



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

Nota Técnica nº 4/2017 – 5ª CCR/MPF

Brasília, 4 de julho de 2017.

Assunto: Analisa a Medida Provisória nº 784, de 7 de Junho de 2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliário, altera as Leis 4.131/1962, 4.829/1965, 6.024/1974, 6.385/1976, 9.069/1995, 9.613/1998, 9.873/1999, 10.214/2001, 11.371/2006, 11.795/2008, 12.810/2013, 12.865/2013, bem como o Decreto 23.258/1933, o Decreto-Lei 9.025/1946 e a Medida Provisória 2.224/2001, e dá outras providências.

I – Do objeto da Nota Técnica

Trata-se de Nota Técnica conjunta da 2ª, 3ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF), elaborada pelo Grupo de Trabalho (GT) “Leniência e Colaboração Premiada”, da 5ª CCR, para análise da **Medida Provisória nº 784, de 7 de Junho de 2017 – doravante MP 784/2017** -, especialmente no que se refere à possibilidade de celebração de termo de compromisso e de acordo de leniência pelo Banco Central do Brasil (BACEN) e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em casos de infrações administrativas perpetradas por pessoas físicas e jurídicas que atuam no sistema financeiro.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

II. Afronta aos requisitos constitucionais para edição de medidas provisórias

II.1. Falta de urgência (artigo 62, da Constituição Federal)

Embora o tema seja relevante, já que é sempre desejável e pode ser mesmo necessário o aprimoramento dos mecanismos de controle e fiscalização do sistema financeiro nacional, é intuitivo que não há urgência requerida para o manejo de medida provisória para tratar do assunto, o qual requer amplo debate técnico, transparência e maior consenso.

Com efeito, seja para atender a constante demanda de evolução técnica e tecnológica - de modo a permitir o melhor funcionamento de setor estratégico para a economia do país e os interesses públicos e privados, notadamente dos consumidores de serviços bancários e financeiros -, seja para responder aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na contínua melhoria dos controles sobre operações e gestão financeiras, sobretudo transnacionais, atualizar a legislação específica é medida salutar. Porém, justamente por isto é que não se pode admitir que tarefa de tal relevo seja efetivada às pressas, sem o devido e adequado processo legislativo e todas as suas fases e oportunidades de discussão por tantos quantos sejam afetados pela deliberação.

Nada justifica, neste momento, a urgência do tratamento dispensado à questão, sem que seja oportunizada a coleta de diferentes opiniões técnicas, demandas de consumidores (pessoas físicas e jurídicas) e das próprias instituições financeiras, além das visões de especialistas de áreas diversas da econômico-financeira – sobretudo os que já lidam com o resultado de deficiências ou desvios no setor -, de modo a enriquecer o debate e o resultado final da deliberação legislativa sobre assunto de tamanho interesse.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

Acresça-se a isto que a urgência também não se justifica à luz do ordenamento jurídico pátrio, em distintos matizes, inclusive porque o Brasil é um dos países que dispõem de legislação reconhecidamente importante no tema, sem que os bancos estejam à margem de controles estatais e deveres específicos.

Não bastasse, a suposta urgência coincide indevidamente com avanços investigativos da “Operação Lava Jato”, o que desaconselha mudanças que possam por sob suspeição a atuação estatal, seja legislativa, seja fiscalizatória, inclusive em função da falta de debate sobre alterações feitas, seu alcance e motivação. Outrossim, a urgência pode impedir melhor reflexão e exame dos efeitos indesejados e indevidos que as mudanças possam vir a gerar, e que estejam indo exatamente em sentido oposto ao buscado pela norma, voltada ao aprimoramento do controle e da transparência no setor.

A MP 784/2017, editada sem os elementos característicos do requisito constitucional de urgência, padece, pois, de vício de inconstitucionalidade.

II. 2. Impossibilidade de matéria penal e processual penal por medida provisória

As intensas e extensas alterações propostas pela MP 784/2017 em vários diplomas legais – a saber: Leis 4.131/1962, 4.829/1965, 6.024/1974, 6.385/1976, 9.069/1995, 9.613/1998, 9.873/1999, 10.214/2001, 11.371/2006, 11.795/2008, 12.810/2013, 12.865/2013, bem como o Decreto 23.258/1933, o Decreto-Lei 9.025/1946 e a Medida Provisória 2.224/2001 -, são aptas a produzir indevidos e inequívocos reflexos em normas em branco constantes da legislação penal sobre o tema, como é usual em matérias sob forte regulamentação administrativa. Ilustrativamente,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

apontam-se alterações com repercussões penais na revogação das normas penais complementares dos artigos 43 e 44 da Lei nº 4595/64 c/c art. 4º, *caput* e parágrafo único, e art. 17 - estes todos da Lei nº 7492/86 -, o que também ocorre com o texto da Lei nº 9613/98, cujo art. 16, parágrafo 2º, alterado pelo art. 47 da medida provisória em tela.

Idêntico vício ocorre devido às repercussões no processo criminal que a adoção em sede administrativa, pela MP 784/2017, de institutos adequados ao âmbito de persecução penal do Estado - como é o caso da colaboração premiada, e de sua variante civil, a leniência -, pode acarretar, o que será melhor desenvolvido adiante.

II.3. Impossibilidade de derrogação, por Medida Provisória, de dispositivo de Lei Complementar

A MP 784/2017 também incorre em inconstitucionalidade, pois altera legislação que ostenta *status* de Lei Complementar, como é o caso da Lei nº 4.595/64 (vide ADI 1376-9/DF, e art. 192, da CF), **o que é vedado pelos artigos 59, 62, inciso III e 69 do texto constitucional.**

Importa esclarecer que, muito embora a rubrica da MP 784/2017 não indique alteração na Lei nº 4.595/64, em seus artigos 56 e 57 há revogação expressa dos artigos 35, 36, 42, 43 e 44, do texto do aludido diploma legal. A MP 784/2017 promove, ainda, alteração na Lei nº 9.069/95, a qual, por sua vez, altera a legislação complementar citada, em afronta velada à Constituição Federal.

De todo modo, a Medida Provisória afeta leis especiais, referentes ao Sistema Financeiro Nacional e à Lavagem de Dinheiro, ainda que no tocante a questões administrativas.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

Contudo, como se sabe, normas penais em branco sobejam nesta matéria e é preciso cautela no processo legislativo que sobre ela dispõe, sob pena de se promoverem indevidas ou indesejadas revogações, derrogações ou tipificações em contrariedade ao texto constitucional.

Deve ser observado, também, que a MP sob exame cria dois fundos contábeis, a serem administrados pelo BACEN e CVM, consoante diretrizes do Conselho Monetário Nacional (CMN), cujas receitas serão compostas, dentre outras fontes não determinadas no texto, pelos recursos obtidos com a assinatura de acordos com investigados (termos de compromisso de cessação de condutas e acordos de leniência), o que não é juridicamente incontroverso nem eticamente recomendável, além de revogar o parágrafo 6º do art. 44 da Lei nº 4.595/64 – com *status* de lei complementar, consoante entendimento do STF na ADI 1376-9/DF -, ferindo, com isto, ainda, o artigo 165, parágrafo 9º, II, da Constituição Federal, que exige expressamente a adoção de lei complementar para a criação de fundos.

Anota-se, finalmente, neste tópico, que a MP 784/2017 afeta ainda e altera indevidamente deveres de comunicação de ilícitos, pelas autoridades administrativas ao Ministério Público, previstos na Lei Complementar (LC) nº 105/2001, o que é inadmissível em sede de medida provisória, como será melhor tratado adiante (item III.2.2).

III. Dispositivos da MP 784/2017 que ensejam aprimoramentos ou supressões

O texto e a estrutura da MP 784/2017 seguem, de modo bem próximo, aqueles da Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, a qual, por seu turno, colheu fortes influências na legislação de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011). Trata-se, pois, através desta novel MP 784/2017, de replicar a inspiração daquele diploma sancionador voltado especialmente à pessoa



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

jurídica infratora, com consequências civis, administrativas e penais, de modo a se buscar estabelecer uma espécie de “lei anticorrupção para o sistema financeiro nacional” ou algo como uma “lei da probidade do sistema financeiro nacional”.

Assim, a MP 784/2017 reproduz, de forma semelhante ao que consta no diploma em que se inspira, *mutatis mutandis*, objeto e objetivo, tipologia e sanções, competências e atribuições, procedimentos e métricas, além de institutos de resolução negociada, como é o caso do acordo de leniência. E ostenta também, e mais ainda, deficiências técnicas, que certamente tornam turva a possibilidade de sua inserção, com coerência e consistência, no ordenamento jurídico vigente, em especial no que toca aos princípios e regras do direito sancionador.

Diante disto, se superados os óbices constitucionais quanto a cabimento e oportunidade da edição da MP 784/2017, deve-se atentar para as partes de seu texto que merecem aprimoramento ou supressão, a fim de ser preservada a integridade do sistema jurídico em vigor, especialmente no que se refere a repercussões inaceitáveis sobre o poder de persecução penal do Estado, como adiante enumerado, tornando possível seu aproveitamento, ainda que no adequado contexto do devido processo legislativo, para edição de lei formal e material específica.

III.1. Do termo de compromisso de cessação de condutas ou termo de compromisso (Seção IV da MP 784/2017): impossibilidade de juízo de conveniência e oportunidade (artigo 12). Necessidade de reconhecimento da prática de ilícitos ou confissão das condutas infradoras (artigo 15, parágrafo único)

O artigo 12 da Medida Provisória 784/2017 assim dispõe:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

*“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” (grifou-se).

Nota-se que o diploma possibilita a formalização de termo de compromisso de cessação de condutas e irregularidades praticadas, pelo infrator com a autoridade administrativa, que decidirá a respeito - certamente em decisão fundamentada, o que não está expresso no texto, mas é intuitivo em Direito sob a perspectiva democrática (*accountability*) -, recorrendo apenas a juízo discricionário, pois regido por “conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público”, o que se torna inadmissível sob o prisma da eficácia dos mecanismos de tutela do sistema financeiro, pois o dispositivo virá a gerar efeitos sobre todas as infrações previstas na Medida Provisória, sem qualquer critério, com repercussões nas esferas penal, civil e administrativo.

Não bastasse a flexibilização dos poderes-deveres administrativos de fiscalizar e punir em nome do “atendimento ao interesse público” - como se as atividades regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, decorrentes da Constituição, não fossem necessárias e oportunas, além de regradas -, a falta de indicação de parâmetros ou critérios objetivos mínimos para tanto ou sem que expressamente esteja imposto o dever de fundamentação - cautela sempre requerida e desejável, embora, em interpretação sistemática, até desnecessária, pois é dever fundamentar decisões administrativas -, denota o caráter tecnicamente equivocada da MP 784/2017 e a insuficiência de proteção jurídica que confere ao segmento social que visa a regular, porque trata de forma isonômica, do ponto de vista da gravidade, todas as infrações.

Além disto, recorre o texto normativo a conceitos indeterminados e abertos, no âmbito de direito sancionador, criando instituto premial, de índole sensível e excepcional, sem qualquer elemento objetivo que oriente o controle sobre a decisão administrativa discricionária a ele



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

referente. Com isto, estabelece, na prática, inconstitucional delegação legislativa, abrindo arriscado flanco em matéria de regulação.

Explica-se. A MP 784/2017 permite que, em sede sancionatória, o órgão regulador deixe de exercer suas funções típicas e exclusivas na esfera administrativa, sem que lhe sejam determinados os contornos e limites necessários ao controle da própria atividade reguladora e fiscalizatória, o que é curial na democracia e indispensável para o convívio equilibrado entre poder público e sociedade, regulador e regulado, bem como entre os próprios poderes estatais. Sem isto, não se enseja ambiente propício a salutar relacionamento entre as partes interessadas, tornando-se potencialmente mais fácil a captura dos órgãos reguladores específicos pelo mercado regulado.

Outrossim, a nova regra não exige do infrator que reconheça a ilicitude de sua conduta nem se lhe impõe, de modo seguro, a reparação do dano - que, em sede de sistema financeiro, pode atingir particulares, além dos efeitos sistêmicos e de eventuais prejuízos ao erário. Não bastasse, estipula-se a indenização dos prejuízos, “*quando for o caso*”, de modo muito aberto, o que não atende ao interesse social e público em legislação deste jaez.

Explicite-se, por oportuno, na esteira do que vem de ser dito, que, à míngua de regramento estrito e restritivo quanto ao cabimento do referido termo de compromisso de cessação de irregularidades, pode-se estar diante de forma velada de anistia ou quase-anistia para condutas potencialmente graves, incompatível com a vigência de um salutar regime administrativo regulador, já que há grande abertura no manejo deste instituto, tal como previsto pela MP 784/2017, eis que, havendo mais de um infrator, parece possível que seja estendido a todos e a qualquer deles o benefício do ajuste de condutas, não importando, para isto, que tenha havido algum grau de cooperação com o desvelamento de ilícitos por parte do sancionado nem lhe sendo requerida a adoção de medidas afetas a *compliance* ou a fórmulas de autorregulação.

Dispõe a MP em questão, ainda, que o termo de compromisso será público (artigo 14, *caput*), mas permite que tenha restringida sua publicidade, nos seguintes termos:

“Parágrafo único. Não será publicado o termo de compromisso nos casos em que a autoridade competente entender, mediante despacho fundamentado, que sua publicidade



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

pode colocar em risco a estabilidade e solidez do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Pagamentos Brasileiro ou de pessoa mencionada no caput do art. 2º”.

Ora, inaceitável admitir que o Estado abra mão de seu poder de punir infração, sob compromisso de cessação das condutas indevidas e o acatamento de outras condições impostas no caso, além de eventual reparação de prejuízos, em acerto havido entre o órgão regulador e os responsáveis pelos atos irregulares ou lesivos, e isto não seja divulgado em nome da estabilidade e solidez do sistema financeiro e bancário nacionais, sem ressalvar que tal sigilo não pode se estender a instituições como o Ministério Público, além de outras encarregadas de atividades de fiscalização e controle, que devem ter acesso à informação para a adoção de medidas de sua atribuição (v.g., investigações criminais).

A disciplina do “termo de compromisso”, de que trata o art. 12 da MP 784/2017, prevê a decretação de sigilo, sob a perspectiva de evitar risco sistêmico (estabilidade e solidez ao Sistema Financeiro Nacional), como referido. Contudo, a mesma preocupação não se revela no processo administrativo sancionador, em que o mecanismo de consensualidade não é utilizado, considerando-se o que estabelece o art. 29, § 8º, da própria MP 784/2017. Portanto, não há qualquer justificativa para o sigilo quando o processo sancionador se dá na via da consensualidade, em contraponto à via tradicional (sem acordo ou termo de compromisso), conforme o texto da MP 784/2017.

Ressalte-se que já há proteção legal (cf. arts. 1º e 2º, da Lei Complementar nº 105/2001) nas operações e dados individuais e de acesso restrito, em matéria bancária e financeira, em ordem a preservar direitos individuais. Deveras, quando há fraudes ou mesmo meros equívocos em praxes controvertidas, e estes são apurados, não há razão para manter em segredo a atuação em



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

relação a outras autoridades públicas, com poder de apurar e sancionar os mesmos fatos (ainda que sob outras perspectivas do direito sancionador estatal).

Assim, não se sustenta a alegação de “risco sistêmico”, para, em vilipêndio ao princípio da publicidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, não tornar pública negociação efetuada com infratores, pela via do termo de compromisso de cessação de conduta, o qual certamente só guarda compatibilidade com infrações menos graves, de menor potencial ofensivo, sob pena de se inverter a própria lógica da regulação administrativa e a razão de ser de um sistema punitivo, caso possível, em vasta escala, transacionar com o ente sancionador para deixar de cometer todo e qualquer tipo de irregularidade em troca do cumprimento de algumas obrigações e do ajuste da conduta.

É que o compromisso de cessação de práticas irregulares afigura-se como espécie de oportunidade e prazo para correção de rumos da atividade regulada, já que se permite ao infrator que encerre as praxes irregulares e observe determinadas condições, como forma mais branda de punição e controle do setor. Tal solução, no entanto, por sua natureza essencialmente dúctil, à luz do necessário juízo de proporcionalidade, só deve ser reservada a condutas menos graves, cujos efeitos negativos possam ser reparados facilmente e não tenham logrado espriar-se de forma nociva ou incontornável. Daí, também por este motivo, não pode ser racional nem democraticamente justificada perante os demais órgãos e poderes estatais, e seus correlatos deveres de fiscalização e controle, nem perante o público destinatário da proteção conferida com a regulação administrativa.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

A própria redação do artigo 15 da MP 784/2017 é reveladora do que até aqui se expôs, sobre a destinação do termo de compromisso para condutas de menor gravidade, consideradas as consequências previstas no seu parágrafo único:

*“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”* (grifou-se).

A ausência de confissão quanto à matéria de fato, bem como o não reconhecimento da ilicitude da conduta analisada, no termo de compromisso de cessação, são altamente questionáveis, à luz dos demais institutos nos quais a MP 784/2017 buscou inspiração, pois, tanto os acordos de colaboração premiada da seara criminal, como o acordo de leniência do direito antitruste e da lei anticorrupção, exigem como requisito essencial, para a validade do ajuste por meio deles encetado entre Estado e infrator, que se formalize o reconhecimento da prática do fato e de sua ilicitude.

Nesta esteira, afigura-se razoável e adequado que o termo de compromisso deva importar confissão das condutas ilegais noticiadas à autoridade administrativa, também porque ele se estende às pessoas físicas, como previsto no parágrafo 1º do artigo 2º da MP 784/2017, de modo que possa surtir efetivas consequências benéficas e atenuantes nas sanções que serão aplicadas ou dispensadas. Sem que se reconheça a ilicitude (confissão), não há como ser possível aplicar sanções, ainda que em sede administrativa.

Observe-se, por fim, que, conforme o parágrafo 5º do art. 37 da MP 784/2017, idêntica faculdade é conferida à CVM, em seu âmbito de atuação, estando também previsto, no



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

artigo 40 do texto, que BACEN e CVM deverão coordenar suas atividades para assegurar o cumprimento de suas atribuições, com maior eficiência e menor custo para os regulados, o que é salutar, mas, ao mesmo tempo, implica que o defeito da regulamentação ora analisada vale para os dois entes.

III.2. Do acordo de leniência em sede administrativa no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e seus reflexos na esfera penal

III.2.1. Afronta às atribuições constitucionais e legais do Ministério Público

Os artigos 30 e 31 da MP 784/2017, dentre outros, estabelecem a adoção de acordo de leniência em relação a infrações de normas legais ou regulamentares cujo cumprimento couber ao Banco Central do Brasil fiscalizar. Trata-se de medida que afeta o processo administrativo sancionador. Não obstante, ainda assim, acaba por atingir de forma ilegítima, como se verá, a esfera de atuação e as funções institucionais típicas e exclusivas do Ministério Público. Transcrevem-se os dispositivos legais:

“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;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

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.

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” (grifou-se).

Releva observar que o supracitado artigo 31 possui redação dúbia, pois não esclarece se a proposta de acordo de leniência é, em princípio, sigilosa, ou se apenas ostentará tal condição no interesse da investigação ou do processo administrativo. Ademais, não está suficientemente claro se a “*efetivação do acordo*” é o mesmo que seu cumprimento, nos termos do artigo 33 da MP ora impugnada, ou a própria assinatura de seus termos. Impõe-se, ainda, esclarecer quando ocorre realmente a extinção da ação administrativa punitiva ou a aplicação de fator de redução de pena, a deixar de ensejar necessidade de sigilo. Reafirme-se aqui, *mutatis mutandis*, os fundamentos já desenvolvidos quando se tratou do termo de compromisso do art. 12 da MP 784/2017, notadamente no tocante ao descabimento de sigilo quanto às demais autoridades com competência para apurar e adotar providências sancionatórias sobre os mesmos fatos (v.g. investigações criminais).

Mais grave ainda é a falta de clareza quanto às repercussões dos instrumentos de consensualidade da MP 784/2017 (termo de compromisso e acordo de leniência) no âmbito criminal, especialmente diante da redação do art. 30, que prevê a extinção punitiva ou redução de um a dois terços da penalidade aplicável às infrações às normas legais e regulamentares cujo



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

cumprimento caiba ao BACEN e CVM fiscalizar. Ora, não se pode olvidar que estes órgãos têm também poderes de investigação, em sua esfera de atribuições, de fatos com repercussão criminal (notadamente os da Lei nº 7.492/86), e que a dubiedade que se extrai do texto da MP pode levar à interpretação equivocada de que a celebração de tais instrumentos de resolução negociada ou consensual teriam efeitos sobre a persecução de crimes, o que viola o monopólio da legitimidade para a ação penal pública, que é do Ministério Público.

Vislumbra-se, também, com a celebração de compromisso ou da leniência, de forma sigilosa e sem comunicação do procedimento às autoridades competentes, inevitável prejuízo ao “*timing*” da investigação de atos e fatos que podem ter provas para responsabilização em outras esferas, distintas da administrativa, destruídas ou ocultadas (notadamente, na criminal).

Por outro lado, a redação adotada acertadamente inclui, como requisitos cumulativos, para a celebração do acordo de leniência: a limitação do benefício ao primeiro que se qualificar para tanto; a exigência de cessação completa do envolvimento nas irregularidades noticiadas ou sob investigação; o caráter necessariamente inovador das notícias e documentos trazidos e sua indispensabilidade para a punição, no momento da propositura do acordo, já que o BACEN deve não estar, sem eles, em condições de assegurar a condenação das instituições ou pessoas naturais investigadas; a exigência de confissão de participação no ilícito e de cooperação plena e permanente com as investigações e com o processo administrativo, inclusive com o comparecimento a todos os atos a que chamado, as suas expensas, até o final.

Não obstante os acertos, previu possibilidade de benefício específico a outras instituições envolvidas nas práticas objeto de acordo de leniência, que não conseguiram se



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

qualificar em primeiro lugar, o que alarga o instituto, desvirtuando sua finalidade, a qual é, do ponto de vista estatal, obter, com celeridade e maior certeza, informações e provas de ilícitos, e não recuperação patrimonial ou atenuação de penas a arrependidos. O objetivo da leniência não é tão somente trazer benefícios ao infrator arrependido. Trata-se de técnica especial de investigação, que visa permitir que o Estado se valha da colaboração ativa e voluntária de infrator, que, antes de iniciada uma investigação ou, ainda que iniciada, mas em seu curso, traga relevantes e inéditas informações sobre práticas delitivas, autoria e materialidade, além de indicação de meios probatórios, pois por vezes o desbaratamento de tais ilícitos é tarefa complexa, que envolve atuação ilícita coordenada e organizada, com liame de confiança e sigilo entre os infratores. Ou seja, o instrumento de consensualidade é algo mais que confissão e, por isto, pode ensejar significativas mitigações das penas ou, em casos isolados, sua remissão total. Nesta medida, é também um meio de defesa; mas, ainda assim, trata-se de algo a ser permitido ao infrator, em juízo de proporcionalidade, que leve em conta sua cooperação com o Estado no curso de investigações e para o maior proveito em relação às sanções que lhe podem ser infligidas, em várias vertentes (criminal, civil, administrativa, de improbidade etc).

Importa registrar, por oportuno, que o modelo racional e ideal, à luz da Constituição Federal, é o estabelecimento de uma relação de cooperação interinstitucional entre o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários e o Ministério Público Federal - único titular das ações penais públicas que envolvem crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 129, I, da Constituição Federal) -, pois, sem a intervenção do órgão ministerial nas negociações dos termos de compromisso e acordos de leniência, eventuais condutas delituosas cometidas pelos responsáveis das instituições envolvidas podem não vir a ser detectadas adequadamente ou sequer conhecidas,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

pelo Estado, através de seus órgãos de persecução, dada a possibilidade de que seja imposto sigilo a tais avenças, a critério da autoridade administrativa, como se deduz dos artigos 14 e 31 acima transcritos. E, *a contrario sensu*, sob a ótica da defesa, a restrição de tais acordos ao âmbito administrativo sancionador não lhes oferece a devida atratividade, do ponto de vista sistêmico e prático, nem dá, aos infratores, segurança jurídica para a eles aderirem, já que continuam sujeitos a punições diversas, em esferas concorrentes e autônomas de responsabilização (ainda que interdependentes), com o inconveniente de terem, no mínimo, facilitado a comprovação dos fatos irregulares praticados e, eventualmente, oferecido as provas correlatas.

Em tal hipótese, a negociação sobre as penas ou sanções aplicáveis (quantitativo e extensão) há de considerar e contemplar, sob o crivo da razoabilidade e proporcionalidade, todas as consequências da prática infracionária, garantindo-se, por outro lado, ao infrator colaborador (e não evidentemente aos demais agentes por ele delatados), a interdição da atuação das demais instâncias do direito sancionador. Esta é a solução que mais se amolda aos vetores da confiança, da boa-fé e da expectativa legítima, pois:

O princípio da confiança, que é pressuposto em todas as relações jurídicas, tem na sua origem etimológica o vocábulo *cum fides*, indicando que ocorre quando o cidadão tem fé (*bona fide*) na realização de determinado comportamento administrativo. A confiança seria o princípio, enquanto a boa-fé seria a norma de comportamento objetivo exigido da parte, sendo que a boa-fé objetiva pressupõe a boa-fé subjetiva.

Geralmente, alega-se a boa-fé quando há ato concreto da Administração (relação pessoalizada), justamente porque se trata de regra, enquanto a confiança é necessária quando se está diante de ato administrativo normativo (abstrato e geral), havendo nesse caso maior ônus argumentativo. A distinção também é feita pelo critério da força constitucional, já que o princípio da expectativa legítima encontra melhor "encaixe" constitucional do que a boa-fé, pois pode ser remitido à segurança jurídica. Com tal base, oferece proteção constitucional mais eficaz ao cidadão, sem institutos intermediários de direito privado.

Isso significa, em suma, que todo indivíduo que tiver determinada confiança quanto a comportamento futuro da Administração, motivada por comportamento pretérito desta, pode exigir a realização da expectativa criada, encontrando barreira apenas em caso de haver interesse público que desautorize tal realização. Salienta-se, porém, que esse não é o único elemento para identificar a expectativa legítima.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

São essas as premissas que levam à conclusão de que o princípio da confiança tem em seu núcleo dois elementos: certeza e previsibilidade. Nenhum deles gera axiomas (privilégio de poucos entes teóricos), mas traz consigo a noção de que a confiança é invocável quando as condições de fato, em relação com o direito, possibilitem afirmar que determinada situação ocorrerá de certa forma (subsunção clássica).

O princípio da confiança envolve o conflito básico entre a necessidade de proteção da expectativa criada pela conduta administrativa e a eventual necessidade de a Administração alterar o curso de determinada ação política. Em última instância, o princípio significa - e aqui reside o grande avanço doutrinário - que todo comportamento da Administração que alterar a esfera jurídica do indivíduo deverá ter consequências [sic] jurídicas, que deverão ser respeitadas ou justificadas sua subversão.¹ (MELLO, 2006)

Aliás, esta foi a linha de raciocínio utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar do acordo de colaboração premiada (instituto paralelo ao acordo de leniência, na seara penal), quando decidiu que:

[...] 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.²

Neste passo, é necessário que, ao menos, exista, no ordenamento legal e regulamentar específico, previsão que reforce a obrigatoriedade de se notificar o órgão ministerial com atribuição, quando verificados indícios de cometimento de crime, ainda que o trâmite administrativo esteja sob sigilo. Frise-se que, especialmente no combate à corrupção, a leniência deve ser utilizada como instituto de **detecção de infrações. E o mesmo vale para repressão de delitos ou irregularidades ligados ao âmbito do sistema financeiro nacional, não sendo**

- 1 MELLO, Eduardo Brigidi de. O princípio da expectativa legítima e a exposição de motivos das medidas provisórias. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 66, p. 173-198, jan./fev. 2006.
- 2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483-PR. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015a. Dje nº 021. Brasília, 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=101996>>. Acesso em: 30 dez. 2016.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

possível, portanto, afastar o Ministério Público.

Deve-se levar em conta, a propósito, a natureza constitucional da titularidade, pelo Ministério Público, da ação penal pública, e o princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição. Isto porque a ação penal não está na disponibilidade do sistema administrativo de controle. E, nesta medida, a leniência apenas se justifica, conforme dito, para a detecção de infrações, não para a impunidade de fatos já objeto de anterior investigação ou que demandem apuração em esferas mais amplas e gravosas do direito sancionador.

Assim, se se entender que, consoante o disposto na MP 784/2017, o sigilo dos instrumentos de consensualidade alija o Ministério Público do acesso ao objeto do que ajustado, o texto peca no aspecto da constitucionalidade, pois debilita e atinge indevida e ilegitimamente a persecução penal do Estado. Nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal, de modo que toda e qualquer providência e repercussão de caráter penal, em sede de apuração de ilícitos e infrações de qualquer natureza, depende da participação ativa e direta do órgão acusatório. Sob esta ótica, é claro que a MP 784/2017 aumenta a insegurança jurídica, ao aparentemente aperfeiçoar o tratamento administrativo de situações infracionais que atingem bens jurídicos afetos à segurança, estabilidade e solidez do sistema financeiro nacional, com cautelas para evitar risco sistêmico e pânico nos mercados. Ocorre que dificilmente irregularidades havidas neste setor deixarão de configurar, também e invariavelmente, ilícitos penais, cuja titularidade exclusiva para imposição das competentes sanções é do Ministério Público e do Judiciário.

É que, embora o artigo 1º da MP impugnada seja explícito sobre seu âmbito de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

incidência - processo administrativo sancionador nas esferas de atuação do BACEN e CVM -, na prática, não é o que decorre de disposições desta natureza, sobretudo quando incluem medidas de sigilo e não apontam, com a necessária e devida cautela e observância sistêmica dos âmbitos de atuação repressiva estatal, o dever de informação e notificação oportuna daqueles que são competentes para apurarem outros danos e consequências civis e penais das infrações e irregularidades encontradas no campo de atividade regulada pelos entes fiscalizadores – neste caso, reafirme-se, a bem da clareza, BACEN e CVM.

Parece até que, aqui, há um retrocesso, com regresso a meados dos anos 90 do século passado, quando, foram necessárias ocorrências de triste memória relativa a fraudes financeiras em décadas anteriores (Coroa Brastel, Capemi, Sulbrasileiro, Montepio da Família Militar, por exemplo), com grandes prejuízos aos usuários do sistema e também ao Estado, e novos escândalos atingindo bancos públicos estaduais, para que se passasse a observar rotinas e fluxo necessário, oportuno e documentado de comunicações de ocorrências detectadas pelo BACEN para o Ministério Público Federal (caso Banespa, especialmente emblemático no ponto), a fim de que se buscasse proceder à devida responsabilização dos infratores.

Ademais, convém sempre realçar que o sistema de sancionamento administrativo não é norma geral de combate à corrupção, não servindo de via de inutilização do processo penal, da ação de improbidade administrativa, da sanção disciplinar e tampouco de responsabilidade por danos ao patrimônio público. E isto vale também para setor sensível e especializado, como o financeiro, mas, ainda assim, sujeito à regulação administrativa de órgãos próprios e às demais esferas de responsabilidade previstas no ordenamento pátrio.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

Logo, é forçoso reconhecer que o modelo previsto pela MP 784/2017 retira, por via transversa, colocando-a na disponibilidade do ente administrativo de regulação e fiscalização de atividades, a titularidade constitucional da ação penal pelo Ministério Público e a via judicial de imposição das sanções penais, tornando possível, deste modo, o vicejar de ambientes de corrupção empresarial, o que contraria as finalidades jurídicas e econômicas do acordo de leniência e de sua inspiração no direito comparado e em tratados internacionais.

E, neste cenário, afasta-se francamente dos objetivos perseguidos pela Lei Anticorrupção e dos tratados internacionais em que se baseia e de que o país é signatário, que buscam fomentar nova cultura de integridade e ambiente negocial ético, remodelando as relações entre particulares – sobretudo pessoas jurídicas -, e setor público, para que exista efetiva competitividade e *fair game* no ambiente negocial global.

Portanto, há necessidade de se estabelecer, adequadamente, o alcance e a natureza da leniência, no sistema jurídico, reconhecendo-se o papel essencial do Ministério Público, nas consequências deste instrumento de consensualidade.

Explica-se. Como se trata de importar, para o controle do sistema financeiro e bancário, instituto negocial (a leniência) do microssistema legal anticorrupção, que trata de ilícitos e infrações, que conceitualmente, por sua própria natureza, são necessária e essencialmente crimes, delitos ou ilícitos penais, não há como se pensar em negociar o *disclosure* de fatos e provas e as sanções aplicáveis ou benefícios em contrapartida, sem que haja, em qualquer etapa, a participação efetiva e indispensável do titular exclusivo da ação penal, *dominus litis*. Esta premissa mantém-se hígida para o tratamento dispensado à regulação e fiscalização do mercado financeiro, bancário, do



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

fluxo de capitais e afins, pois, também neste contexto, infrações e condutas irregulares hábeis a merecerem qualificação por forma de autodelação e arrependimento não de constituir, a um só e mesmo tempo, ilícitos penais que, em geral, apresentam sofisticada execução, negativos efeitos sociais e grave alcance, inclusive porque aptos a dissimular a prática ou o resultado de outros crimes.

Ademais, em havendo investigação criminal em curso, o Ministério Público, por vezes, reunirá melhores condições de celebrar instrumentos de consensualidade, considerado que tem a possibilidade de ter acesso a instrumentos de investigação mais eficazes e só possíveis de serem utilizados na esfera do direito penal, que inclusive podem estar sendo conduzidas sob sigilo, na forma do art. 20 do Código de Processo Penal, como eventuais interceptações telefônicas, conforme art. 8º, da Lei nº 9.296/96, art. 5º XII, da Constituição da República e o art. 3º, da Lei nº 12.850/2013 (v.g.: a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; a infiltração, por policiais, em atividade de investigação etc.). Portanto o Ministério Público, reafirme-se, no mais das vezes, tem a mirada ampla sobre a utilidade e conveniência dos fatos e provas revelados pelo interessado, ainda que se trate de pessoa jurídica.

Assim, por apego à clareza, e caso a Medida Provisória 784/2017 não seja rejeitada, providência que se impõe, sugere-se que seja nela consignado expressamente que o acordo de leniência refere-se tão somente a irregularidades administrativas das instituições financeiras e não penais, que continuarão a cargo do órgão ministerial, a fim de que se evite qualquer dubiedade em sua aplicação.

III.2.2. Da obrigação legal de informar ao Ministério Público acerca de indícios de crimes



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

(artigo 9º, LC 105/2001)

Vale ainda salientar, neste passo, que, por força do artigo 9ª, da Lei Complementar nº 105/2001, o BACEN e a CVM devem fornecer informações ao Ministério Público, quando amealharem indícios da prática de crimes, com o envio da documentação pertinente a que tenha acesso, *in verbis*:

“Art. 9º, LC 105: 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.”

Neste sentido, a possibilidade de sigilo acerca dos termos de compromisso e acordos de leniência, como abordado no tópico anterior, não pode alterar, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade e ilegalidade, o já existente dever legal do BACEN e da CVM, voltado à comunicação de indícios de crime.

No que se refere ao aspecto formal, inclusive por conta da hierarquia superior da lei complementar que rege a matéria (LC 105/2001), a qual se impõe às demais espécies normativas – dentre elas, a medida provisória -, há vício no texto ora examinado, que versa sobre matéria que lhe é vedada, nos termos do artigo 62, §1º, III da Constituição Federal.

Já no que diz com seu sentido material, a possibilidade de sigilo dos termos de compromisso e acordos de leniência não se sustenta em interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

É que, caso admitido tal sigilo, haveria restrição indevida de compartilhamento de informações, documentos e provas entre órgãos e agentes do Estado, sobretudo em desrespeito aos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

poderes requisitórios do Ministério Público - os quais ostentam *status* constitucional, inclusive -, o que, por vias transversas, serviria para fulminar a própria titularidade exclusiva da ação penal, afetando o exercício livre da jurisdição e das funções institucionais do Ministério Público a ela correlatas.

Se um dos objetivos desta Medida Provisória 784/2017 é, justamente, aprimorar o controle do ambiente financeiro e bancário no país, e, através disto, aperfeiçoar também o combate à corrupção e a seus desdobramentos (lavagem de dinheiro pelo sistema financeiro nacional e outras irregularidades), dotando-o de mais e melhores mecanismos legais e institucionais no âmbito da prevenção e repressão das infrações econômicas e financeiras, a possibilidade de sigilo prevista nos artigos 14 e 31 restringe a capacidade estatal de agir adequadamente na investigação e persecução de ilícitos, tanto em sede civil quanto na penal, desnaturando a própria finalidade do diploma em questão.

Assim, se mantidos os atuais termos da MP 784/2017, há inaceitável subversão dos fundamentos e finalidades do instituto da leniência – meio de defesa e meio de produção de provas e investigação a um só tempo -, ao se enfatizar a satisfação de eventuais interesses patrimoniais do Estado na recomposição ágil do dano ou na preservação de setores sensíveis e de interesses empresariais, além da pretensa solidez e confiabilidade do sistema financeiro e bancário e da tranquilidade do mercado, sem levar em conta a própria credibilidade institucional do país, que deve ser espelhada pelo livre funcionamento de suas instituições jurídicas e judiciais, tanto quanto das demais.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
5ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – COMBATE À CORRUPÇÃO

IV. Conclusão

Por todo exposto, conclui-se que a Medida Provisória 784/2017 deve ser rejeitada, já que não desafia muitos questionamentos sobre sua correção formal e validade material, à luz da Constituição Federal e de leis que regem a matéria, bem como porque viola relevantes princípios e valores constitucionais, ao afetar indevidamente a inafastabilidade da atuação ministerial, no exercício exclusivo da persecução penal em juízo, sobretudo com o regramento que traz sobre acordo de leniência em sede administrativa.

**LUIZA CRISTINA FONSECA
FRISCHEISEN**

Subprocuradora-geral da República
Coordenadora – 2ª CCR

**JOSÉ ELAERES MARQUES
TEIXEIRA**

Subprocurador-geral da República
Coordenador – 3ª CCR

MARCELO MUSCOGLIATI

Subprocurador-geral da República
Coordenador – 5ª CCR



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assinatura/Certificação do documento **PGR-00222277/2017 NOTA TÉCNICA nº 4-2017**

.....
Signatário(a): **MARCELO ANTONIO MUSCOGLIATI**

Data e Hora: **05/07/2017 14:07:45**

Assinado com certificado digital

.....
Signatário(a): **JOSE ELAERES MARQUES TEIXEIRA**

Data e Hora: **05/07/2017 16:48:52**

Assinado com login e senha

.....
Signatário(a): **LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN**

Data e Hora: **05/07/2017 12:25:39**

Assinado com login e senha

.....
Acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave 40737A49.8F8AA7FE.9C6DDED9.68D4F30A