

Parecer Conjunto 524/2017-Diorf/PGBC*

Parecer que examina cumprimento dos requisitos constitucionais para a edição da Medida Provisória nº 784, de 7 de junho de 2017, especialmente das limitações materiais estabelecidas no art. 62, § 1º, da Constituição da República (CR/88).

Sidnei Corrêa Marques

Diretor de Organização do Sistema Financeiro e de Resolução

Cristiano Cozer

Procurador-Geral do Banco Central

* Manifestação baseada no Parecer Jurídico 529/2017-BCB/PGBC, de 4 de agosto de 2017, da lavra de André Ubaldo Roldão, Eliane Coelho Mendonça e Marcel Mascarenhas dos Santos.

Parecer Conjunto 524/2017-Diorf/PGBC
PE 115117

Brasília, 3 de agosto de 2017.

Ementa: Ofício AsJConst/SAJ/PGR/101/2017, subscrito pelo Procurador-Geral da República. Procedimento administrativo nº 1.00.000.012463/2017-15. Solicitação de prestação de informações. Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPE, de 4 de julho de 2017. Cumprimento dos requisitos constitucionais para a edição da Medida Provisória nº 784, de 7 de junho de 2017, especialmente das limitações materiais estabelecidas no art. 62, § 1º, da Constituição da República (CR/88). Atendimento aos pressupostos de relevância e urgência. Matéria não reservada a lei complementar, uma vez que não regulamenta norma de estrutura do Sistema Financeiro Nacional. Inexistência de matéria relacionada ao direito penal, processual penal ou processual civil. Ausência de vício de ordem jurídica nas disposições referentes ao termo de compromisso e ao acordo de leniência. Adequação do instrumento normativo utilizado.

ASSUNTO

Trata-se do Ofício AsJConst/SAJ/PGR/101/2017, dirigido ao Presidente do Banco Central e recebido nesta Autarquia em 19 de julho de 2017, por meio do qual o Procurador-Geral da República informa a instauração de procedimento administrativo no âmbito da Procuradoria-Geral da República para análise da constitucionalidade da Medida Provisória (MP) nº 784, de 7 de junho de 2017, e solicita informações consideradas relevantes sobre o tema.

2. Ao ofício foi anexada a Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPE, de 4 de julho de 2017, assinada pelos coordenadores da 2º, 3º e 5º Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, por meio da qual se questiona o cumprimento dos requisitos constitucionais para a edição da MP nº 784, de 2017, em particular das limitações materiais estabelecidas no art. 62, § 1º, da Constituição da República (CR/88), e aspectos relacionados ao termo de compromisso e ao acordo de leniência.

3. O presente parecer conjunto objetiva apresentar esclarecimentos sobre a matéria, tendo em vista os argumentos lançados na mencionada Nota Técnica do MPE, objetivando subsidiar a formação do convencimento do Procurador-Geral da República acerca da constitucionalidade do diploma normativo em apreço.

APRECIÇÃO

Da constitucionalidade da MP nº 784, de 2017

4. A MP nº 784, de 2017, foi publicada em 8 de junho de 2017¹ com o objetivo de aperfeiçoar o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BCB) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), dotando as referidas autarquias de instrumentos mais efetivos de supervisão e aplicação de penalidades.

¹ Esta também foi a data em que a medida provisória entrou em vigor, nos termos de seu art. 58.

5. Especificamente quanto ao BCB, o capítulo II do referido diploma normativo² veicula normas acerca das penalidades, medidas coercitivas e meios alternativos de solução de controvérsias aplicáveis às instituições financeiras, às demais instituições supervisionadas e aos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), inclusive administradores e membros de órgãos estatutários e contratuais, estabelecendo, ainda, rito processual comum a todos os processos administrativos sancionadores no âmbito do BCB.

6. Com relação aos pressupostos de relevância e urgência, requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias (art. 62³ da CR/88), extrai-se da Exposição de Motivos da MP nº 784, de 2017, que a relevância da medida desponta da importância de regulamentar e supervisionar segmentos de atividade econômica fundamentais para a economia nacional, com o objetivo de fortalecer as bases para o desenvolvimento sustentável dos mercados financeiro e de capitais, bem como pela necessidade de se estabelecer marco legal com instrumentos de supervisão, para o BCB e a CVM, que se mostrem adequados ao interesse público na manutenção de um sistema financeiro sólido e eficiente. Vale destacar, aqui, o elevado grau de defasagem da legislação anterior, que remonta aos anos de 1964 e 1976 (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, respectivamente), dificultando a eficiência e a eficácia do processo de supervisão a cargo das duas autarquias.

7. A urgência, por sua vez, deriva da necessidade de adequação da legislação brasileira às recomendações internacionais sobre o tema, tendo presente a avaliação do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e da supervisão bancária do País pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial, em decorrência de compromisso do Governo brasileiro firmado no âmbito do G-20, iniciada em julho deste ano, por meio do *Financial Sector Assessment Program* (FSAP). Ademais, sobreleva o risco legal por que passa o BCB, tendo em vista a ausência de previsão dos tipos administrativos em lei, gerando insegurança jurídica na atuação dessa entidade responsável pela supervisão do SFN.

8. Ainda sobre o assunto, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) possui entendimento pacífico no sentido de não se admitir o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória. Apenas em casos excepcionalíssimos, nos quais a ausência desses requisitos seja evidente⁴, admite-se sua revisão na esfera judicial. Eis, nesse sentido, precedentes do STF:

Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente.

(ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, P, DJ de 23-11-2007. Destacou-se.)

Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de “relevância” e

² Para alguns autores (como, por exemplo, Pedro Lenza e José Afonso da Silva) a medida provisória não é uma verdadeira espécie normativa, sob o fundamento de que inexistiria processo legislativo para a sua formação, pois só após a edição pelo Presidente da República (em ato unipessoal) o legislativo é chamado para aprová-la. Todavia, o posicionamento adotado majoritariamente pela doutrina (como, por exemplo, por Gilmar Mendes e Bernardo Gonçalves Fernandes) é no sentido de que a medida provisória, prevista no art. 59, inciso V, da CR/88, é uma espécie normativa primária que, embora não seja lei, entra no ordenamento jurídico com força de lei (art. 62 da CR/88) e, sobretudo por isso, inova no ordenamento jurídico e vincula condutas, sendo, ainda, passível de controle constitucionalidade.

³ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

⁴ Evidente, na concepção de nosso vernáculo, é o fato que não é passível de dúvida, é fato incontestável. Nesse sentido: “Em português, evidência é a ausência de qualquer possível dúvida acerca de um fato ou de uma afirmação. (...) ‘É evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.’ (Luiz Fux).” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 228 e 229, verbete 131, prova e evidência.

“urgência” (art. 62 da CF), *apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes* (art. 2º da CF) (ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997).

(ADC 11-MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 28-3-2007, P, DJ de 29-6-2007 e ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, j. 8-3-2012, P, DJE de 27-6-2012. Destacou-se.)

9. Ainda conforme a jurisprudência do STF, a alegada ausência dos requisitos de relevância e urgência deve estar objetivamente evidenciada, não podendo depender de avaliação subjetiva, nem de ingerência no juízo de oportunidade e conveniência (leia-se, de mérito) do Presidente da República. Nesse sentido, eis o seguinte precedente:

“No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da medida provisória (que deu origem à lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o STF somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito.”

(ADI 1.717 MC, rel. min. Sydney Sanches, j. 22-9-1999, 2ª T, DJ de 25-2-2000, destacou-se.)

10. Demonstrada, assim, a observância dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, cumpre averiguar se a matéria veiculada na MP nº 784, de 2017, seria reservada a lei complementar, o que inviabilizaria a utilização do referido instrumento com força de lei, em razão do disposto no art. 62, § 1º, inciso III⁵, da CR/88. O tema pode ser alvo de polêmica, em vistas da redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, ao art. 192 da CR/88, o qual, ao tratar do SFN, dispôs o seguinte:

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. (Grifos acrescidos).

11. Ocorre que, ao dispor que o SFN seria regulado por leis complementares, não pretendeu a Carta Magna impor o quorum de deliberação qualificado dessa espécie normativa a toda e qualquer matéria que tangenciasse seu funcionamento.

12. Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), ilustrada pela ADI 2.591/DF⁶, “a exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro”. A seguinte passagem, colhida do voto proferido pelo Min. EROS GRAU, não deixa dúvidas a respeito do assunto:

Não há dúvida, de outra parte, quanto à circunstância de a **exigência de lei complementar** veiculada pelo artigo 192 da Constituição abranger **apenas o quanto** respeite à **regulamentação** – permito-me exorcizar o vocábulo ‘regulação’, em razão do tanto de ambiguidade que enseja – regulamentação, dizia, **da estrutura**

5 Art. 62. (...) § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

III - reservada a lei complementar;

6 Relator o Min. CARLOS VELLOSO, relator para o acórdão o Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481.

do sistema. O sistema haveria de estar a serviço da promoção do desenvolvimento equilibrado do País e dos interesses da coletividade – diz o preceito – e, para tanto, a Constituição impõe sua regulamentação por lei complementar. Mas apenas isso. (Sem grifos no original).

13. Qualquer que seja o espectro semântico que se atribua ao vocábulo **estrutura**, nele não é possível incluir regras ordinariamente relacionadas ao funcionamento do sistema, entendendo-se como estrutura, muito distintamente, a disposição e ordenação de seus diferentes elementos. Assim, adequadamente apreendido, o conceito de estrutura do Sistema Financeiro Nacional abrange (i) a definição dos órgãos e das entidades que o compõem, (ii) o papel desempenhado por cada um deles no bojo do sistema e (iii) o modo pelo qual se relacionam.

14. Com essas considerações, é possível se afirmar que o art. 192 da CR/88, ao dispor que o SFN seria regulado por lei complementares, não recepcionou a Lei nº 4.595, de 1964, em sua integralidade como lei complementar, mas apenas aqueles artigos que dizem respeito à estrutura do sistema.

15. O referido entendimento também é consagrado no STF, conforme se observa, por exemplo, do julgamento da ADI 449-2/DF⁷, no qual a Egrégia Corte considerou aplicáveis aos servidores públicos desta Autarquia as disposições da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, a despeito do contido no art. 52⁸ da Lei nº 4.595, de 1964. Transcreve-se a ementa daquele julgamento, que bem esclarece a questão jurídica:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL: AUTARQUIA: REGIME JURÍDICO DO SEU PESSOAL. Lei 8.112, de 1990, art. 251: INCONSTITUCIONALIDADE.

I - O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do regime jurídico da Lei 8.112, de 1990.

II - As normas da Lei 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no art. 192, IV, da Constituição.

7 Plenário, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 29 de agosto de 1996, DJ de 22 de novembro de 1996, v.u.

8 Art. 52. O quadro de pessoal do Banco Central da República do Brasil será constituído de:

I - Pessoal próprio, admitido mediante concurso público de provas ou de títulos e provas, sujeita à pena de nulidade a admissão que se processar com inobservância destas exigências;

II - Pessoal requisitado ao Banco do Brasil S. A. e a outras instituições financeiras federais, de comum acordo com as respectivas administrações;

III - Pessoal requisitado a outras instituições e que venham prestando serviços à Superintendência da Moeda e do Crédito há mais de 1 (um) ano, contado da data da publicação desta lei.

§ 1º O Banco Central da República do Brasil baixará dentro de 90 (noventa) dias da vigência desta lei, o Estatuto de seus funcionários e servidores, no qual serão garantidos os direitos legalmente atribuídos a seus atuais servidores e mantidos deveres e obrigações que lhes são inerentes.

§ 2º Aos funcionários e servidores requisitados, na forma deste artigo as instituições de origem lhes assegurarão os direitos e vantagens que lhes cabem ou lhes venham a ser atribuídos, como se em efetivo exercício nelas estivessem.

§ 3º Correrão por conta do Banco Central da República do Brasil todas as despesas decorrentes do cumprimento do disposto no parágrafo anterior, inclusive as de aposentadoria e pensão que sejam de responsabilidade das instituições de origem ali mencionadas, estas últimas rateadas proporcionalmente em função dos prazos de vigência da requisição.

§ 4º Os funcionários do quadro de pessoal próprio permanecerão com seus direitos e garantias regidos pela legislação de proteção ao trabalho e de previdência social, incluídos na categoria profissional de bancários.

§ 5º Durante o prazo de 10 (dez) anos, cotados da data da vigência desta lei, é facultado aos funcionários de que tratam os incisos II e III deste artigo, manifestarem opção para transferência para o Quadro do pessoal próprio do Banco Central da República do Brasil, desde que:

a) tenham sido admitidos nas respectivas instituições de origem, consoante determina o inciso I, deste artigo;

b) estejam em exercício (Vetado) há mais de dois anos;

c) seja a opção aceita pela Diretoria do Banco Central da República do Brasil, que sobre ela deverá pronunciar-se conclusivamente no prazo máximo de três meses, contados da entrega do respectivo requerimento.

III - O art. 251 da Lei 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional.

IV - ADIn julgada procedente. (Grifos acrescidos).

16. Utilizando-se também do argumento de que o art. 192 da CR/88 não exige que todas as questões pertinentes ao SFN venham na forma de lei complementar, o STF declarou que a reserva de lei complementar para a regulação do Sistema Financeiro não inviabilizava a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos⁹.

17. Do mesmo modo, partindo-se do pressuposto de que a exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro, é imperioso concluir que as normas veiculadas na MP nº 784, de 2017, relacionadas ao processo administrativo punitivo e às penalidades aplicáveis a instituições supervisionadas pelo BCB, não são reservadas a lei complementar. A referida disciplina legal não alcança a estrutura do sistema, mas sim normas relacionadas ao seu funcionamento ordinário.

18. Note-se que a Lei nº 4.595, de 1964, estabelece que ao CMN, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, compete, dentre outras atribuições, “regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas” (art. 4º, inciso VIII) e que, ao BCB, compete “cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 9º), bem como “exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas” (art. 10, inciso IX).

19. A parte final do art. 4º, inciso VIII, do referido diploma legal – que confere ao CMN a competência para regular a aplicação das penalidades previstas para os que exercem atividades subordinadas àquela lei – não veicula norma de estrutura do SFN, de modo que seria possível que uma lei ordinária, ou mesmo medida provisória, dispusesse sobre a aplicação de penalidades às instituições integrantes do sistema financeiro – e o procedimento a ser observado para tal.

20. Note-se que a introdução de normas relacionadas ao processo administrativo sancionador do BCB por meio de medida provisória não é novidade em nosso ordenamento jurídico. A respeito desse tema, cabe mencionar que a MP nº 1.027, de 20 de junho de 1995 (convertida na Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995), em seu art. 67, estabeleceu, entre outros, que as multas aplicadas pelo BCB terão o valor máximo de R\$100.000,00 (cem mil reais). Posteriormente, esse valor foi aumentado para R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) pela MP nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, a qual ainda foi responsável por estabelecer o tipo administrativo de não-fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo BCB relativas a capitais brasileiros no exterior, bem como a prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação em vigor. Por sua vez, a MP nº 315, de 3 de agosto de 2006 (convertida na Lei nº 11.371, de 28 e novembro de 2006), estabeleceu valores da multa relacionada a infrações cambiais, além de alterar o regramento aplicável a tipos administrativos cambiais.

21. Ainda quanto à alegada necessidade de lei complementar, é importante salientar, com a devida vênia, que, diferentemente do alegado na Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPF, a instituição do Fundo de Desenvolvimento do Sistema Financeiro Nacional e Inclusão Financeira e do Fundo de Desenvolvimento do Mercado de Valores Mobiliários pela MP nº 784, de 2017 (arts. 17 e 36, respectivamente), não esbarra no disposto no art. 165, § 9º, inciso IIº, da CR/88. Isso

⁹ Cf. EDcl na ADI 2.591-1/DF, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. em 14 de dezembro de 2006, DJ de 13 de abril de 2007.

¹⁰ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

porque referido dispositivo constitucional somente exige lei complementar para o estabelecimento de “condições para a instituição e funcionamento de fundos”. Esse papel, atualmente, é exercido pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (que contém matérias recepcionadas como lei complementar pela CR/88). A criação do fundo, em si, não é matéria reservada a lei complementar, conforme se pode perceber da redação do art. 167, inciso IX¹¹, da CR/88, que veda a instituição de fundos de qualquer natureza “sem prévia autorização legislativa”¹². De fato, a regra em nosso ordenamento jurídico é a criação de fundos de natureza contábil por meio de legislação ordinária, consoante se constata, a título exemplificativo, da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991¹³, e da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001¹⁴.

22. Ainda em relação ao tema, a nota técnica assinala que os fundos criados pela MP nº 784, de 2017, teriam receitas compostas por outras fontes não determinadas no texto, além daquelas provenientes do termo de compromisso e acordo de leniência. Não obstante, o § 1º do art. 17¹⁵ é claro ao estabelecer que o Fundo de Desenvolvimento do Sistema Financeiro Nacional e Inclusão Financeira só poderá receber recursos oriundos da celebração, pelo BCB, de termos de compromisso, não sendo possível o direcionamento de recursos de multa e acordos de leniência por falta de previsão legal expressa¹⁶. Com efeito, a norma em questão somente pode ser lida à luz do art. 71 da Lei nº 4.320, de 1964¹⁷, atendendo plenamente à regra de que somente por meio de lei podem ser direcionados recursos aos fundos de qualquer natureza.

23. A referida nota técnica, para reforçar sua argumentação de que seria inconstitucional a revogação de dispositivos da Lei nº 4.595, de 1964, por meio de medida provisória – em razão de a primeira ostentar natureza de lei complementar –, sustenta que tal entendimento foi adotado

§ 9º Cabe à lei complementar:

[...]

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

11 Art. 167. São vedados:

[...]

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

12 Nesse sentido já decidiu o STF:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.061, DE 11.11.97 (LEI Nº 9.531, DE 10.12.97), QUE CRIA O FUNDO DE GARANTIA PARA PROMOÇÃO DA COMPETITIVIDADE - FGPC. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 62 E PAR. ÚNICO, 165, II, III, §§ 5º, I E III, E 9º, E 167, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO.

1. A exigência de prévia lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar; embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie:

a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei nº 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei nº 4.320/63;

b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei.

2. A exigência de prévia autorização legislativa para a criação de fundos, prevista no art. 167, IX, da Constituição, é suprida pela edição de medida provisória, que tem força de lei, nos termos do seu art. 62.

O argumento de que medida provisória não se presta à criação de fundos fica combatido com a sua conversão em lei, pois, bem ou mal, o Congresso Nacional entendeu supridos os critérios da relevância e da urgência.

3. Não procede a alegação de que a Lei Orçamentária da União para o exercício de 1997 não previu o FGPC, porque o art. 165, § 5º, I, da Constituição, ao determinar que o orçamento deve prever os fundos, só pode referir-se aos fundos existentes, seja porque a Mensagem presidencial é precedida de dados concretos da Administração Pública, seja porque a criação legal de um fundo deve ocorrer antes da sua consignação no orçamento.

O fundo criado num exercício tem natureza meramente contábil; não haveria como prever o FGPC numa Lei Orçamentária editada nove meses antes da sua criação.

4. Medida liminar indeferida em face da ausência dos requisitos para a sua concessão, não divisados dentro dos limites perfunctórios do juízo cautelar. (ADI 1726 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1998, DJ 30-04-2004 PP-00027 EMÉNT VOL-02149-03 PP-00431 RTJ VOL-00191-03 PP-00822).

13 Foi responsável, entre outros, por criar o Fundo Nacional da Cultura (FNC) e os Fundos de Investimento Cultural e Artístico (Ficart).

14 Instituiu o Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP, e dá outras providências.

15 Art. 17. Fica instituído o Fundo de Desenvolvimento do Sistema Financeiro Nacional e Inclusão Financeira, de natureza contábil, cujas receitas e despesas integrarão o Orçamento Geral da União, com o objetivo de promover a estabilidade do sistema financeiro e a inclusão financeira, por meio de atividades e projetos do Banco Central do Brasil.

§ 1º Constituirão recursos do Fundo aqueles recolhidos pelo Banco Central do Brasil em decorrência da assinatura do termo de compromisso, além de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo, inclusive os rendimentos auferidos com a aplicação de seus recursos.

16 A mesma regra encontra-se presente no § 1º do art. 36 da medida provisória, com relação à CVM.

17 Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

pelo STF no julgamento da ADI 1376-9/DF. Todavia, verifica-se que não houve qualquer decisão de mérito na referida ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o relator, Ministro Ilmar Galvão, por decisão monocrática datada de 24 de fevereiro de 2003, julgou a ação prejudicada em razão de vício formal (ausência de aditamento na inicial de posteriores reedições da medida provisória questionada).

24. Ademais, pede-se licença para ponderar que o argumento, suscitado pela Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPF, no sentido de que a MP nº 784, de 2017, promove a alteração da Lei nº 9.069, de 1995, “a qual, por sua vez, altera a legislação complementar citada [Lei nº 4.595, de 1964], em afronta velada à Constituição Federal”, somente reforça a tese de que nem todas as regras relacionadas ao SFN (e nem todas as matérias abrangidas pela Lei nº 4.595, de 1964) demandam a edição de lei complementar – mas somente aquelas que tratam da estrutura do sistema –, já que a referida lei ordinária, fruto da conversão da MP nº 1.027, de 1995, é típico exemplo de norma que veicula regras acerca do SFN e não ostenta natureza complementar.

25. Diante dessas razões, é possível se afirmar, com segurança, que a MP nº 784, de 2017, não encontra óbice jurídico no disposto no art. 62, § 1º, inciso III, da CR/88, sendo, portanto, instrumento constitucionalmente adequado para veicular as sanções aplicáveis às instituições sujeitas à supervisão desta Autarquia e para regular sua aplicação.

26. Com relação às limitações materiais para a edição de medidas provisórias, previstas no art. 62, § 1º, inciso I, da CR/88¹⁸, deve-se deixar claro que a MP nº 784, de 2017, não trata de qualquer matéria relacionada a direito penal, processual penal ou processual civil, de modo que não se há falar na incidência da vedação prevista na alínea “b” do referido dispositivo constitucional¹⁹.

27. O novo diploma normativo cuida somente de ilícitos administrativos e do devido processo legal que deve ser observado para a aplicação da correspondente sanção, que também ostenta natureza administrativa. Conforme pacífico entendimento doutrinário, o regime jurídico aplicável aos ilícitos administrativos muito se distingue daquele que orienta a aplicação de sanções relacionadas a ilícito penais. Nesse sentido é o posicionamento de Fábio Medida Osório, consoante se verifica do seguinte trecho de sua obra acerca do Direito Administrativo Sancionador²⁰:

De fato, se o Estado possui uma unitária pretensão punitiva ou não, o certo é que este poder pode projetar-se sobre os indivíduos e sociedade por dois caminhos fundamentais e, sobretudo, distintos (sujeitos a regimes jurídicos distintos): sanções penais e sanções administrativas. Um dos grandes desafios contemporâneos é, justamente, o de aproximar e tornar mais harmônicas tais atividades – administrativa e judiciária –, na tutela de idênticos bens jurídicos, o que pode ocorrer desde distintas vertentes teóricas, institucionais e normativas.

De um lado, se a simétrica unidade do poder punitivo estatal enseja a necessária incidência de alguns princípios de direito público sobre esses dois instrumentos normativos, de outra banda resta claro que esses princípios possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes, ainda que as

18 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

19 A alínea “b” do referido dispositivo constitucional é a única que pode ensejar dúvidas sobre sua aplicação (e que deve ser logo afastada, conforme demonstrado na presente manifestação jurídica), já que a Medida Provisória nº 784, de 2017, nitidamente não trata de matéria relacionada a nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, direito eleitoral, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares.

20 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (Pgs. 141 a 143).

diferenças não possam ultrapassar certas barreiras, esbarrando, pois, numa unidade nuclear inscrita na Constituição da República.

A unidade (parcial) impõe traços em comum e umas mínimas garantias, mas as diferenças impõem tratamentos desiguais justificados, desenvolvimento de princípios próprios do Direito Administrativo Sancionador, que é, antes de tudo, direito administrativo por excelência, até porque já não se discute que ilícitos penais e administrativos se encontram debaixo de regimes jurídicos, em sua maior parte, distintos, conquanto balizados por princípios estruturalmente muito próximos e radicalmente comuns em suas origens constitucionais.

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

28. No mesmo sentido, leciona Rafael Munhoz de Mello²¹:

Como visto acima, o legislador goza de ampla liberdade para determinar se um comportamento será tipificado como crime ou como infração administrativa. Mas a escolha feita pelo legislador tem uma relevante consequência. De fato, ao tipificar uma conduta como ilícito penal, o legislador atribui à prática de tal comportamento uma sanção penal, submetendo o infrator a um determinado regime jurídico. Se o infrator tipifica a conduta como infração administrativa, por outro lado, a prática do ilícito dará ensejo à aplicação de uma sanção administrativa, cujo regime jurídico é distinto do que disciplina a aplicação de sanção penal.

A definição do tipo de ilícito – é dizer, se penal ou administrativo – implica a escolha de um tipo de sanção e, de consequência, a escolha de um regime jurídico. Ao ilícito penal corresponde uma sanção penal, ao ilícito administrativo corresponde uma sanção administrativa; à sanção penal corresponde um regime jurídico; à administrativa corresponde outro.

[...]

Em suma, é o regime jurídico da sanção que permite separar os ilícitos administrativos dos ilícitos penais. Sob a ótica formal, é relevante destacar que a sanção administrativa é imposta por autoridade administrativa, no exercício de função administrativa e após o término de processo administrativo; a sanção penal, por seu turno, é imposta por autoridade judiciária, no exercício de função jurisdicional, ao final de processo judicial.

29. Tanto o BCB quanto a CVM, a exemplo de inúmeras agências e órgãos reguladores do Poder Executivo, instauram, processam e julgam cotidianamente processos administrativos sancionadores no âmbito dos setores de regulação que lhes cabe supervisionar. Ninguém jamais confundiu a atuação desses órgãos e entidades com a condução de processos penais, cuja competência constitucional é do Ministério Público. Não há, com todo o respeito à opinião divergente, possibilidade mínima de se confundirem processos administrativos conduzidos por órgãos reguladores com a instauração e processamento de processos penais. Similarmente, quanto às normas procedimentais, o processo administrativo segue diplomas normativos diversos e inconfundíveis com aqueles que dispõem sobre o processo penal. A distinção entre ambos os tipos de procedimento é basilar e amplamente reconhecida legal, doutrinária e jurisprudencialmente, jamais se tendo contestado a distinção entre as instâncias administrativa e penal.

²¹ MELLO, Rafael Munhoz. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, págs. 60 a 62.

30. O certo é que a MP nº 784, de 2017, apenas aperfeiçoou o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do BCB e da CVM, municiando as referidas autarquias de instrumentos mais adequados para a apuração de infrações administrativas e a correspondente aplicação de sanções da mesma natureza. A infração administrativa não se confunde com o ilícito penal e o ilícito civil, uma vez que sua apuração se dá por autoridade distinta e sob regime jurídico diverso: no primeiro caso, pela autoridade administrativa, consoante as regras e princípios do Direito Administrativo aplicáveis na hipótese examinada; nos demais, pela autoridade judiciária, com suporte nas regras de Direito Penal (e de Processo Penal) e de Direito Civil (e de Processo Civil), respectivamente.

31. O art. 62, § 1º, alínea “b”, da CR/88, limitou-se a vedar a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a “*direito penal, processual penal e processual civil*”. Tal norma deve ser interpretada de forma estrita: caso a intenção do constituinte fosse impedir a utilização do referido instrumento normativo para matérias relacionadas a outros ramos do direito, o faria expressamente. Não sendo demais lembrar que a inclusão dessas vedações temáticas decorre da edição da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, promulgada pelo Congresso Nacional com o propósito de restringir a edição de medidas provisórias. Logo, se pretendesse a referida restrição, por certo, o constituinte derivado o faria expressamente; por não tê-lo pretendido, a emenda especificou a que matéria processual se referia, acrescentando-lhe os qualificativos *processual penal* e *processual civil*.

32. Imperioso registrar que o STF consagra a regra da independência entre as instâncias administrativa e penal, o que reforça a necessária distinção entre os regimes jurídicos aplicáveis a esses dois ramos do direito. Nesse sentido, eis os seguintes precedentes:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Policial militar. Independência das esferas penal e administrativa. Processo administrativo disciplinar. Expulsão. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Reexame de provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido da independência entre as esferas penal e administrativa. (...) (AI 681487 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20.11.2012, DJe-022 de 31-01-2013, publicado 1.2.2013). Grifos acrescentados.
Mandado de segurança. - É tranquila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência, nem os artigos 126 da Lei 8.112/90 e 20 da Lei 8.429/92. Precedentes do S.T.F. (...) (MS 22899 AgR, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 2.4.2003, DJ 16.5.2003). Grifos acrescentados.
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PATRULHEIRO RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. (...) Independência das instâncias administrativa e penal, consagrada no art. 125 do diploma legal sob enfoque, incorrendo condicionamentos recíprocos, salvo na hipótese de manifestação definitiva, na primeira, pela inexistência material do fato ou pela negativa da autoria, o que não ocorre no caso examinado. Ausência das apontadas ilegalidades. Mandado de segurança indeferido. (MS 22656, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 30.6.1997, DJ 5.9.1997). Grifos acrescentados.

33. Veja-se que a Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPF procura demonstrar que a MP nº 784, de 2017, trata de matéria relacionada a direito penal e processual penal, o que atrairia a incidência da multicidadada alínea “b” do § 1º do art. 62 da CR/88. A argumentação utilizada no item II.2 do documento é basicamente a seguinte: uma vez que as alterações promovidas pela medida provisória produzem reflexos em normas penais em branco constantes de legislações especiais que tratam sobre ilícitos cometidos no âmbito do SFN, a matéria tratada no novo instrumento normativo seria, necessariamente, relacionada a direito penal ou processual penal, de forma que seria aplicável, à espécie, a referida vedação

constitucional. Para ilustrar o assunto, a nota técnica cita a revogação dos arts. 43 e 44 da Lei nº 4.595, de 1964, que geraria efeitos na definição de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira, prevista no art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 7.492, de 16 de julho de 1986, bem como no conceito de empréstimos e adiantamentos vedados, na forma consignada no art. 17 do mesmo diploma legal. Afirma, também, que o mesmo obstáculo ocorreria com a modificação do art. 16, § 2º²², da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, promovida pelo art. 47 da MP nº 784, de 2017.

34. Primeiramente, cumpre esclarecer que o art. 16 da Lei nº 9.613, de 1998, trata de assunto relacionado exclusivamente à organização administrativa da Administração Pública Federal, de modo que não é possível se inferir como a modificação do referido dispositivo acarretaria reflexos, ainda que indiretos, na legislação penal. Com efeito, a alteração promovida pela MP nº 784, de 2017, no § 2º do art. 16 da Lei nº 9.613, de 1998, teve o único objetivo de trazer ao texto legal a competência do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) para julgar os recursos das decisões do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) **relativas às aplicações de penas administrativas**, competência essa que já havia sido prevista no Decreto nº 7.835, de 8 de novembro de 2012, e, posteriormente, no art. 1º, inciso I, alínea “d”, do Decreto nº 8.652, de 28 de janeiro de 2016.

35. De outro giro, também não se sustenta o argumento de que o preceito que complementa a chamada norma penal em branco corresponde igualmente a norma de natureza penal (ou processual penal), independentemente de seu âmbito de aplicação. Entender como correto tal raciocínio levaria, por exemplo, ao entendimento de que o art. 1521²³ do Código Civil – que trata dos impedimentos ao casamento – seria norma de índole penal, já que esse dispositivo do diploma civil complementa o tipo penal previsto no art. 237²⁴ do Código Penal.

36. Ademais, referido entendimento resultaria na extinção do instituto jurídico da norma penal em branco heterogênea, uma vez que, em razão do princípio da reserva legal, não poderia haver complemento de norma penal que não fosse estabelecido por legislação ordinária. Nesse sentido, padeceria de vício de inconstitucionalidade, por exemplo, a Portaria/SVS nº 344, de 12 de maio de 1998, editada pela antiga Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (atual Agência Nacional de Vigilância Sanitária [Anvisa]), a qual, em seu Anexo I, publica a Lista de Substâncias Entorpecentes, em complemento ao comando inserto no art. 1º, parágrafo único²⁵, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, definindo o alcance do vocábulo “drogas” mencionado na quase totalidade dos tipos penais previstos na referida lei penal especial.

22 Art. 16. O Coaf será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

§ 1º O Presidente do Conselho será nomeado pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado da Fazenda.

2º Caberá recurso das decisões do COAF relativas às aplicações de penas administrativas ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

23 Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

24 Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

25 Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

37. Repita-se: as normas veiculadas na MP nº 784, de 2017 – mesmo que porventura sejam complementares a normas penais em branco – tratam apenas de infrações e sanções de natureza administrativa, as quais possuem um regime jurídico distinto daquele que dirige os ilícitos e sanções penais, de forma que resta afastada a incidência do disposto no art. 62, § 1º, alínea “b”, da CR/88.

Dos questionamentos relativos ao termo de compromisso e ao acordo de leniência

38. Passa-se, pois, à análise de pontos específicos da MP nº 784, de 2017, que foram objeto de questionamentos pela Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPF, notadamente envolvendo os institutos do termo de compromisso e do acordo de leniência.

39. Antes de adentrar o tema, é importante esclarecer que a medida provisória em comento não busca estabelecer uma espécie de “*lei anticorrupção para o sistema financeiro nacional*” ou algo como uma “*lei da probidade do sistema financeiro nacional*”. O novel diploma normativo trata apenas de ilícitos administrativos praticados por instituições supervisionadas pelo BCB no âmbito do SFN, não havendo qualquer tratamento de irregularidades praticadas contra o Estado ou o erário, ou mesmo repercussões nas searas civil e criminal. Digno de menção é o fato incontestável de que todo o espectro normativo coberto pelos tipos contidos na MP nº 784, de 2017, já consta na regulamentação que se encontra em vigor, expedida pelo CMN e pelo BCB. Assim, a medida não ampliou o âmbito de atuação do supervisor do SFN e, muito menos, versa sequer minimamente sobre medidas de prevenção e combate à corrupção ou a atos de improbidade. Tais competências legais, frise-se, não compõem o plexo de atribuições do BCB (nem da CVM), competindo às autoridades públicas de controle, inteligência e investigação.

40. Em particular, deve-se deixar claro que a MP nº 784, de 2017, em nada altera ou interfere nas atribuições do Ministério Público, órgão constitucionalmente incumbido da ação penal pública e que possui os instrumentos necessários para o seu exercício. Não há, ademais, modificação do dever legal desta Autarquia de comunicar ao *parquet* indícios da prática de crime que verificarem no exercício de suas atribuições, na forma prevista no art. 9º²⁶ da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

41. Especificamente quanto ao termo de compromisso, a Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPF critica a existência de juízo de conveniência e oportunidade desta Autarquia para a celebração do instrumento, sustentando a ausência de parâmetros para sua adoção e a necessidade de fundamentação da decisão. Assevera, ainda, que, quando da celebração do acordo, deve ocorrer o reconhecimento da prática de ilícitos ou confissão das condutas infratoras, além de observado o princípio da publicidade.

42. O art. 12²⁷ da MP nº 784, de 2017, dispõe que esta Autarquia, em juízo de conveniência e oportunidade, com vistas em atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender o processo administrativo sancionador, desde que o investigado assine termo de compromisso com as seguintes obrigações: (I) cessar a prática sob investigação ou os 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.

26 Art. 9º Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos.

27 Art. 12. O Banco Central do Brasil, em juízo de conveniência e oportunidade, 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:

I - cessar a prática sob investigação ou os 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.

Parágrafo único. A apresentação de proposta de termo de compromisso não suspende o andamento do processo administrativo.

43. Sobre o referido dispositivo legal, cumpre esclarecer que a discricionariedade na celebração de termos de compromisso é inerente ao instituto, o que envolve, inclusive, a análise sobre a natureza e a gravidade da infração. O termo de compromisso pressupõe que o BCB, no seu processo de supervisão do sistema financeiro, já disponha de elementos de provas suficientes a respeito da prática de infração de natureza administrativa, não dependendo, por isso, da colaboração do administrado para obter elementos de convicção. Repita-se: o termo de compromisso **não se dirige à obtenção de provas**, não havendo confusão possível com o instituto da leniência. O termo de compromisso é **instrumento de conformação de condutas de entidades supervisionadas**, visando a suspender a prática de infrações e pôr fim a indisciplina de mercado e a práticas contrárias ao padrão desejado para manutenção da estabilidade e da solidez do SFN. Permite, inclusive, que sua assinatura dependa da reparação do dano por parte do administrado, o que o torna um instrumento de supervisão muito eficiente.

44. Ademais, considerando a possibilidade de existência de condutas praticadas por mais de um agente do mercado que se quer conformar ao padrão esperado, interessa ao supervisor poder utilizar o instrumento de maneira a interromper a prática de todas as condutas indesejadas, no interesse dos usuários do sistema financeiro. Não se trata de concessão de leniência, mas sim de se obter, simetricamente, a interrupção de indisciplina de mercado, para que todos os clientes do sistema possam beneficiar-se da conformação da conduta deletéria (potencialmente praticada por diversas instituições) aos padrões normativos adequados.

45. Assim, é da natureza do instituto do termo de compromisso a possibilidade de sua celebração com mais de um agente. Restringi-lo a apenas um suposto “colaborador”, com a devida vênia, decorre de confusão conceitual entre o termo de compromisso e o acordo de leniência, cujas naturezas, procedimentos e objetivos são absolutamente distintos. O importante, no caso do termo de compromisso, é a conformação da conduta infracional ao padrão esperado o mais ampla e rapidamente possível, sem prejuízo à reparação do dano causado. É, portanto, instrumento típico de supervisão do SFN.

46. Nesse ponto, aparentemente, a Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPF confunde termo de compromisso com acordo de leniência, ao criticar que a MP nº 784, de 2017, confere grande abertura no manejo desse primeiro instituto, permitindo a extensão do acordo a todos os infratores, sem se importar se houve algum grau de cooperação para o desvelamento dos ilícitos por parte do investigado. Esclareça-se, aqui, que a colaboração do infrator é compatível e necessária com o acordo de leniência, mas de todo dispensável no caso de termo de compromisso, que não objetiva a obtenção de provas (mesmo porque a celebração deste instrumento pressupõe o conhecimento prévio, pelo BCB, dos fatos ilícitos, diferentemente do acordo de leniência, em que o colaborador é que traz os fatos que esta Autarquia não alcançou apurar). Por não ser necessária a colaboração do infrator, não há restrição à celebração do termo de compromisso com mais de um administrado. O que se busca é estabelecer um padrão adequado de conduta em mercado, nos casos em que, conforme avaliação do supervisor, seja mais eficiente, em especial para os usuários do sistema (poupadores, investidores, mutuários etc.), obter a correção imediata e ampla de conduta danosa, inclusive com a reparação de prejuízos, do que instaurar multiplicidade de processos administrativos para a aplicação de penalidades.

47. Vale dizer que a redação do art. 11, § 5º²⁸, da Lei nº 6.385, de 1976, antes da alteração promovida pela MP nº 784, de 2017, já previa que a celebração de termo de compromisso pela

28 Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:
[...]

§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: [...] (grifos acrescidos).

CVM ocorreria a exclusivo critério daquela autarquia, caso o interesse público permitisse. Do mesmo modo, ao tratar de instrumento análogo, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prescreve que o compromisso de cessação da prática sob investigação deve ser tomado do interessado sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) entender que atende aos interesses protegidos por aquela lei. Transcreve-se, a seguir, para melhor elucidação, o *caput* do art. 85 deste diploma legal:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. (Grifos acrescidos).

48. Obviamente, a decisão que opte pela celebração de termo de compromisso, com a consequente repercussão no processo administrativo sancionador, deve ser fundamentada, tendo em vista a obrigatoriedade de motivação das decisões da Administração Pública. Nesse ponto, não se vislumbra objeção a que, durante a tramitação do projeto de lei de conversão, se inclua a expressão “*mediante decisão fundamentada*” (ou algo do gênero) no *caput* do art. 12 da MP nº 784, de 2017, a fim de dar maior clareza a esse dever legal, a exemplo do que ocorre no art. 85 da Lei nº 12.529, de 2011, supratranscrito – em que pese tal alteração não ser imprescindível para demandar a motivação do ato pelo BCB, que já está implícita no dispositivo com força de lei, por força dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

49. Ainda com relação ao art. 12, explicita-se que a expressão “*quando for o caso*”, contida no inciso II, foi colocada com a intenção de demonstrar que será cabível a indenização dos prejuízos somente nas hipóteses em que efetivamente existirem. Não obstante, uma vez que a redação do dispositivo pode ensejar dúvidas sobre a obrigatoriedade de reparação dos danos quando ocorrer prejuízo a particulares ou a instituições supervisionadas por esta Autarquia, tampouco se objeta a que, durante a tramitação do projeto de lei de conversão, promova-se ajuste na redação do preceito legal, a fim de deixar mais claro que a indenização somente ocorrerá quando houver prejuízos a serem reparados ou, até mesmo, suprimindo-se a expressão “*quando for o caso*” – afinal, a ausência dessa ressalva legal em nada prejudica o princípio geral de que, para evitar o enriquecimento ilícito, apenas prejuízos *efetivamente existentes* devem ser indenizados.

50. No que concerne ao parágrafo único do art. 15²⁹ da MP nº 784, de 2017, que estabelece que o termo de compromisso não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada, é importante consignar que essa opção pela ausência de confissão e de reconhecimento da ilicitude da conduta é acolhida pela legislação brasileira em outras hipóteses similares. Nesse sentido, tem-se que, embora a Lei nº 12.529, de 2011, silencie a respeito, os arts. 219 e 230 do Regimento Interno do CADE estabelecem tal consequência. Seguem transcritos os mencionados preceitos normativos:

Regimento Interno do Cade (Resolução nº 20, de 7 de junho de 2017):

Art. 219. (Omissis)

(...)

²⁹ Art. 15. O termo de compromisso constitui título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. O termo de compromisso não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada.

§ 5º *O protocolo do requerimento de termo de compromisso não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo.*

§6º *Caso o acordo previsto no caput deste artigo não seja alcançado, todos os documentos serão devolvidos ao proponente, não permanecendo qualquer cópia no Cade.*

§7º *As informações e documentos apresentados pelo proponente durante a negociação do TCC [Termo de Compromisso de Cessação] subsequentemente frustrada não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso. (Destacou-se.)*

(...)

Art. 230. *O Superintendente-Geral poderá, nos termos do art. 13, inc. IX da Lei 12.529, de 2011, propor termo de compromisso de cessação relativo a processo administrativo, inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo que esteja em trâmite na Superintendência-Geral.*

(...)

§7º *A manifestação do interesse dos representados em celebrar termo de compromisso de cessação não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo. (Destacou-se)*

51. Questiona a nota técnica, ainda, o fato de o termo de compromisso, em casos excepcionais, não ser publicado. Segundo a redação do art. 14 da MP nº 784, de 2017, tal hipótese ocorreria no caso de a autoridade competente entender, mediante despacho fundamentado, que a publicidade do termo de compromisso pode colocar em risco a estabilidade e solidez do SFN e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Eis a redação do mencionado dispositivo da medida provisória:

Art. 14. *O acordo firmado terá caráter público e será publicado no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil.*

Parágrafo único. *Não será publicado o termo de compromisso nos casos em que a autoridade competente entender, mediante despacho fundamentado, que sua publicidade pode colocar em risco a estabilidade e a solidez do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Pagamentos Brasileiro ou de pessoa mencionada no caput do art. 2º.*

52. De pronto, é necessário ressaltar que a regra para o termo de compromisso é a publicidade, conforme se observa claramente do *caput* do art. 14. Afinal, é de interesse do regulador que os usuários do SFN conheçam as obrigações assumidas pela instituição, inclusive para alinhar suas expectativas e permitir sua colaboração para que os compromissos sejam efetivamente cobrados e cumpridos. A hipótese de sigilo, prevista no parágrafo único, é excepcional, e somente será levada a efeito no caso de o interesse público assim o exigir, considerando que a integridade e a estabilidade do SFN, em razão da natureza diferenciada de suas operações, são alicerçadas na confiança e credibilidade que os investidores depositam em suas instituições.

53. Dito isso, esclareça-se que o princípio da publicidade, com fundamento constitucional no art. 37 da Carta Magna, não é absoluto, razão pela qual é possível excluir a sua incidência em determinadas hipóteses excepcionais.

54. À semelhança do que ocorre no parágrafo único do art. 14 da MP nº 784, de 2017, a Lei nº 12.529, de 2011, em seu art. 85, § 2º, permite a mitigação da publicidade na proposta de termo de compromisso de cessação de conduta no âmbito do Cade, nos seguintes termos:

CAPÍTULO VI

DO COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

(...)

§ 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. (Destacou-se.)

55. De mais a mais, reitera-se que, não obstante a possibilidade de sigilo do termo de compromisso em hipóteses excepcionais, tal fato não prejudica o compartilhamento de informações com os órgãos de persecução penal competentes, notadamente o Ministério Público, uma vez que continua em plena vigência o art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001, que impõe essa obrigação legal dos agentes que vislumbrarem indícios da prática de crime no exercício de suas atribuições.

56. Superados os aspectos jurídicos das disposições atinentes ao termo de compromisso, transcreve-se, a seguir, para início de análise do tema, o art. 30 da MP nº 784, de 2017, que traz as regras básicas acerca do acordo de leniência no âmbito de atuação desta Autarquia:

Art. 30. O Banco Central do Brasil poderá celebrar acordo de leniência 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 um terço a dois terços da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente colaboração 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; e

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

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a instituição 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 das instituições ou das pessoas naturais por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a confissão de sua participação no ilícito e a cooperação plena e permanente com as investigações e com o processo administrativo, e o comparecimento, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o seu encerramento.

§ 2º As pessoas físicas poderão celebrar acordos de leniência, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos nos incisos II, III e IV do § 1º.

§ 3º A instituição que não cumprir apenas o disposto no inciso I do § 1º poderá celebrar acordo de leniência, hipótese em que poderá se beneficiar exclusivamente da redução de um terço da penalidade a ela aplicável.

§ 4º A celebração do acordo de leniência pelo Banco Central do Brasil suspenderá o prazo prescricional no âmbito administrativo com relação ao agente beneficiário da leniência.

57. Observa-se da Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPF que, muito mais do que uma crítica à possibilidade de celebração de acordo de leniência pelo BCB, o órgão ministerial apresenta preocupação com relação aos eventuais reflexos de tal instrumento na seara penal, o que, segundo alega, poderia interferir nas suas atribuições. Não é por outro motivo que são assim intitulados os tópicos do documento referentes ao assunto: “III.2. Do acordo de leniência em sede administrativa no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e seus reflexos na esfera penal” (g. n.); “III.2.1. Afronta às atribuições constitucionais e legais do Ministério Público”; e “III.2.2. Da obrigação legal de informar ao Ministério Público acerca de indícios de crimes”.

58. Em razão disso, é apropriado insistir no ponto fundamental que levou à edição da Medida Provisória nº 784, de 2017: o aprimoramento do **processo administrativo sancionador** no âmbito de atuação do BCB e da CVM, não atingindo as esferas penal e civil. Conforme exaustivamente reiterado, o novo instrumento normativo em nada altera ou interfere nas atribuições do Ministério Público, órgão constitucionalmente incumbido da ação penal pública e que possui os instrumentos necessários para o seu exercício. Não há, ademais, modificação do dever legal das duas autarquias de comunicar ao Ministério Público indícios da prática de crime que verificarem no exercício de suas atribuições, na forma prevista no art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001 – conclusão essa que não é afastada pela possibilidade excepcional de sigilo do termo de compromisso e da proposta de acordo de leniência. Com isso, o compartilhamento de informações com os órgãos de persecução penal competentes, notadamente o Ministério Público, continuará a ser uma obrigação legal dos agentes que vislumbrarem indícios da prática de crime no exercício de suas atribuições.

59. Nesse aspecto, não há óbice a que a redação do art. 30 seja modificada, no bojo do projeto de lei de conversão, com o objetivo de se deixar ainda mais claro que o acordo de leniência somente terá repercussões na esfera administrativa, não afetando a atuação do Ministério Público e dos demais órgãos públicos competentes, no âmbito de suas respectivas atribuições³⁰.

60. De outro giro, caso seja do interesse do Ministério Público que o acordo de leniência produza efeitos na esfera penal, é necessário que sua participação seja incluída nas negociações desse meio alternativo de solução de controvérsias, o que poderia ocorrer no momento da conversão da MP nº 784, de 2017, em lei – a exemplo do que sucedeu com a inclusão do art. 35-C³¹ na Lei nº 8.884, de 1994, quando da conversão da MP nº 2.055, de 2000, na Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

61. Feitas essas considerações, resta apenas esclarecer algumas questões pontuais que foram objeto de comentários específicos na Nota Técnica nº 4/2017 – 5º CCR/MPF, relativas ao acordo de leniência.

62. No que concerne ao art. 30 supratranscrito, o documento critica a extensão da leniência ao infrator que não for o primeiro a se qualificar (§ 3º). Todavia, entendeu-se que poderia ser benéfico abrir a possibilidade de outros envolvidos contribuírem para a apuração dos ilícitos, já que, diferentemente do que ocorre no termo de compromisso, na celebração do acordo de leniência o BCB não detém as provas da infração, e quanto mais provas obtiver, melhor será para o processo de supervisão do SFN. Não se trata, portanto, de extensão da leniência, pois a pessoa jurídica

³⁰ Como sugestão, poderia ser atribuída a seguinte redação ao art. 30 da MP nº 784, de 2017:

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

§ 5º O acordo de leniência celebrado pelo Banco Central do Brasil na esfera administrativa não afeta a atuação do Ministério Público e dos demais órgãos públicos competentes, no âmbito de suas respectivas competências.

³¹ Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

precisa trazer elementos novos de prova, que não eram de conhecimento do BCB. Além disso, a exclusão da ilicitude só é possível no caso do primeiro a se habilitar; os demais só podem se beneficiar da redução de um terço da penalidade, nos termos da MP nº 784, de 2017. Tratando-se, portanto, de opção legislativa que não possui qualquer vício em sua juridicidade.

63. Quanto ao sigilo, dispõe o art. 31³² da MP que a **proposta** de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, exceto no interesse das investigações e do processo administrativo sancionador. São aplicáveis, aqui, as mesmas reflexões trazidas no momento da análise do termo de compromisso, no sentido de que o princípio da publicidade não é absoluto, aceitando mitigações em hipóteses excepcionais.

64. Esclareça-se, ademais, que a efetivação do acordo se dá com a assinatura dos interessados, ocasião em que tal documento se tornará público. Logicamente, a assinatura se dá em momento anterior ao cumprimento do acordo, do qual se dedica o art. 33³³ da MP. Nesse ponto, não há objeções a que o dispositivo seja alterado, para especificar o sigilo sobre a **proposta** de acordo e a absoluta publicidade do **acordo de leniência** assinado.

CONCLUSÃO

65. Diante do exposto, conclui-se que a medida provisória constitui instrumento normativo adequado para veicular as normas estabelecidas na MP nº 784, de 2017, uma vez que:

- a) foram observados os requisitos constitucionais de relevância e urgência para sua edição;
- b) não houve contrariedade às limitações materiais estabelecidas no art. 62, § 1º, da CR/88, notadamente por a MP não tratar de matéria reservada a lei complementar e não abordar aspectos relacionados ao direito penal, processual penal ou processual civil; e
- c) as regras estabelecidas no novo diploma normativo não alteram ou interferem nas atribuições do Ministério Público, remanescendo o dever legal do BCB e da CVM de comunicar àquele órgão indícios da prática de crime que verificarem no exercício de suas atribuições, na forma prevista no art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

66. Não há, ademais, qualquer vício de ordem jurídica nos dispositivos da MP nº 784, de 2017, referentes ao termo de compromisso e ao acordo de leniência.

SIDNEI CORRÊA MARQUES

Diretor de Organização do Sistema
Financeiro e de Resolução

CRISTIANO COZER

Procurador-Geral do Banco Central

32 Art. 31. A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, exceto no interesse das investigações e do processo administrativo sancionador.

33 Art. 33. O Banco Central do Brasil, para fins de declarar o cumprimento do acordo de leniência, avaliará:

I - o atendimento das condições estipuladas no acordo;

II - a efetividade da colaboração prestada; e

III - a boa-fé do infrator quanto ao cumprimento do acordo.

§ 1º A declaração do cumprimento do acordo de leniência pelo Banco Central do Brasil resultará, em relação ao infrator que firmou o acordo, na extinção da ação de natureza administrativa punitiva ou na aplicação do fator de redução da pena.

§ 2º Na hipótese de descumprimento, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de três anos, contado da data em que a irregularidade for constatada pelo Banco Central do Brasil.