistia aumentaram para três por mês, um recorde até então.)*

Assim, pela análise comparativa com a Lei Antitruste e com a experiência estadunidense, o que se vê é que a implementação dos meios consensuais de solução de conflitos na nova lei já se inicia em condição menos avançada em relação a elas, merecendo futuras pesquisas sobre a evolução da aplicação do instituto a fim de se confirmar a conclusão a que se chegou neste trabalho, ou seja, que será necessário o seu aperfeiçoamento pela via da alteração legislativa.

Conclusão

Ainda que a instituição dos meios consensuais de solução de conflitos no processo administrativo sancionador a cargo do BCB represente significativa evolução no combate a condutas que atentem contra o SFN, verificou-se que a Lei nº 13.506/2017 pode ser aprimorada, a fim de que seja garantida a efetividade da aplicação dos instrumentos consensuais e a convivência harmônica entre eles.

Fazendo uma análise comparativa entre esse diploma normativo e a Lei Antitruste, bem como com a experiência norte-americana, foi possível concluir que a exigência de reconhecimento de culpa pela prática da infração como pressuposto da celebração do Termo de Compromisso de Cessação relativo à conduta que já tenha sido objeto de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão e a imunidade penal conferida como benefício para aqueles que celebram este acordo na Lei Antitruste são aspectos fundamentais para que o primeiro deles não seja utilizado estrategicamente em detrimento do segundo.

Tal como estão desenhados os dois meios consensuais de conflito na Lei nº 13.506/2017, mostra-se muito mais interessante para o agente infrator correr o risco de ser descoberto pela autoridade e, nesse momento, celebrar o Termo de Compromisso de Cessação, sem a confissão de sua culpa e, assim, sem ficar tão vulnerável a possíveis condenações civil e criminal, do que se apresentar à Administração confessando a prática da conduta ilícita para celebrar o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, delatar outros envolvidos na conduta e, ainda, e se ver vulnerável a sanções criminais e civis.

Ainda que para alguns casos (Lei nº 12.850/2013) seja possível haver interlocução entre o Ministério Público e o Banco Central, viabilizando que o infrator pudesse se dirigir àquele primeiro tentando afastar a punição penal, verificou-se que para o Acordo Administrativo em Processo de Supervisão não venha a ser subutilizado em relação ao Termo de Compromisso de Cessação e, desse modo, não se torne ineficaz, é preciso se considerar a possibilidade de alteração da Lei nº 13.506/2017, de modo que se incorpore a imunidade penal como benefício conferido a quem celebra tal Acordo e seja exigida a confissão de culpa, ao menos nos casos em que a conduta ilícita tenha sido objeto de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, como requisito para a celebração do Termo de Compromisso de Cessação.

A partir disso, poderá se esperar que a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos no processo punitivo na esfera de atuação do BCB obtenha o sucesso já experimentado pela Lei Antitruste no combate das condutas ilícitas.

Referências

- ABDOU, Tamara Ghassan. A Coexistência do termo de compromisso de cessação de prática e o programa de leniência: possibilidade ou mera ilusão? *In*: BARACHO, Hertha Urquiza. POMPEU, Gina Vidal Marcílio. GONÇALVES, Everton das Neves (Org.). **Direito e economia I**. Florianópolis: CONPEDI/UFPB, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c66b42fcd7e375b4>. Acesso em: 3 ago. 2018.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sobre os processos administrativos sancionadores no Banco Central do Brasil**. Disponível em: <https://www4.bcb.gov.br/fis/PAD/port/Menu/ProcessoAdministrativo.asp?idpai=procadm>. Acesso em: 6 ago. 2018.
- CARNAES, Mariana. **Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.
- COURA, Lilian. **Análise crítica da natureza jurídica do acordo de leniência brasileiro**, 2016. Disponível em: <https://lilianharadacoura.jusbrasil.com.br/artigos/408543681/analise-critica-da-natureza-juridica-do-acordo-de-leniencia-brasileiro>. Acesso em: 2 ago. 2018.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidades e limites. *In*: OSÓRIO, Fábio Medina (Org.). **Direito sancionador**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 281-309.
- GRIFFIN, James M. **The modern leniency program after ten years – A summary overview of the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program**. Department of Justice, 2003. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/speech/modern-leniency-program-after-ten-years-summary-overview-antitrust-divisions-criminal>. Acesso em: 6 ago. 2018.
- MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n. 1, p. 274-293, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-FDRP. Universidade de São Paulo-USP, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/viewFile/125810/122719>. Acesso em: 5 ago. 2018.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Devido processo administrativo sancionador no Sistema Financeiro Nacional. *In*: OSÓRIO, Fábio Medina (Org.). **Direito sancionador**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 13-39.
- PEREIRA, Guilherme Teixeira. **Política de combate a cartel no Brasil: análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática**. 2011. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico e Social) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8518>. Acesso em: 6 ago. 2018.
- PINTO, Moacir José Outeiro. **O acordo de leniência e o compromisso de cessação da Lei 12.529/2011: (in) coerências com a lógica do devido processo legal constitucional**. 2016. 120 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso, Mato Grosso, 2016. Disponível em: <http://www.youblisher.com/p/1369241-Monografia-Direito-PENAL-Economico/>. Acesso em: 6 ago. 2018.

SALOMI, Maira Beduchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais.** 2012. 293 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/pt-br.php>. Acesso em: 3 ago. 2018.

TOGNETTI, Eduardo. **Os limites do poder discricionário da administração pública na imposição de sanções administrativas: análise das sanções aplicáveis pelo Banco Central do Brasil.** 2012. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06062013-151524/pt-br.php>. Acesso em: 6 ago. 2018.

VILLARES, Andréa Lúcia Nazário. **Instrumentos jurídicos consensuais para proteção à concorrência.** 2009. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp114390.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018.