



Atividade sancionatória e a sugestão da CVM ao acordo de supervisão

28/06/2018

Em 2017, foi editada a Lei 13.506, que disciplina o processo administrativo sancionador na esfera da atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, promovendo uma série de alterações em vários diplomas legais, em especial na Lei 6.385/76, responsável por criar a CVM.

Coube à Lei 6.385/76 atribuir à CVM a competência para impor penalidades aos infratores, nos moldes do artigo 9, inciso VI, cumprindo ao artigo 11 enumerar as sanções, cuja aplicação poderá ocorrer de forma isolada ou cumulativa.

A Lei 13.506/17, entre diversas mudanças, alcançou o artigo 11, afetando a parte dedicada às sanções cujo potencial repressivo oscila da advertência a medidas mais drásticas como a inabilitação temporária para o exercício de cargo, suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades e proibição temporária para atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários.

As reprimendas que compõem o leque legal podem produzir impactos expressivos financeiramente, em especial diante das mudanças promovidas pela Lei 13.506/17, com destaque para a nova redação atribuída aos incisos do parágrafo 1º do artigo 11 da Lei 6.385/76, que fixam diferentes tetos para as multas.

Nos termos do mencionado parágrafo 1º e seus incisos, a multa deverá observar, para fins de dosimetria, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a capacidade econômica do infrator e os motivos que justifiquem sua imposição, e não deverá exceder o maior entre quatro referenciais, quais sejam, R\$ 50 milhões, o dobro do valor da emissão ou da operação irregular, três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência, e o dobro do prejuízo causado aos investidores em decorrência do ilícito.

As mudanças são significativas quando comparadas à redação anterior. Apenas para uma breve exemplificação, enquanto o primeiro referencial para a multa, nos termos do então inciso I do parágrafo 1º, limitava-se à R\$ 500 mil, o atual inciso I prevê teto (entre os possíveis) de R\$ 50 milhões.

Se, por um lado, a Lei 13.506/17 reforça a força punitiva da CVM e do Banco Central do Brasil, ela avança na disciplina da contratualização da atividade sancionatória, preservando o termo de compromisso e admitindo o acordo de supervisão.

A busca por uma maior consensualidade encontra raízes na Constituição de 1988, que, como repúdio ao período ditatorial, reposiciona o indivíduo, se ocupa de conter o poder e traça guias a conduzir a atuação do administrador.



Institutos distintos surgiram ou foram resgatados ao longo dos anos, todos vocacionados a reprogramar o agir administrativo, objetivando maior convergência entre as “partes”.

O direito de greve dos servidores assegurado no artigo 37 VII da Constituição de 1988, o surgimento das parcerias público-privadas e o advento da Lei 9.784/99, a reforçar a importância da procedimentalização do agir estatal em substituição a comportamentos unilaterais, exemplificam a mudança de concepção.

Mas a ambição por uma maior convergência tem a contratualização da atividade sancionatória seu exemplo mais robusto.

O olhar tradicional, alimentado pela ideia de que a indisponibilidade do interesse público requer a atuação implacável do “poder punitivo” do Estado, reconhece na punição a via única de salvaguarda do interesse que precisa ser protegido.

A admissão de que medidas alternativas à repressão podem se revelar mais consentâneas ao interesse público é a mola propulsora para o surgimento de pluralidade de institutos que nos últimos anos têm inflacionado (positivamente) a ordem jurídica brasileira.

A Lei 6.385/76 já previa, desde 1997, a assinatura de termo de compromisso pelo indiciado ou acusado, o que permitiria suspender o procedimento administrativo do qual poderia resultar aplicação de reprimenda (artigo 11, parágrafo 5º).

A Lei 13.506/17 preservou o termo de compromisso, enfatizando tratar-se de possibilidade a ser avaliada pela autarquia, caso conclua por sua conveniência e oportunidade, à luz do interesse público. Assinado o termo de compromisso, documento no qual o investigado assume o dever de cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos e de corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos, a autarquia suspende ou deixa de instaurar o procedimento administrativo destinado à apuração de infração.

A nova lei adicionou a possibilidade de acordo administrativo em processo de supervisão que compartilha a mesma essência dos acordos de leniência, já presentes nas leis 12.529/11 e 12.846/13. Vale dizer, em troca do reconhecimento da prática do ato ilícito e colaboração com as investigações, minimiza-se a reprimenda (artigo 30).

No último dia 18, a Comissão de Valores Mobiliários publicou minuta de instrução em que aborda o “termo de compromisso” e o “acordo de supervisão”.

Nos moldes do artigo 83, o interessado na celebração de termo de compromisso poderá apresentar proposta escrita à CVM, comprometendo-se a: I – cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos, se for o caso; e II – corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos individualizados ou a interesses difusos ou coletivos no âmbito do mercado de valores mobiliários. O artigo 87, embora não diga que determinadas infrações impedem a assinatura do termo de compromisso, estabelece que se considerará, dentre outros elementos, a oportunidade e a conveniência na celebração do compromisso, a natureza e a gravidade das infrações objeto do processo, os antecedentes dos acusados ou investigado ou a colaboração de boa-fé destes, e a efetiva possibilidade de punição, no caso concreto.

Curioso observar que, ao fixar o compromisso de corrigir as irregularidades referenciado no inciso II do artigo 83, não se impõe o dever de adotar o programa de integridade ou de aprimorar aquele já existente.

Situação semelhante ocorre com o acordo administrativo em processo de supervisão.

O artigo 93 da minuta, diante do disposto na lei, propõe que a CVM possa celebrar acordo administrativo em processo de supervisão do qual poderá resultar a extinção da ação punitiva ou a redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável, em contraprestação à cooperação na 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 apuração.

O artigo 102 da minuta avança sobre a questão do acordo e dita que ele deve estipular as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e arrola uma série de cláusulas e condições, retomando a confissão expressa da participação no ilícito, a declaração do signatário de que cessou seu envolvimento na infração noticiada ou sob apuração e a cooperação com as investigações e o processo administrativo sancionador.

Igualmente não se cogita de impor ao signatário a obrigação de adotar ou aperfeiçoar programa de integridade.

A minuta proposta pela CVM faz referência ao programa de integridade no artigo 68, onde se indicam as circunstâncias atenuantes, a serem consideradas quando da aplicação das sanções. Vale dizer, contempla-se o programa de integridade como atenuante a ser considerada no momento da aplicação da punição, mas ele não é reclamado como condição para a assinatura do termo de compromisso ou do acordo de supervisão, ainda que envolva pessoas jurídicas.

O mesmo desacerto ocorreu na Lei 12.846/13, a Lei Anticorrupção.

A Lei Anticorrupção aposta no acordo de leniência, como instrumento capaz de alavancar as apurações estatais, por meio da cooperação da entidade com as investigações, incrementando-se o saber estatal e favorecendo novas investidas repressivas.

O ajuste estatal que beneficia o infrator tanto no cenário da Lei 13.506/17 como na Lei Anticorrupção é admitido pelas mesmas razões. Não por outra razão, a redação do artigo 16 da Lei 12.846/13 e do artigo 93 da minuta da CVM sintetiza as virtudes da pactuação na identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

O compromisso da entidade em cessar o seu envolvimento na conduta da infracional, a partir da data da propositura do acordo; reconhecimento de sua participação no ilícito e reconhecimento do seu dever de cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, às suas expensas, sempre que solicitada ou convocada também existem na Lei Anticorrupção.

Há pois importante sintonia entre os perfis dos institutos, não apenas na sua estruturação e objetivos, mas nas imperfeições.

A Lei Anticorrupção não exige o compromisso da entidade de promover auditoria, incentivar denúncias de irregularidades e aplicação efetiva do código de ética e de conduta[1]. Enfim, não é cláusula obrigatória, nos moldes da Lei 12.846/13, que a entidade se comprometa a instituir ou aperfeiçoar mecanismos de integridade.

A minuta da CVM repete o mesmo descuido — na nossa avaliação — e perde a oportunidade de realçar os programas de integridade como ferramentas potencialmente hábeis a estancar práticas ilícitas.

A aposta na superação de práticas ilícitas não pode se concentrar na ameaça repressiva estatal. Os programas de integridade, que em ambos os cenários balizarão a aplicação de sanções, precisam integrar o rol de compromissos do particular interessado em frear/relativizar o furor punitivo estatal.

A utilização de instrumentos regulatórios que abandonem o dogma da sanção em prol de objetivos outros é positiva e irreversível, mas, tanto quanto ocorreu na Lei Anticorrupção, desperdiça-se a oportunidade de melhorar o ambiente das entidades quando não se lhes impõe o aperfeiçoamento ou a instituição de programas de integridade como condição para os acordos substitutivos.

Soa insuficiente minimizar as sanções sem promover, como se poderia, os programas de integridade. Afinal, também deve se perseguir a melhoria da atuação das entidades, fomentando a inclusão/reformulação de ferramentas de gestão, controle e monitoramento de riscos, para que a infração não se reproduza.

Disseminar a cultura da probidade de modo a conter ou mitigar a ocorrência de condutas reprováveis é ambição de que não se pode abrir mão.

[1] A MP que poderia alterar o artigo 16 nesse sentido caducou.