

MEMORANDO AOS CLIENTES

BANCOS E SERVIÇOS FINANCEIROS E CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MERCADO

27/6/2017

Banco Central: novas infrações e penalidades, termo de compromisso e leniência. MP 784 e o novo regime sancionador do mercado financeiro

Um novo arsenal de medidas para estimular ações de investigação, fiscalização e punição será colocado à disposição do Banco Central do Brasil (Bacen) com a aprovação definitiva da Medida Provisória nº 784 (Medida Provisória). São importantes mudanças no processo administrativo conduzido pelo Bacen no Sistema Financeiro Nacional (SFN), para discussão e implementação.

Este material traz as principais novidades e debates sobre a Medida Provisória, no âmbito de atuação do Bacen.

1. Infrações puníveis

A Medida Provisória estabelece o rol de infrações puníveis pelo Bacen, em sua maioria com redação abrangente. A amplitude das infrações previstas na Medida Provisória parece ter sido motivada, dentre outros fatores, pela intenção de evitar que decisões sancionadoras no âmbito do processo administrativo do Bacen sejam posteriormente anuladas pelo Poder Judiciário se fundamentadas apenas em normas infra legais. O próprio Bacen apontou como uma das razões para a instituição dessas novas regras o “risco legal, por falta de previsão dos tipos administrativos em lei”.

Não obstante tal motivação, a abrangência das infrações previstas na Medida Provisória, e a eventual subjetividade quanto à sua futura interpretação, vem sendo questionada. Isso porque a ausência de definição clara e objetiva das condutas consideradas “infrações” pode implicar dificuldades na aplicação da norma e até resultar em um aumento da insegurança jurídica. Vale ressaltar que dentre as emendas à Medida Provisória apresentadas, há um conjunto de propostas que buscam esclarecer quais são as infrações passíveis de punição, bem como estabelecer padrões de dosimetria e limites objetivos para algumas punições.

Dentre as infrações estabelecidas na Medida Provisória, podem ser mencionadas, por exemplo, a realização de *operações em desacordo com os princípios que regem a atividade autorizada, a realização de operações ou atividades vedadas, não autorizadas ou em desacordo com a autorização concedida, a oposição de embarço à fiscalização do Bacen, a negociação de títulos, instrumentos financeiros e outros ativos e a realização de operações de crédito ou de arrendamento mercantil em preços destoantes dos praticados pelo mercado, em prejuízo próprio ou de terceiros*, além da atuação não diligente e prudente na condução dos interesses das instituições reguladas.

Ademais, vale mencionar que a constitucionalidade da Medida Provisória também vem sendo questionada no que se refere à impossibilidade de instituição de penalidades e sanções por meio de medida provisória, levando em conta as garantias previstas na Constituição no sentido de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma, se não em virtude de lei, e de que não há crime sem lei e nem pena sem prévia cominação legal.

No entendimento anunciado pelo Bacen, a Medida Provisória não versa sobre matéria penal, nem processual penal, apenas prevê penalidades administrativas e instrumentos de atuação fiscalizatória do Bacen. Ainda, o Bacen afirmou que os órgãos e entidades envolvidas na elaboração da MP concluíram pela sua constitucionalidade.

2. **Infração grave**

O conceito de infração grave previsto no Decreto-lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969 (Decreto-lei 448) foi revisado e ampliado pela Medida Provisória.

Ao lado da hipótese de descumprimento de normas legais ou regulamentares que contribuísse para gerar indisciplina e afetar a normalidade no mercado, já prevista no Decreto-lei 448, foram consideradas como infração grave as condutas que produzam ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não expressamente previstas no artigo da Medida Provisória que define as infrações: dano à liquidez, solvência ou higidez das pessoas sujeitas à supervisão nos termos da Medida Provisória (pessoas supervisionadas), dificuldade em conhecer a real situação patrimonial ou financeira de pessoa supervisionada, impacto severo na continuidade

das atividades ou operações no âmbito do Sistema de Pagamento Brasileiro (SPB), perda de confiança da população no uso de instrumentos financeiros e de pagamento.

Em uma análise dessas hipóteses, temos que a Medida Provisória traz considerável abertura para o enquadramento de condutas no conceito de infração grave, com o consequente agravamento das penalidades passíveis de aplicação pelo Bacen. O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), órgão responsável por julgar, em última instância, as infrações administrativas, já se posicionou diversas vezes para ampliar as condutas abrangidas por infrações submetidas ao seu julgamento, o que pode se agravar diante da abrangência das novas infrações previstas na Medida Provisória. Procurando reduzir a subjetividade na definição das infrações, a Confederação Nacional das Instituições Financeiras – CNF já anunciou que defenderá emendas ao texto da Medida Provisória para eliminar dúvidas e promover a segurança jurídica.

3. Penalidades

A Medida Provisória trouxe novos parâmetros para a aplicação de penalidades pelo Bacen, aumentando substancialmente sua gravidade.

Merece destaque a penalidade de multa que, antes limitada ao valor de R\$ 250 mil, passou a contar com os seguintes novos limites: (i) 0,5% da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração, ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração; ou (ii) R\$ 2 bilhões, dentre estes o maior.

Tais valores passam a ser aplicáveis a todas as infrações sujeitas à fiscalização do Bacen, revogando as previsões de limites específicos de acordo com a matéria regulada. Por exemplo, estão sujeitas a tais valores máximos as infrações cambiais e relacionadas a capitais internacionais em geral, as infrações à legislação e regulamentação do crédito rural, as infrações realizadas por auditores independentes de instituições financeiras e as infrações à legislação e regulamentação do SPB. Note-se que algumas emendas propostas à Medida Provisória sugerem a majoração deste valor para até R\$ 20 bilhões, enquanto outras recomendam a adoção de penas mais brandas, em especial para os auditores independentes.

Algumas exceções permanecem, como o superfaturamento de importações¹, o qual passou a contar com multa de valor entre 5% e 100% do valor da operação, bem como as infrações à regulamentação de lavagem de dinheiro², às quais não se aplicam as penalidades previstas na Medida Provisória.

O Bacen também passou a dispor da penalidade de admoestação pública do acusado, na forma de publicação de texto especificado na respectiva decisão, com o intuito de dar maior publicidade ao descumprimento de normas legais e administrativas.

A penalidade de cassação de autorização foi mantida pela Medida Provisória, embora tenha sido limitada aos casos em que se verifique a ocorrência de infração grave. No regime do Decreto-lei 448, tal penalidade aplicava-se apenas em caso de reincidência em infração grave. Ainda, a competência para sua aplicação foi transferida do Conselho Monetário Nacional (CMN) para o Bacen, com possibilidade de recurso ao CRSFN.

Vale mencionar, ainda, que a Medida Provisória autoriza expressamente o Bacen a punir uma mesma infração com mais de uma penalidade (multa e inabilitação, por exemplo). A cumulação de penalidades já se verificava no regime anterior, mas com a edição da Medida Provisória não restariam mais dúvidas sobre sua legalidade. Trata-se de medida que pretende dar ao Bacen os instrumentos necessários para aplicação de penas mais adequadas à repreensão das infrações administrativas e uma capacidade de estabelecer penalidades mais proporcionais ao impacto das infrações apuradas.

As mudanças acima exigirão do próprio Bacen e dos participantes do mercado uma nova postura diante da dosimetria de penalidades, com vistas a assegurar a correta individualização das condutas e a adoção de critérios claros e objetivos para fundamentar a pena determinada. Nesse aspecto, importante notar que a Medida Provisória prevê determinados critérios que deverão ser observados na dosimetria da pena, como a gravidade e duração da infração, a vantagem auferida ou pretendida, a reincidência e a colaboração do infrator com o Banco Central, dentre outros.

1 Decreto 23.258, de 19 de outubro de 1933

2 Lei 9.613, de 3 de março de 1998

Diante disso, ressalta-se que tais mudanças ampliam significativamente a importância do desenvolvimento de um bom programa de *compliance*, bem como de documentação adequada das políticas, processos e controles adotados pela instituição, bem como das medidas tomadas em caso de verificação de irregularidades. Tais documentos poderão ser utilizados pela própria instituição em uma eventual defesa administrativa, bem como por seus administradores, diante da possibilidade de sua responsabilização.

Devido à sensibilidade do tema, espera-se que a regulamentação das penalidades seja cuidadosa e precisa, tornando-se extremamente importante sua discussão com os participantes do mercado, inclusive por meio de consulta pública. Essa prática vem sendo usualmente adotada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que já manifestou interesse em debater publicamente a regulamentação da Medida Provisória, no âmbito de sua competência. Apesar de comparativamente mais rara, a adoção da consulta pública pelo Bacen antes da publicação definitiva da regulamentação da Medida Provisória seria bastante salutar.

4. Medidas coercitivas e acautelatórias

O Bacen também passa a contar com a possibilidade de aplicação de multas cominatórias por dia de atraso no descumprimento de suas determinações às pessoas supervisionadas. A multa cominatória, que não se confunde com penalidade por infração administrativa, é um instrumento de coerção que pode ser aplicado no curso das ações de supervisão, tendo seu valor máximo limitado a: (i) um milésimo da receita de serviços e de produtos financeiros da pessoa supervisionada; ou (ii) R\$ 100 mil. Importante notar que não há previsão de prazo máximo para aplicação da multa cominatória, ficando a cargo do Bacen estabelecer eventuais limites.

As mesmas questões acerca dos critérios para a aplicação das penalidades já apontados devem se aplicar à fixação de multas cominatórias, que têm limites de valor menores mas geram impacto importante sobre os negócios considerando sua possibilidade de incidência quase imediata. Espera-se uma discussão conduzida pelo Bacen com o mercado para tratar da dosimetria dessa penalidade.

O Bacen já dispõe de certas medidas acautelatórias, atualmente previstas como medidas prudenciais preventivas no âmbito da Resolução do CMN nº 4.019/2011. É o caso, por exemplo,

da determinação de adoção de controles e procedimentos operacionais adicionais, da redução do grau de risco das exposições, da observância de limites operacionais mais restritivos e da recomposição de níveis de liquidez, podendo tais medidas ser adotadas pelo Bacen quando verificada a ocorrência de situações que comprometam, ou possam comprometer o regular funcionamento do SFN ou das instituições reguladas.

De toda forma, a Medida Provisória amplia as possibilidades de aplicação de tais medidas para outras situações e aumenta sua gravidade. Por exemplo, o Bacen fica autorizado a determinar cautelarmente o afastamento de quaisquer administradores de uma pessoa supervisionada, antes da instauração ou durante a tramitação do processo administrativo sancionador, quando estiverem presentes os requisitos de verossimilhança das alegações e do perigo de mora. Dada a relevância das consequências dessas novas medidas para as instituições reguladas, seria conveniente uma discussão prévia com o Bacen dos parâmetros para sua aplicação, o que pode ser feito na forma de consulta pública da regulamentação bancária.

5. Termos de compromisso e Acordos de leniência

A exemplo de outros reguladores (como a CVM e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência), o Bacen passou a dispor de instrumentos consensuais para a solução de infrações administrativas.

O termo de compromisso previsto para o Bacen tem rito, requisitos legais e efeitos similares aos adotados na CVM, especialmente o compromisso de cessar a conduta e indenizar eventuais prejudicados, além da ausência de confissão quanto à matéria de fato e o não reconhecimento da ilicitude da conduta analisada.

De outro lado, pessoas físicas ou jurídicas que tenham a intenção de confessar um ilícito poderão procurar o Bacen para a celebração de acordos de leniência. Instituto já previsto no direito concorrencial e na lei anticorrupção, a celebração do acordo de leniência prevê a aplicação de benefícios aos infratores, como a extinção da ação punitiva administrativa ou redução entre 1/3 e 2/3 da penalidade aplicável, conforme o caso. A celebração do acordo de leniência estará condicionada à efetiva, plena e permanente colaboração do infrator para a devida apuração dos fatos que integrarão os termos do acordo.

As receitas decorrentes de termos de compromisso celebrados com o Bacen serão destinadas ao Fundo de Desenvolvimento do Sistema Financeiro Nacional e Inclusão Financeira, instituído pela Medida Provisória com vistas a promover a estabilidade do sistema financeiro e a inclusão financeira, por meio de atividades e projetos do Bacen.

Da forma prevista atualmente, os termos de compromisso e os acordos de leniência não possuem efeitos na esfera criminal, de modo que tais medidas consensuais deverão ser avaliadas cuidadosamente pelos participantes do mercado diante de infrações administrativas que também possam vir a configurar ilícitos penais, pois não há impedimento para que o Ministério Público Federal (MPF) prossiga em paralelo com sua investigação na forma da lei.

Nesse contexto, o Bacen divulgou que, em diálogo com o MPF, as autoridades concluíram que deverão atuar de forma coordenada nos casos que envolvam a apuração simultânea de ilícitos administrativos e penais, conforme emenda a ser proposta à atual redação da Medida Provisória. Inclusive, vale mencionar que, dentre as emendas já propostas à Medida Provisória, diversas sugerem a participação do MPF na celebração de termos de compromisso e acordos de leniência. Essa coordenação entre o Bacen e o MPF é fundamental para a efetividade dos acordos de leniência, bem como para incentivar sua utilização pelas pessoas supervisionadas. Do contrário, é possível que a atratividade dos acordos de leniência seja limitada, lembrando ainda que na celebração dos termos de compromisso não há presunção de culpa.

Ainda, cumpre ressaltar que a possibilidade de divulgação dos acordos de leniência e termos de compromisso pelo Bacen foi recebida com ressalvas pelo mercado. Tendo em vista que o SFN, em grande medida, funciona a partir da confiança, a divulgação integral de tais instrumentos consensuais pode gerar uma crise de impactos relevantes ou que impliquem em um aumento no risco sistêmico. Adicionalmente, seu conteúdo pode conter informações protegidas pelo sigilo bancário, previsto na Lei Complementar 105.

Ao mesmo tempo, entende-se que a publicidade e a transparência são da essência tanto do termo de compromisso quanto do acordo de leniência, e configuram fator importante para o efeito dissuasório provocado por tais instrumentos. A Medida Provisória estabelece, como regra geral, que ambos os documentos deverão se tornar públicos, mas resguarda a possibilidade do

Bacen determinar de forma contrária, em certas hipóteses. Se, por um lado, tal possibilidade é vista de forma positiva pelo mercado, diversas propostas de emenda apresentadas à Medida Provisória propõem sua supressão.

6. Rito processual

As principais mudanças no rito processual tiveram por objetivo modernizar e tornar mais efetiva a atuação do Bacen em processos administrativos sancionadores.

Nesse sentido, foi expressamente permitida a intimação de acusados exclusivamente por meio eletrônico.

Também em linha com a busca por maior eficiência administrativa, foi permitido ao Bacen deixar de instaurar processo administrativo sancionador diante de infração que acarrete baixa lesão ao bem jurídico tutelado. Tal autorização confere segurança aos agentes públicos para que concentrem esforços e recursos em infrações de maior repercussão para o SFN e a sociedade como um todo, evitando que a punição de condutas inexpressivas seja perseguida por longos períodos com pouca eficiência.

Por fim, a Medida Provisória prevê que o efeito suspensivo para eventual recurso do condenado ao CRSFN, o qual permite que os efeitos da decisão se materializem apenas quando confirmados pela instância superior, será garantido somente nos casos de aplicação das penalidades de admoestação pública ou multa. Nos demais casos (ex.: inabilitação), o recurso será recebido somente com efeito devolutivo, ou seja, a decisão produzirá efeitos imediatamente e poderá ser revista em recurso, exceto se o efeito suspensivo for concedido pelo Bacen diante de requerimento fundamentado com demonstração de justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação. Em vista da relevância de tal mudança, é possível que recorrentes em processos administrativos passem a buscar assegurar o efeito suspensivo, inclusive com a utilização de medidas judiciais.

A Medida Provisória passou a concentrar em um único diploma legal o rol de todas as pessoas sujeitas à fiscalização do Bacen e, conseqüentemente, passíveis de penalidades em decorrência de processo administrativo sancionador conduzido por essa autarquia. Estão incluídas neste rol as

instituições financeiras, as demais instituições supervisionadas pelo Bacen, as instituições integrantes do SPB, as pessoas físicas integrantes da administração, conselho fiscal, comitê de auditoria e de outros órgãos previstos em estatuto ou contrato social, as empresas de auditoria independente e seus responsáveis técnicos.

As mudanças promovidas pela Medida Provisória, mencionadas acima, já estão em vigor. Contudo, importa destacar que para a devida aplicação de tais mudanças é fundamental que o tema seja regulamentado pelo Bacen.

A Medida Provisória ainda precisa ser aprovada pelo Congresso Nacional, o qual poderá realizar alterações em sua redação, considerando especialmente as 97 emendas recebidas para apreciação. Além disso, importante ressaltar que existem discussões acerca da constitucionalidade da Medida Provisória, sob o argumento de que não estaria presente o requisito de urgência necessário a tal via legislativa.

Advogados das áreas de Bancos e Serviços financeiros e Contencioso administrativo de mercado.

Este memorando, elaborado exclusivamente para os clientes deste escritório, tem por finalidade informar as principais mudanças e notícias de interesse no campo do Direito. Surgindo dúvidas, os advogados estarão à inteira disposição para esclarecimentos adicionais.

É vedada a reprodução, divulgação ou distribuição, parcial ou total, do conteúdo desse memorando sem o prévio consentimento do Mattos Filho.

SÃO PAULO – PAULISTA

Al. Joaquim Eugênio de Lima 447
01403 001 São Paulo SP Brasil
T 55 11 3147 7600

SÃO PAULO – FARIA LIMA

Rua Campo Verde 61 3º andar
01456 000 São Paulo SP Brasil
T 55 11 3035 4050

RIO DE JANEIRO

Praia do Flamengo 200 11º andar
22210 901 Rio de Janeiro RJ Brasil
T 55 21 3231 8200

BRASÍLIA

SHS Q6 Bloco C Sala 1901
70322 915 Brasília DF Brasil
T 55 61 3218 6000

NEW YORK

712 Fifth Avenue, 26th floor
New York NY 10019 U.S.A.
T 1 646 695 1100

LONDON

5th floor, 32 Cornhill
London UK EC3V 3SG
T 44 (0)20 7280 0160