

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 2- 2021

ISSN 1517-1957

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

André Augusto Mendes Machado¹

Palavras-chave: Justiça Consensual - Acordo de Não Persecução Penal – Acordo de Leniência – Termo de Compromisso de Cessação.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é examinar, primeiramente, os principais aspectos do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP), trazido pela Lei n.º 13.964/2019 (conhecida por “Pacote Anticrime”), que, ao lado dos institutos previstos na Lei n.º 9.099/1995 (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo) e da colaboração premiada (regulamentada pela Lei n.º 12.850/2013), veio completar o rol de soluções consensuais previstas para o processo criminal no ordenamento jurídico brasileiro.

Além do conceito de ANPP, serão apontados os requisitos legais, positivos e negativos, para a realização desse negócio jurídico processual, previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n.º 13.964/2019.

Na segunda parte do artigo, serão mencionados os reflexos penais do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação (TCC), enquanto soluções consensuais firmadas no âmbito do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

Por fim, será destacada a importância de celebração de ANPP quando firmado TCC no CADE, como forma de resguardar o compromissário contra acusações criminais pelos mesmos fatos confessados administrativamente.

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL INTRODUZIDO PELA LEI N.º 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019

¹ Advogado, Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Sócio da área Penal de Veirano Advogados

2.1. Conceito e premissas do acordo de não persecução penal

A Lei n.º 13.964/2019 trouxe diversas inovações para o sistema jurídico penal brasileiro, tanto de ordem material quanto processual. Uma das principais novidades é o acordo de não persecução penal (ANPP), inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Este instituto, enquanto forma negocial de resolução da persecução penal, atenua o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública (artigo 24 do Código de Processo Penal) e tem o condão de gerar mudanças significativas na forma com que os atores processuais – Ministério Público, Réu/Defesa e Magistrado – lidam com o processo penal no Brasil, possibilitando uma solução não litigiosa para o caso penal.

Pode-se definir o ANPP como negócio jurídico processual celebrado entre Ministério Público e investigado, assistido por defesa técnica, cuja eficácia está condicionada à homologação judicial e por meio do qual se estabelecem certas condições, que, uma vez cumpridas, levarão à extinção de punibilidade do autor do fato.

Reza o artigo 28-A do Código de Processo Penal que “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Trata-se de norma jurídica de natureza mista, material e processual, e que, como tal, deverá retroagir para beneficiar o acusado, por força do disposto no artigo 5º, XL, da Constituição da República.

Há discussão sobre o estágio processual em que se admite a aplicação retroativa do ANPP, para casos em andamento quando da entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019 (o que ocorreu em 23 de janeiro de 2020): (i) até a decisão judicial de recebimento da denúncia; (ii) até a prolação de sentença; (iii) até o julgamento da apelação pelo Tribunal Estadual; (iv) até o trânsito em julgado da decisão condenatória e (v) mesmo durante o processo de execução.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, existem decisões admitindo a incidência do ANPP para processos em grau recursal, uma vez presentes as condições legais, determinando-se, assim, a conversão do julgamento em diligência e retorno dos autos à primeira instância para que seja oportunizada ao acusado a possibilidade de firmar ANPP.

Como se vê do teor do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o ANPP poderá ser proposto pelo Ministério Público para crimes praticados sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Esse parâmetro legal é bastante abrangente, incluindo diversos tipos de infração penal, como furto (artigo 155 do Código Penal), apropriação indébita (artigo 168 do Código Penal), estelionato (artigo 171 do Código Penal), receptação (artigo 180 do Código Penal), associação criminosa (artigo 288 do Código Penal), falsidade ideológica (artigo 299 do Código Penal), peculato (artigo 312 do Código Penal), corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), prevaricação (artigo 319 do Código Penal), corrupção ativa (artigo 333 do Código Penal), crimes tributários (artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137/1990), crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo (artigos 4º e 7º da Lei n.º 8.137/1990), crimes contra o consumidor (artigos 63 e seguintes da Lei n.º 8.078/1990), crimes financeiros (todos os previstos na Lei n.º 7.492/1986), crimes de licitação (antes previstos nos artigos 89 e seguintes da Lei n.º 8.666/1993 e agora previstos nos artigos 337-E e seguintes do Código Penal, tendo sido inseridos pela Lei n.º 14.133/2021), dentre outros.

Para a propositura do ANPP, o órgão acusatório deve verificar se existem elementos materiais aptos a embasar o oferecimento de denúncia. Em sendo caso de arquivamento da investigação preliminar, por falta de indícios de autoria e/ou prova da materialidade delitiva, o Ministério Público não pode propor ANPP, como expressamente constou do texto legal. O ANPP é uma alternativa à denúncia criminal e não meio de salvar persecução penal infundada ou forma transversa de punir o investigado. Por isso, só é admissível quando houver justa causa para a ação penal.

Note-se que o ANPP, ao contrário de outras soluções consensuais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, pressupõe a assunção de culpa pelo agente. De fato, o Ministério Público pode propor ANPP somente se o investigado confessar formal e circunstancialmente a conduta criminosa. Por formal, entende-se a confissão registrada em termo perante a Autoridade Policial ou Judiciária competente. Por circunstancial, entende-se a confissão detalhada, que contenha todas as circunstâncias fáticas do ilícito de conhecimento do agente.

Por fim, o ANPP só é admissível se necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. O Ministério Público deve balizar tal análise nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, caput, do Código Penal.

2.2. Condições positivas e negativas do acordo de não persecução penal

De acordo com o disposto nos incisos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o ANPP poderá ser proposto pelo Ministério Público se presentes as seguintes condições (condições positivas):

(i) reparação do dano ou restituição do bem à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo (artigo 28-A, I, do Código de Processo Penal);

(ii) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime (artigo 28-A, II, do Código de Processo Penal);

(iii) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, reduzida de um a dois terços (artigo 28-A, III, do Código de Processo Penal);

(iv) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo de execução e que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito (artigo 28-A, IV, do Código de Processo Penal);

(v) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com o delito imputado (artigo 28-A, V, do Código de Processo Penal).

A condição genérica prevista no artigo 28-A, V, do Código de Processo Penal, permite a negociação entre as partes (Ministério Público x acusado/defensor) de outras condições diversas daquelas já estabelecidas em lei, como, por exemplo, comparecimento periódico em juízo, proibição de frequentar determinados lugares ou manter contato com determinadas pessoas, proibição de se ausentar da comarca por certo período de tempo, limitações de final de semana, interdição temporária de direitos etc..

De outro lado, o ANPP não poderá ser proposto nas seguintes hipóteses (condições negativas):

(i) se for cabível transação penal (artigo 28-A, §2º, I, do Código de Processo Penal);

(ii) se o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (artigo 28-A, §2º, II, do Código de Processo Penal);

(iii) se o investigado foi beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento do crime em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo (artigo 28-A, §2º, III, do Código de Processo Penal);

(iv) em casos de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (artigo 28-A, §2º, IV, do Código de Processo Penal).

Se o caso concreto atender às mencionadas condições positivas e negativas, o Ministério Público poderá propor o ANPP, devendo ser observado o procedimento previsto em lei.

2.3. PROCEDIMENTO E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

É possível dividir o rito procedimental do ANPP em três fases: preliminar, homologação e execução.

A etapa preliminar corresponde à negociação e formalização do acordo. Após as tratativas entre acusação e defesa, para a definição dos termos e condições do ANPP, deverá ocorrer a formalização do acordo em instrumento escrito, firmado pelo representante do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor (artigo 28-A, §3º, do Código de Processo Penal).

Em seguida, passa-se à fase de homologação judicial do ANPP, que ocorre em audiência na qual o juiz analisará a voluntariedade e a legalidade do acordo mediante oitiva do investigado, assistido por seu defensor (artigo 28-A, §4º, do Código de Processo Penal).

Com a homologação judicial do ANPP, terá início a sua execução perante o juiz competente (artigo 28-A, §6º, do Código de Processo Penal). Se descumpridas quaisquer das condições estipuladas no ANPP, haverá a sua rescisão e prosseguimento da persecução penal com o oferecimento da denúncia, para casos em fase inicial, ou a retomada da marcha processual no estágio em que se encontrava, para processos em andamento (artigo 28-A, §10, do Código de Processo Penal).

Uma vez cumprido integralmente o ANPP, o juiz decretará a extinção da punibilidade do investigado (artigo 28-A, §13, do Código de Processo Penal). A celebração e o cumprimento do ANPP não constarão da certidão de antecedentes criminais, servindo a anotação unicamente para impedir novo acordo no prazo de 5 (cinco) anos (artigo 28-A, §12, do Código de Processo Penal).

3. Reflexos penais das soluções consensuais no âmbito do Cade

3.1. Acordo de leniência

Além das soluções consensuais de natureza tipicamente penal, antes referidas, existe modalidade de acordo prevista na legislação concorrencial, que produz efeitos na esfera penal, impedindo a instauração de ação penal e levando à extinção de punibilidade do agente. É o denominado acordo de leniência, previsto no artigo 86 da Lei n.º 12.529/2011.

Trata-se de solução consensual envolvendo o CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, e o autor de uma infração à ordem econômica (pessoa física ou jurídica), em que este confessa a prática do ilícito e colabora com a investigação das práticas anticoncorrenciais, permitindo, assim, a identificação dos envolvidos no ilícito e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada. Em contrapartida, o leniente será beneficiado com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável.

São requisitos cumulativos para a celebração do acordo de leniência, segundo o parágrafo 1º do referido dispositivo legal: (i) que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada; (ii) que a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (iii) que a Superintendência-Geral do CADE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e (iv) que a empresa confesse a sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, atendendo às convocações de comparecimento a atos processuais. Para as pessoas físicas, aplicam-se os mesmos requisitos, com exceção do primeiro, referente à necessidade de ser o primeiro a se qualificar para o acordo de leniência, que é próprio de acordos firmados por pessoas jurídicas.

Os efeitos do acordo de leniência estendem-se às empresas do mesmo grupo e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração, se o firmarem em conjunto e foram observadas as condições impostas (artigo 86, §6º, da Lei n.º 12.529/2011).

No âmbito penal, o acordo de leniência tem importante consequência, gerando verdadeira imunidade penal com relação (i) aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei n.º 8.137/1990 e (ii) aos crimes diretamente relacionados à prática de cartel, como os crimes de licitação (antes

previstos na Lei n.º 8.666/1993 e agora previstos na Lei n.º 14.133/2021) e o crime de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal). É que, conforme se extrai do teor do artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011, o acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia contra o leniente com relação aos mencionados delitos.

E mais, segundo o parágrafo único do artigo 87 da Lei n.º 12.529/2011, cumprido regularmente o acordo de leniência, extingue-se a punibilidade do leniente pelos crimes referidos no caput.

Sendo assim, por expressa disposição legal, o autor de infração à ordem econômica que celebra acordo de leniência não poderá ser acusado criminalmente pelos delitos mais comumente relacionados a práticas anticoncorrenciais: crimes contra a ordem econômica, de licitação e associação criminosa. Para garantir essa imunidade penal, o Ministério Público costuma participar dos acordos de leniência firmados no âmbito do CADE, apesar de não haver expressa determinação legal nesse sentido.

Isso é um grande estímulo para a celebração do acordo de leniência, pois existe a certeza de que a colaboração com o CADE, as informações e documentos fornecidos para auxiliar na identificação dos envolvidos e na comprovação da materialidade do ilícito administrativo, não serão utilizados contra o leniente na esfera criminal. Não se pode dizer o mesmo do termo de compromisso de cessação, como se examina a seguir.

3.2. Termo de Compromisso de Cessação (TCC)

O TCC, tal como o acordo de leniência, é uma solução consensual entre o CADE e o autor da infração à ordem econômica, em que este se compromete a cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos, bem como a cumprir obrigações previamente estabelecidas pelo CADE, em troca da suspensão das investigações enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso (artigo 85 da Lei n.º 12.529/2011).

Em caso de descumprimento das obrigações firmadas, o compromissário deverá pagar a multa previamente fixada no termo, conforme previsto no artigo 85, §1º, II, da Lei n.º 12.529/2011. De outro lado, se as obrigações forem regularmente cumpridas, o processo administrado será arquivado, nos termos do artigo 85, §9º, da Lei n.º 12.529/2011.

A regulamentação do procedimento de negociação e celebração do TCC consta dos artigos 178 a 195 do Regimento Interno do CADE (RICADE).

A partir dessas normas, infere-se que o TCC, da mesma forma que o acordo de leniência, pressupõe assunção de responsabilidade pela prática ilícita (reconhecimento de participação na conduta) e uma postura colaborativa por parte do compromissário, que deverá fornecer elementos aptos a auxiliar na apuração da infração concorrencial e identificação dos envolvidos.

Nesse sentido, dispõe o artigo 185 do RICADE que “tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário”.

Por sua vez, o artigo 186 do RICADE estabelece que “tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, a proposta final encaminhada pelo Superintendente-Geral ao Presidente do Tribunal, nos termos do art. 180, § 4º deste Regimento Interno, deverá, necessariamente, contar com previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual”.

É importante ressaltar que o CADE, para delimitar a amplitude e utilidade da colaboração, como vistas a firmar TCC, aplica, por analogia, os mesmos critérios previstos para o acordo de leniência, quais sejam, identificação dos envolvidos na infração e obtenção de informações e documentos que comprovem a infração (artigo 86 da Lei n.º 12.529/2011).

No entanto, ao contrário do acordo de leniência, o TCC não gera qualquer benefício penal para o compromissário. Não há imunidade penal, nem a possibilidade de extinção de punibilidade pelos fatos reportados na esfera administrativa.

Assim, o compromissário, que confessou o envolvimento na infração à ordem econômica e forneceu provas que o incriminavam para o CADE, pode vir a ser denunciado criminalmente pelos mesmos fatos objeto do processo administrativo.

Ademais, com a regular celebração do TCC, pode haver o compartilhamento de provas entre o CADE e o Ministério Público, fazendo com que os elementos fornecidos pelo compromissário em âmbito administrativo sejam utilizados em seu desfavor na seara penal, servindo para instruir procedimento criminal.

Justamente para corrigir esse grande descompasso entre o acordo de leniência e o TCC no tocante aos efeitos e riscos penais, é que se entende necessária a celebração de ANPP quando firmado TCC perante o CADE.

4. Conclusão: a importância da negociação simultânea do termo de compromisso de cessação e do acordo de não persecução penal

Como salientado, o TCC, enquanto forma consensual de resolução do processo administrativo no CADE, leva o compromissário a reconhecer a prática dos atos ilícitos e, geralmente, a fornecer elementos que interessem à Autoridade Administrativa, relacionados à autoria e materialidade da infração concorrencial. Em troca, haverá o arquivamento do processo administrativo, após o cumprimento das obrigações compromissadas.

No entanto, diferentemente do acordo de leniência, a Lei n.º 12.529/2011 não previu qualquer efeito penal para o TCC, isto é, não estabeleceu imunidade penal para o compromissário no tocante aos ilícitos relatados no termo.

Assim, o compromissário acaba ficando em posição extremamente vulnerável, pois, não obstante haver o arquivamento do processo administrativo se as obrigações forem devidamente cumpridas, abre um grande flanco no âmbito penal, estando sujeito à investigação criminal ou ação penal por crimes relacionados aos fatos tratados no TCC.

Ademais, as possibilidades de defesa do compromissário na esfera penal ficam bastante reduzidas, por já ter reconhecido administrativamente o envolvimento na prática ilícita e fornecido provas autoincriminatórias, as quais, como se vê nos casos concretos, acabam sendo compartilhadas entre o CADE e o Ministério Público.

Por isso, é recomendável que o interessado em firmar TCC com o CADE, em paralelo, negocie ANPP com o Ministério Público, envolvendo os mesmos fatos. Não só, recomenda-se que o interessado firme TCC somente após a homologação do ANPP, para que tenha efetivamente a garantia de imunidade penal e não seja exposto ao risco de processo criminal com evidente limitação defensiva.

Para facilitar essa negociação simultânea do ANPP e TCC, o Ministério Público deveria também ser subscritor do TCC, tal como ocorre, na prática, nos acordos de leniência.

Essa atuação concertada entre os órgãos públicos, permitiria, de um lado, assegurar maior efetividade ao TCC, pois seria possível, já no próprio instrumento de acordo, dar tratamento adequado ao compartilhamento de provas, tornando mais célere e legítima a troca de informações sensíveis entre os órgãos. De outro, a subscrição do TCC pelo Ministério Público, responsável pela proposição do ANPP, possibilitaria maior equilíbrio e proporcionalidade

entre as condições a serem estabelecidas no TCC e no ANPP – inclusive no tocante aos valores a serem pagos a título de contribuição pecuniária, no primeiro, e reparação de dano, no segundo.

Por essas razões, propõe-se de lege ferenda inserção de norma na própria Lei n.º 12.529/2011 prevendo a necessária participação do Ministério Público tanto no acordo de leniência quanto no TCC.

Agora, com o advento do ANPP, que abrange quantidade significativa de infrações penais – inclusive aquelas comumente relacionadas a práticas anticoncorrenciais - não existe razão para excluir o Parquet das soluções consensuais no âmbito do CADE. Diga-se: na maior parte das vezes, tanto o acordo de leniência quanto o TCC possuem reflexos penais, com a diferença de que o primeiro prevê imunidade penal enquanto o segundo não, deixando o particular completamente exposto a acusação criminal. Com o novo instituto do ANPP, essa deficiência do TCC pode e deve ser reparada, por meio da negociação simultânea desses dois instrumentos consensuais.

5. Bibliografia

BARROS, Francisco Dirceu. *Acordos Criminais*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020, pp. 102/03.

CAVALCANTE, André Clark Nunes et al. *Lei anticrime comentada*. Leme/SP: JH Mizuno, 2020, p. 180.

JUNQUEIRA, Gustavo et al.. *Lei anticrime comentada: artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 175.

SAAD, Marta. *Código de Processo Penal Comentado/ coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron e Gustavo Henrique Badaró*. 3ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.