

6

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE IMUNIDADE CRIMINAL AO SIGNATÁRIO DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDOTA NO CADE¹

The Possibility of Granting Criminal Immunity to the Cease and Desist Agreement Applicant

Alexandre Barreto de Souza²

Universidade de Brasília (UNB/DF) - Brasília/DF, Brasil

Raquel Mazzuco Sant'Ana Possamai³

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC) - Santa Catarina/SC, Brasil

Waldir Alves⁴

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS/RS) - Porto Alegre/RS, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: O artigo analisa a possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), mediante a também assinatura de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) junto ao Ministério Público, em casos de cartel.

Objetivo: Analisar a possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário do TCC no Cade

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

OCIRD: <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 28/03/2022 **Aceito em:** 24/05/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Doutorando em Ciência Política pela Universidade de Lisboa, mestre em Administração Pública pela Universidade de Brasília, especialista e bacharel em Administração Pública pela Universidade de Brasília. Funcionário público de carreira desde 1993, foi presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de 2017 a 2021 e atuou em órgãos como Tesouro Nacional, Receita Federal, Senado Federal e Tribunal de Contas da União (TCU). **E-mail:** alexandre.barreto@cade.gov.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4965391777998697>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-3395-6581>.

3 Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC.) Mestrado em Direito Econômico (interrompido) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialização em Ciências Criminais Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Especialização em Defesa da Concorrência e Direito Econômico (em andamento) Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora-Geral de Análise Antitruste na SG/Cade. **Email:** raquel.mazzuco@cade.gov.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3300004683185243>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-1052-0416>.

4 Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Representante Titular do Ministério Público Federal (MPF) junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Procurador Regional da República. Membro Suplente da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Ordem Econômica e Consumidor). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Professor convidado da Pós-Graduação LL.M. em Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV). **E-mail:** alveswaldir@hotmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9173197745708860>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2405-2580>.

por meio de cooperação com o Ministério Público.

Método: O objetivo pode ser alcançado através da análise de acordos específicos firmados com o Cade em junho de 2021, conjuntamente com o Ministério Público do Rio Grande do Sul, por meio de celebração de ANPPs.

Resultados: Através da atuação conjunta da Autoridade Concorrencial com o Ministério Público, em especial na celebração dos TCCs negociados pela Superintendência-Geral no caso de cartel específico, foi concedida a extinção da punibilidade criminal para as pessoas físicas signatárias.

Conclusões: A celebração conjunta do TCC com o Cade e do ANPP com o Ministério Público traz efetividade para o sistema de acordos de colaboração premiada do Cade, bem como aprimoramento à política de repressão a cartéis no Brasil.

Palavras-Chave: Imunidade Criminal. Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Cooperação interinstitucional. Direito Antitruste. Direito Penal.

STRUCTURED ABSTRACT

Contextualization: The paper addresses the possibility of the Brazilian antitrust authority, CADE, granting criminal immunity to the applicant of a Cease and Desist Agreement (TCC) when they also sign a Non-Prosecution Agreement (ANPP) with the Prosecution Services in cartel cases.

Objective: To analyze the possibility of CADE granting criminal immunity to the applicant of a Cease and Desist Agreement in cooperation with the Brazilian Prosecution Services.

Method: The analysis of specific agreements applicants signed with CADE in June 2021 and Non-Prosecution Agreements executed with the Prosecution Services of the state of Rio Grande do Sul.

Results: Through the joint work of the two authorities, particularly in negotiating Cease and Desist Agreements with CADE's Office of the Superintendent General in a particular cartel case, the applicants were granted criminal immunity.

Conclusions: By simultaneously signing Cease and Desist Agreements with CADE and Non-Prosecution Agreements with the Prosecution Services, CADE leverages its agreement system and the anti-cartel policy improves in Brazil.

Keywords: Criminal Immunity. Cease and Desist Agreement. Non-Prosecution Agreement (ANPP). Inter-institutional cooperation. Antitrust Law. Criminal Law.

Código de classificação JEL: K21

Sumário: 1. Introdução; 2. A negociação dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta no Cade; 3. A possibilidade de negociação conjunta de Termos de Compromisso de Cessação de Conduta e Acordos de Não Persecução Penal entre Cade e Ministério Público; 4. Os Termos de Compromisso de Cessação de Conduta celebrados em cartel: garantia da imunidade criminal ao investigado; 5. Considerações finais; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



A garantia da imunidade criminal ao signatário (investigado ou representado em Procedimento Administrativo Sancionador junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade) não é um benefício previsto para o celebrante do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC). No entanto, como evolução natural da cooperação entre Cade e Ministério Público, uma forma inédita encontrada pela Autoridade Antitruste em garantir ao administrado a extensão dos benefícios do acordo, foi a negociação concomitante, em um caso concreto, de acordos de TCC e Acordo de Não-Persecução Penal (ANPP) que garantirão às pessoas físicas signatárias, se cumpridos os requisitos dos acordos, tanto o arquivamento dos Processos Administrativos junto ao Cade, quando a extinção da punibilidade no âmbito criminal.

O presente artigo, portanto, apresenta como ferramenta jurídico processual a cooperação entre a Autoridade Concorrencial, Cade, que possui jurisdição em todo território nacional⁵ e o Ministério Público, Instituição Permanente conforme previsão constitucional⁶, por meio da negociação simultânea de acordos de TCCs e ANPPs, no âmbito do combate a condutas colusivas, especialmente o cartel, que configura tanto infração administrativa quanto tipo penal específico, previsto pela Lei nº 8.137/1990 (BRASIL, 1990).

Para tanto, primeiramente, será traçado breve histórico da inserção dos TCCs no ordenamento jurídico pátrio, bem como será abordada a evolução dos métodos de negociação dos TCCs, incluindo a melhoria dos incentivos tanto ao administrado que venha a celebrar acordos com o Cade, quanto à Autoridade Antitruste, por meio do robustecimento das investigações em Processos Administrativos Sancionadores de repressão a condutas colusivas.

No segundo momento, trataremos do cerne da pesquisa, qual seja, a interessante e inovadora possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário de TCC, através da celebração concomitante do ANPP com o Ministério Público, titular da Ação Penal para o crime de cartel. Para tanto, verificar-se-á a base legislativa do instrumental processual, exemplificando a sua natureza jurídica, o cabimento da medida e os principais efeitos da referida concessão da imunidade criminal pela via do ANPP.

Por fim, com base nas pesquisas analisadas e na prática concorrencial, será procurado demonstrar a efetiva possibilidade de garantir ao investigado a extinção da punibilidade criminal para o crime de cartel, conforme análise a ser procedida em caso concreto de cartel específico⁷, analisado pela Coordenação Geral de Análise Antitruste 6, da SG/Cade, no qual foram celebrados quatro TCCs em junho de 2021. Os referidos termos foram celebrados conjuntamente e de forma inédita com o Ministério Público, que de forma concomitante firmou ANPPs com quinze investigados na seara criminal, referente ao mesmo caso.

Ao final, com base nos acordos firmados, será verificada a efetividade da colaboração conjunta entre o Cade e o Ministério Público em casos de cartel, bem como se essa cooperação pela via de negociação conjunta de TCCs e ANPPs pode gerar benefícios ao administrado.

5 A Lei Federal 12.529/2011 estabelece a jurisdição Federal da Autarquia nos seguintes termos: Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei (BRASIL, 2011).

6 A Constituição da República Federativa do Brasil consagra o Ministério Público como Instituição Permanente no artigo 127, que assim dispõe: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

7 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62.

2. A NEGOCIAÇÃO DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUITA NO CADE

Dentre os diversos tipos de acordo que podem ser firmados pelo Cade, merece destaque o TCC, o qual tem se revelado um importante instrumento na política de combate a condutas anticoncorrenciais no Brasil, especialmente os cartéis. Trata-se de um termo firmado entre a Autoridade Antitruste e acusados ou investigados (empresas e/ou pessoas físicas) por conduta que possa afrontar a Ordem Econômica, com o fito de cessar a prática investigada, bem como seus efeitos prejudiciais à concorrência⁸.

A celebração de acordos como o TCC tem sido uma prática cada vez mais frequente, como forma de fazer cessar condutas investigadas pelo Cade. Para o Cade “as resoluções consensuais com as partes, além de produzirem efeitos imediatos, diminuem a possibilidade de a decisão do Conselho ser levada posteriormente à Justiça” (BRASIL, 2013, p. 129), o que representa fortalecimento institucional e eficiência no controle de condutas, pela economia de recursos investigados e por minimizar o tempo de persecução processual.

Além do mais, a negociação de TCCs encontra-se em alinhamento com as melhores práticas internacionais, podendo ser destacado como instrumento capaz de produzir resultados benéficos tanto para os agentes de mercado quanto para o próprio Estado (MARRARA, 2015, p. 379).

Tanto é assim que, em 2019, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD, 2019) reconheceu os aspectos positivos elencados no Guia do Cade referente ao Termo de Compromisso de Cessação de Conduta para casos de cartel, indicando que o referido trabalho proporciona maior transparência e previsibilidade, estabelecendo a prática e os parâmetros já utilizados pelo Cade na negociação de acordos de cessação e desistência nos últimos anos.

De acordo com a própria OCDE, as diretrizes também detalham o método de avaliação do nível de cooperação dos proponentes a fim de estabelecer a percentagem de desconto, bem como os critérios utilizados para calcular a “estimativa da multa”. Vale ressaltar que o referido Guia de TCC, elaborado pelo corpo técnico do Cade, o qual é reflexo direto da atuação da Autarquia, recebeu o prêmio “Melhor Instrumento de *Soft Law*” (Cade, 2016) pela *Antitrust Writing Awards* na categoria de Práticas Concertadas.

No entanto, referido instrumento precisa se adaptar à realidade dos investigados para que, dentro da conveniência e oportunidade da Administração, continue gerando incentivos que resultem na celebração de acordos a cada vez com mais segurança e previsibilidade às partes. Nesse sentido, é importante entender o conceito do referido termo, e também como se dá o procedimento de negociação junto à Autoridade Antitruste para, então, analisarmos as possíveis evoluções em se tratando de cooperação interinstitucional e concessão de benefícios ao signatário.

A celebração do TCC consiste em suspender o prosseguimento da investigação em relação ao signatário durante o cumprimento dos termos do acordo em troca do cumprimento das obrigações previstas no termo. O TCC tem previsão no Ordenamento Jurídico Antitruste desde a Lei nº 8.884/1994, permitida a qualquer tipo de conduta. Com a Lei nº 10.149/2000, os TCCs ficaram vedados para casos de cartéis, o que voltou a ser autorizado posteriormente com a alteração introduzida pela Lei nº

8 Na perspectiva do Direito da Concorrência apresentada como centro de preocupação do Direito Econômico (FONSECA, 2015, p. 318).



11.482/2007.

Até 2012, o Cade já havia celebrado mais de quarenta TCCs em investigações em andamento para cessar práticas potencialmente prejudiciais ao mercado, à concorrência e ao consumidor (BRASIL, 2016a). Na Lei nº 12.529/2011, a celebração do acordo está prevista no art. 85, o qual expressa que “o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei” (BRASIL, 2011).

É de se destacar que em 2016, o Cade e o Grupo De Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo (PRSP/MPF) firmaram o Memorando de Entendimento nº 01/2016 (BRASIL, 2016c), o qual tratou da coordenação institucional envolvendo Termos de Compromisso de Cessação e Acordos de Colaboração em Investigações de Infrações contra a Ordem Econômica.

O referido Memorando expôs de forma clara as duas formas premiais no processo administrativo sancionador, quais sejam: (i) Acordo de Leniência; e (ii) Termo de Cessação de Conduta (TCC); elencado pontualmente: 1. Objetivo; 2. Cooperação e Coordenação; 3. Proposta de Negociação; 4. Independência entre as Instâncias; 5. Celebração; e 6. Garantias.

Além do Memorando nº 01/2016, o Cade e o Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) firmaram o Memorando de Entendimento nº 29/2019 (BRASIL, 2019a), que tratou da coordenação institucional envolvendo Termos de Compromisso de Cessação e Acordos de Colaboração em Investigações contra a Ordem Econômica.

O Memorando nº 29/2019 pontua de forma categórica as diferentes modalidades de colaboração pelos agentes econômicos envolvidos em apurações de condutas nocivas à Ordem Econômica com reflexos imediatos na seara penal, a saber: (i) Acordo de Leniência⁹; (ii) Acordo de Colaboração Premiada¹⁰; e (iii) Confissão qualificada pela delação¹¹.

Na presente pesquisa, buscar-se-á relacionar a possibilidade de negociação simultânea da proposta de TCC conjuntamente com o ANPP, razão pela qual prosseguiremos a análise dos procedimentos da primeira forma premial, relativa ao processo administrativo sancionador.

As propostas de TCC direcionadas à Autoridade Concorrencial, são recebidas pelo Cade em fila única, por meio de sistema de senhas chamado “*markers*”, para a mesma conduta anticompetitiva investigada. Além disso, o requerimento de TCC poderá ser solicitado somente uma única vez (*one shot only*) e não suspende o andamento do processo administrativo referente à investigação da conduta investigada (objeto do TCC). No entanto, enquanto estiver sendo cumprido o compromisso do acordo, o processo ficará suspenso em relação ao signatário, sendo arquivado quando atendidas as condições estabelecidas e decorrido o prazo fixado. O processo administrativo tramitará normalmente em relação aos demais representados não signatários.

O requerimento do acordo deve ser proposto mediante os requisitos mínimos legais¹², sendo

9 Art. 86 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

10 Art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que pode vir a auxiliar na persecução das infrações contra a Ordem Econômica, em momento posterior à celebração do Acordo de Leniência, tendo como elemento de distinção sua qualificada bilateralidade e a necessidade da atuação do colaborador apresentar resultados específicos.

11 Art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que também pode vir a auxiliar na persecução das infrações contra a Ordem Econômica mesmo em momento posterior à celebração do Acordo de Leniência e do Acordo de Colaboração Premiada, sendo suficiente a confissão da trama delituosa e a inclusão dos demais membros do delito que se deu em concurso de pessoas.

12 Lei nº 12.529/2011. Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o

eles: (i) especificação das obrigações do representado a fim de cessar a prática da conduta investigada ou seus efeitos lesivos; (ii) fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), quando cabível; (iii) fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; (iv) reconhecimento de participação na conduta investigada; e, (v) colaboração do compromissário com a instrução processual (nos casos que o requerimento de TCC for protocolado na Superintendência-Geral – SG/Cade).

Assim, acaso o acordo seja celebrado perante a SG/Cade, a autoridade levará em conta a colaboração do compromissário com a instrução processual, a saber, apresentação de informações e documentos que auxiliem a SG/Cade na identificação dos demais participantes da conduta e na sua comprovação. Tais informações e documentos sobre a descrição da conduta serão compilados em um documento elaborado pela SG/Cade chamado Histórico da Conduta (HC).

As informações e documentos disponibilizados pelo Compromissário terão tratamento confidencial, sendo deferido a critério do Cade, tratamento de acesso restrito ao requerimento de TCC, seus termos e andamento processual. No entanto, o termo passará a ter caráter público dentro de cinco dias após a sua celebração. Caso o acordo não seja firmado, todos os documentos disponibilizados serão devolvidos ao requerente, sem cópia remanescente junto ao Cade, que não poderá utilizar desses documentos e informações para quaisquer fins, a não ser que tais informações sejam levadas a conhecimento da autarquia por outros meios. Na hipótese de o termo ser descumprido, serão aplicadas as sanções previstas, bem como voltará a tramitar o processo administrativo contra o representado.

Outro requisito importante é o pagamento da contribuição pecuniária pelo signatário. Especificamente para os casos de cartel (acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes¹³ em relação a preços, quantidades, divisão de mercado ou fraude ao caráter competitivo de licitações), o signatário terá a obrigação de recolher contribuição pecuniária ao FDD¹⁴, o qual deverá ser estabelecido durante a negociação do acordo, não sendo inferior à pena mínima prevista no art. 37 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

O valor da contribuição pecuniária, nesses casos, levará em consideração a participação do signatário na conduta, a utilidade da sua colaboração para a instrução processual, bem como o momento de apresentação da proposta. Nesse caso, serão observados parâmetros de desconto da Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

- I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;
- II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;
- III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei (BRASIL, 2011).

13 Art. 185. 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 (BRASIL, 2019b).

14 O Fundo de Defesa de Direitos Difusos - FDD, criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.



multa esperada: (i) de 30% a 50% para o primeiro representado que requerer o TCC no âmbito da investigação da conduta de cartel; (ii) de 25% a 40% para o segundo representado que requerer o TCC no âmbito da investigação da conduta de cartel; e, (iii) de até 25% para os demais representados que requererem o TCC no âmbito da investigação da conduta de cartel. Se o processo administrativo estiver tramitando no Tribunal, a redução do percentual da multa esperada será limitada a 15%. Além do mais, o compromissário necessariamente deverá reconhecer a participação na conduta investigada, nos termos do art. 185 do Regimento Interno do Cade¹⁵.

O procedimento de negociação do TCC pode ocorrer tanto na Superintendência-Geral, quando houver procedimento preparatório, inquérito administrativo ou processo administrativo em curso¹⁶, ou no Tribunal do Cade, quando os autos do processo administrativo já tiverem sido remetidos ao Conselheiro-relator, sob a competência do Superintendente-Geral ou do Conselheiro-Relator, auxiliados por uma Comissão técnica de negociação, formada por, no mínimo, três servidores da Autoridade Antitruste.

Na SG/Cade, o período de negociação será definido pelo Superintendente-Geral, que poderá suspender as negociações a seu critério para a realização de diligências. Concluído o período de negociação, em dez dias o proponente deverá apresentar proposta final do TCC, que será homologada ou rejeitada pela autoridade competente.

No Tribunal, o período de negociação deverá ter duração de no máximo trinta dias, prorrogáveis por igual período, e o Conselheiro-relator também poderá suspender as negociações a seu critério para realização de diligências. Finalizadas as negociações, o proponente também terá dez dias para apresentar a proposta final do TCC, o qual será levado pelo Conselheiro Relator, em caráter de urgência, com sugestão de homologação ou rejeição, para julgamento no Plenário do Tribunal.

Diferentemente dos benefícios concedidos no Acordo de Leniência¹⁷, no TCC não há previsão de imunidade criminal concedida às pessoas físicas signatárias, mas apenas a redução da multa aplicável. Isto porque o Acordo de Leniência é um instrumento que cabe somente ao primeiro participante da conduta que se reportar à autoridade para colaborar, podendo angariar benefícios da imunidade total ou parcial tanto na esfera administrativa quanto criminal.

Nem se poderia cogitar uma linha de raciocínio diversa, uma vez que a estrutura de incentivos da colaboração premiada no âmbito do Cade foi desenhada de forma que a atratividade do Programa de Leniência¹⁸ se dá justamente pelo fato de a empresa ou pessoa física que se candidata ao benefício, querer ser a primeira¹⁹ dentre os outros membros do cartel, obrigando-se a correr contra

15 Art. 185. 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 (BRASIL, 2019b).

16 Nos termos do art. 13, inciso IX, da Lei nº 12.529/2011, e art. 190 do RiCade, o Superintendente-Geral poderá propor, de ofício, TCC ao administrado (BRASIL, 2019b).

17 Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo (BRASIL, 1990).

18 O Guia "Programa de Leniência Antitruste do Cade" estabelece rico entendimento sobre a atuação do Órgão (BRASIL, 2016b).

19 O Acordo de Leniência é instrumento disponível apenas ao **primeiro** agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial coletiva (artigo 86, §1º, inciso I da Lei nº 12.529/2011), cujos benefícios, que podem chegar até a imunidade total, são

o tempo para oferecer à Autoridade Concorrencial informações e documentos que comprovem a conduta investigada, em troca de melhores benefícios, o que lhe concede relevância na atuação do Cade, constituindo importante instrumento de negociação na defesa da concorrência e no combate a cartéis e às práticas anticoncorrenciais (BAGNOLI, 2017, p. 382).

Portanto, aos agentes econômicos que celebram os TCCs, o benefício se restringe à suspensão do processo no âmbito administrativo no Cade, ficando as pessoas físicas que colaboraram com a Autoridade Concorrencial sujeitas a responderem criminalmente às jurisdições penais.

Fica, portanto, a critério do signatário, negociar concomitantemente com o Ministério Público, titular a Ação Penal que venha a investigar ou esteja investigando a mesma infração investigada pelo Cade, eventual acordo para garantir sua imunidade criminal, o que poderá ser feito paralelamente à negociação do TCC, com auxílio da SG/Cade na interlocução entre autoridade e proponentes.

3. A POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO CONJUNTA DE TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA E ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ENTRE CADE E MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes mesmo da publicação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ já referia a necessidade de buscar “*soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves*”, publicando a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017²⁰, prevendo a possibilidade de formulação de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público quando não fosse o caso de arquivamento do procedimento investigatório criminal (art. 18)²¹.

A Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) inseriu o art. 28-A ao Código de Processo Penal²²,

tanto administrativos quanto criminais (artigo 86, §4º c/c artigo 87 da Lei nº 12.529/2011)

20 A Associação dos Magistrados do Brasil – AMB ajuizou a ADI nº 5.790/DF questionando a constitucionalidade da Resolução nº 181/2017. Porém, com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, o requerimento de perda superveniente de seu objeto se encontra concluso com o Relator Min. Ricardo Lewandowski.

21 Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

22 Art. 28-A. 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, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei



que passou a prever a possibilidade de o Ministério Público propor ANPP, verdadeiro negócio jurídico extrajudicial, que não requer o prévio oferecimento de denúncia, nem exige uma prestação jurisdicional propriamente dita (CABRAL, 2018, p. 33).

A natureza jurídica do ANPP como negócio jurídico extrajudicial é confirmada pelos Tribunais Pátrios, já havendo o STJ²³ se manifestado no sentido de tratar-se de negócio jurídico pré-processual realizado entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com o seu defensor, com isso evitando a propositura de ação penal em determinados tipos de crimes, de modo a otimizar os recursos públicos.

Diante da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva, deve ser analisado o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do ANPP, cujas exigências do art. 28-A, *caput*, do CPP, são a confissão formal e circunstancial, que a infração penal tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, além de a medida ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ausentes os requisitos legais objetivos ou subjetivos necessários à celebração do acordo, como seria o não atendimento aos critérios de necessidade e suficiência da medida no caso concreto (v.g., personalidade voltada ao crime e má conduta social, possuindo conduta criminal habitual, estaria presente o óbice previsto no art. 28-A, § 2º, inciso II, do CPP²⁴), pode haver a recusa fundamentada do oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público.

Por se tratar de negócio jurídico pré-processual, cujo recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, o STF entendeu ser possível a retroatividade penal benéfica, permitindo que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, mas desde que ainda não recebida a denúncia, considerando válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente (v.g., denúncia recebida ou existência de sentença penal condenatória ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019)²⁵.

O ANPP como negócio jurídico extrajudicial, deverá ser homologado pelo juízo, que fará o exame de adequação, suficiência e não abusividade das condições dispostas no acordo, podendo devolver ao Ministério Público a reformulação da proposta de acordo, recusando sua homologação caso não atenda aos requisitos legais ou quando não realizada a adequação da proposta (art. 28-A, §§ 4º, 5º, 6º e 7º, do CPP²⁶).

nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) (BRASIL, 1941).

23 STJ, AgRg no HC nº 712.029/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF/1ª Região), v.u., j. 29.3.2022, DJe-STJ de 1º.4.2022.

24 Art. 28-A. (...) § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (...) II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) (BRASIL, 1941).

25 STF, HC nº 191.464-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, v.u., j. 11.11.2020, DJe-STF de 25.11.2020.

26 Art. 28-A. (...) § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo,

Segundo o STF, o acusado não tem direito subjetivo ao ANPP, pois o art. 28-A do CPP ao referir que “poderá” ser proposto o ANPP, na realidade “não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo”, com o que “permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição”²⁷.

O Ministério Público poderá ofertar o ANPP quando não for o caso de arquivamento das peças investigativas, desde que o acusado confesse formal e circunstancialmente o cometimento de crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, considerando para sua aferição as causas de aumento e diminuição (art. 28-A, § 1º, do CPP), obrigando-se a cumprir de forma cumulativa e alternativamente, a obrigação de reparar o dano, ou restituir a coisa à vítima, do que fica dispensado se houver impossibilidade de fazê-lo (art. 28-A, inc. I, do CPP), bem assim renunciar voluntariamente aos bens e direitos considerados pelo Parquet como instrumento, produto ou proveito do crime, além de prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução (art. 28-A, incs. II e III, do CPP).

O acordante também pode se comprometer a pagar prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução e que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, ou optar por cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (art. 28-A, incs. IV e V, do CPP).

De outro lado, o ANPP é subsidiário em relação ao instituto da transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995), sendo vedada a proposição do acordo quando for cabível a transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (art. 28-A, § 2º, inc. I, do CPP). Não é possível celebrá-lo quando o investigado seja reincidente ou, então, houver elementos que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou mesmo profissional, salvo nas hipóteses de infrações penais pretéritas insignificantes (art. 28-A, § 2º, inc. II, do CPP), cuja análise definida pelo STF²⁸ deve observar quatro vetores para reputar insignificante uma conduta penalmente tipificada: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica

com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

27 “AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público ‘poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições’. 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-Agr/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento.” (STF, HC nº 191.124-Agr, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, v.u., j. 8.4.2021, DJe-STF de 12.4.2021).

28 STF, RHC nº 172.825-Agr, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, v.u., j. 8.4.2021, DJe-STF de 4.5.2021.



provocada. Também não pode ser firmado o ANPP acaso o agente tenha sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 28-A, § 2º, inc. III, do CPP). Tampouco pode ser celebrado nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (art. 28-A, § 2º, inc. IV, do CPP) (BRASIL, 1941).

As medidas acordadas pelas partes no ANPP não possuem natureza de sanção penal, por essa razão também não produzem os efeitos decorrentes da sanção penal, como seria gerar a condição de reincidência ou a caracterização de antecedentes criminais negativos, pois o acordo busca uma solução consensual, cujo êxito da negociação é idêntico ou até melhor do que o cumprimento da pretensão punitiva do Estado que seria alcançado por intermédio de um processo criminal²⁹.

Como instrumento de expansão de uma “justiça consensual”, o ANPP possui caráter multifacetado, pois ao tempo em que alcança uma justiça célere, eficiente e processualmente econômica, também garante – na mesma medida – uma reparação célere à vítima (FERNANDES; GODOY, 2020, p. 125).

O ANPP conforma os interesses do Estado e do autor do delito: de um lado o acusado, que assume o crime cometido e se submete ao cumprimento das condições ajustadas cumulativa e alternativamente com o Estado, e de outro lado o titular da ação penal, que se abstém da persecução criminal do acusado, desde que levado a bom termo o acordo, resultando na extinção da punibilidade (LIMA, 2020, p. 218).

Em que pese a transação penal e a suspensão condicional do processo (previstas na Lei nº 9.099/1995) distingam-se do ANPP relativamente à necessidade de confissão, tanto no ANPP quanto nos institutos da Lei nº 9.099/1995, o cumprimento integral do avençado não afeta o estado de primariedade do agente, ficando apenas registrada como condição para que não seja ofertado novo acordo em cinco anos (art. 28-A, § 12, do CPP).

O ANPP figura como exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, cujo acordo de não persecução penal muito se aproxima do princípio da oportunidade, compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, permitindo ao Ministério Público estabeleça critérios de seleção em conformidade com a política criminal adotada pela Instituição³⁰. Tal critério de seleção acaba por aprimorar a atuação dos órgãos de persecução penal, que se voltam a ações de relevo, evitando a movimentação do Estado em casos de menor relevância penal.

O critério de seleção de prioridades de política criminal acaba propiciando a conformação de cooperações técnicas do órgão de acusação (Ministérios Públicos Federal e dos Estados) com os demais órgãos de fiscalização e controle da Administração Pública, como a Controladoria Geral da União – CGU, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, Tribunal de Contas da União – TCU, Receita Federal do Brasil – RFB, Tribunais de Contas dos Estados - TCEs etc., o que resulta num melhor filtro de atuação no âmbito da persecução penal, seja em razão da quantidade, seja em razão

29 “Diante da necessidade de se superar o modelo de que nenhum crime deve ficar impune (*nec delicta maneat impunita*), característico da obrigatoriedade da ação penal, sendo esse modelo muitas vezes economicamente inviável e inviabilizador de ideias de justiça e eficiência na persecução penal, deparou-se com a necessidade da adoção dos acordos penais fora dos marcos da transação penal e da colaboração premiada, em harmonia com a orientação de intervenção mínima do sistema penal e do princípio da oportunidade.” (FERNANDES; GODOY, 2020, p. 123).

30 Cf., a propósito, Lima (2020, p. 219).

da qualidade das provas obtidas mediante tais colaborações institucionais.

Como destacado no STF ao ser julgado o ARE nº 1.175.650³¹, para garantir que haja coerência no âmbito da atuação estatal, há necessidade de atuação coordenada dos entes de controle e do titular da ação penal pública, com o fim maior de evitar que ocorra comportamento contraditório por parte do Poder Público. É inegável um ambiente de instabilidade e insegurança institucional quando o investigado, apesar de negociar no âmbito civil-administrativo um benefício concedido por um órgão de controle (v.g., CGU, TCU etc.³²), acaba sendo processado no âmbito cível por outro órgão estatal que não participou da avença, ou mesmo vê-se submetido à persecução penal em razão da falta de diálogo interinstitucional por parte do Poder Público.

Além da possibilidade de negociações conjuntas nas áreas cível e administrativa, agora se agrega o âmbito penal, trazendo para a mesa de negociação o Ministério Público, titular da atribuição constitucional da ação penal pública³³.

Como no ANPP não há deflagração da ação penal, nem tampouco imposição de sanção penal, no que se distingue do modelo estadunidense da *plea bargain*³⁴, justamente pelo fato de que a natureza jurídica do ANPP é de acordo extrajudicial, somente poderá haver a imposição de pena após a deflagração da persecução penal nas hipóteses de descumprimento do ANPP.

A função institucional do Ministério Público de promover privativamente a ação penal não impede a participação de órgãos públicos de alta especialização técnica tanto na fase de elaboração dos termos do ANPP, quanto na fase de cumprimento, quando possivelmente somente a atuação do órgão técnico seja capaz de identificar o inadimplemento de alguma das obrigações avençadas.

4. OS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA CELEBRADOS EM CARTEL: GARANTIA DA IMUNIDADE CRIMINAL AO INVESTIGADO

O Acordo de Cooperação Técnica (ACT) firmado entre o Cade e o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP/RS), assinado em 18.05.2021 (BRASIL, 2021), assim como tantos outros ACTs firmados entre Cade e outros MPs, dispõe que as instituições se comprometem a compartilhar documentos, informações e provas de procedimentos e processos apuratórios, nas esferas cível e criminal, buscando fortalecer o combate a condutas anticoncorrenciais e lesivas à Ordem Econômica,

31 No ARE nº 1.175.650 é discutido o Tema nº 1.043: “A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º)” (STF, ARE nº 1.175.650/RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25.4.2019, Dje-STF de 7.5.2019).

32 Tal situação foi apontada no julgamento do AI nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, no qual a 3ª Turma do TRF/ 4ª Região determinou que a Controladoria-Geral da União – CGU rerratificasse o acordo de leniência celebrado pelo MPF (TRF/4ª Região, AI nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, v.u., j. 22.8.2017, DEJF/TRF4 de 24.8.2017).

33 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

34 Ao realizar o cotejo entre o ANPP e o modelo do *plea bargain*, Cabral asseverou: “Ora, há uma clara diferença entre o *plea bargain* e o acordo de não persecução. No acordo não há aplicação e pena. No *plea bargain* há efetivamente a aplicação e uma sanção penal. No acordo, uma vez ocorrendo o seu descumprimento, faz-se necessário o oferecimento de denúncia, com plena instrução processual para a aplicação de pena. No *plea bargain* não é necessária instrução; simplesmente, executa-se a pena” (CABRAL, 2018, p. 34).



além de firmarem compromisso de atuar de modo conjunto para aprimorar técnicas e procedimentos de investigação mediante capacitações técnicas recíprocas.

Embora a colaboração entre Cade e Ministério Público não seja prática recente da autarquia, tal conjugação de esforços resultou numa forma inédita encontrada pelo Cade de garantir aos compromissários imunidade criminal em TCCs. O resultado decorreu de colaboração conjunta com o MP/RS, ocorrida através de acordos³⁵ em investigação de cartéis no mercado de compras de resíduos animais³⁶, cujo montante em colaboração pecuniária resultou no valor aproximado de R\$ 18,7 milhões. Nos TCCs, a garantia da imunidade criminal foi dada aos signatários pessoas físicas por meio de ANPPs, cujas tratativas avançaram conjuntamente.

Antes de entrar no cerne do caso concreto, cabe lembrar que o TCC celebrado pelo Cade por si só não tem efeito de imunidade criminal ao signatário, uma vez que não pode ter o mesmo conjunto de benefícios previstos para os signatários do acordo de leniência³⁷. A política de acordos do Cade prevê que serão dados melhores benefícios ao primeiro que procurar a autoridade para reportar uma conduta até então desconhecida, com o intuito de desestabilizar a confiança entre os agentes criminosos e provocar uma corrida pelos acordos com a autoridade. Para o Cade, tal estrutura auxilia na descoberta de ilícitos que dificilmente conheceria de ofício, pois não é fácil a comprovação da existência de um cartel, por decorrer na maioria das vezes de acordo não escrito (FORGIONI, 2020, p. 156). Portanto, a assimetria de benefícios entre TCC e leniência não deu ao signatário no TCC o benefício da imunidade criminal. No entanto, tendo como pano de fundo a possibilidade de cooperação técnica prevista entre Cade e, no caso, o MPRS, há a possibilidade de o investigado celebrante do TCC celebrar instrumento paralelo para buscar a extinção da punibilidade criminal, sem que isso prejudique a estrutura de incentivos desenhada para os acordos do Cade.

Daí decorre a importância do caso em apreço. Explica-se. Em 30.06.2021, o Tribunal do Cade homologou quatro TCCs referentes à investigação no referido mercado. Ao todo, oito empresas e doze pessoas físicas firmaram acordo com o Cade, reconhecendo a participação no cartel, e se comprometendo a cessar a prática ilícita, bem como colaborar com a investigação. Ainda, comprometeram-se a pagar contribuição pecuniária no valor total aproximado de R\$ 18,7 milhões destinados ao FDD.

A persecução da conduta anticompetitiva iniciou com o MP/RS, quando identificou indícios de cartel no mercado de compras de resíduos animais, através de depoimentos e interceptações telefônicas, e compartilhou com o Cade a investigação, após autorização do Juízo da 1ª Vara Criminal de Lageado/RS, tendo em vista a possível aplicação da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Desse modo, no âmbito do Cade, em 2017 foi instaurado Inquérito Administrativo para apuração de infrações à Ordem Econômica, consistente em indícios de cartel de compra de resíduos animais em abatedouros e frigoríficos por empresas de graxarias e transportadoras de carga. No

35 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nºs 08700.004894/2020-83, 08700.001488/2021-40, 08700.001976/2021-57 e 08700.002321/2021-04.

36 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62 (Apartado Restrito nº 08700.003382/2018-85).

37 “A aproximação de institutos ainda fomenta uma espécie de jogo sobre o posto de primeiro delator, já que somente este poderia confessar a conduta investigada e não ser, com isso, punido com restrição à liberdade. É bem verdade que tal situação pode ser interessante do ponto de vista político criminal, uma vez que fomenta a desconfiança entre os membros de um grupo delitivo, mas acaba por inibir os “não primeiros” a qualquer espécie de colaboração posterior por receio da responsabilidade penal” (BOTTINI; SOUZA; DELLOSSO, 2013).

mesmo ano, foram expedidos mandados de busca e apreensão nos Autos Penais nº 17/2.16.0000727-0, que teve apoio técnico do CADE, nas sedes de algumas empresas investigadas.

As informações identificadas apontaram para um conluio, ocorrido entre os anos de 2009 a 2018, entre representantes das graxarias e transportadoras de carga com o fim de dividir entre si os pontos de coleta dos resíduos em abatedouros e frigoríficos, através de troca de informações sensíveis.

As condutas são passíveis de tipificação pela Lei de Defesa da Concorrência, em seu art. 36, § 3º, inciso I. No Cade, o processo administrativo ainda se encontra em andamento, em fase de apresentação de defesa e especificação de provas pelos representados.

Foi em 2021 que os quatro TCCs foram celebrados pela SG/Cade com representados no referido processo administrativo, pessoas físicas e jurídicas. Durante a negociação, tendo em vista investigação em trâmite na Promotoria de Justiça Criminal sobre os mesmos fatos, o MP/RS também negociou ANPPs com investigados em ambas as searas. Os quinze investigados, dos quais 12 foram signatários nos TCCs do Cade, se comprometeram a prestar serviços à comunidade, e a pagar o valor total de R\$ 5,9 milhões à título de prestação pecuniária pela prática do crime de cartel. Os valores foram destinados, dentre outras instituições, a hospitais para o combate à Covid-19 (MPRS FIRMA ACORDO, 2021).

Em sintonia com o trabalho realizado pela SG/Cade e pelo MP/RS, o Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF/Cade) encampou a inovação e se empenhou na sustentação da solução no Tribunal, na perspectiva da efetividade da aplicação da legislação antitruste no inédito modelo de concomitante celebração de TCC e ANPP, o que foi decisiva e definitivamente aprovado pela maioria dos Conselheiros do Tribunal do Cade.

A negociação conjunta dos acordos representou mais um passo importante para o fortalecimento da cooperação interinstitucional e contribuiu de forma efetiva para a atuação repressiva e preventiva de combate a cartéis.

erifica-se, portanto, que a cooperação da Autoridade Concorrencial com o Ministério Público, mediante a combinação das negociações entre os Termos de Compromisso de Cessação e os Acordos de Não Persecução Penal, é ferramenta jurídico processual que merece ser institucionalizada de modo a gerar mais incentivos na celebração de acordos pelo administrado, que poderá cooperar com a persecução administrativa e penal em troca de maiores benefícios.

Desse modo, o Ministério Público teve ressaltada a importância da sua atuação no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, sendo peça chave para a obtenção da imunidade penal pelos Representados e, com isso, alcançada a efetividade na resolução da questão investigada.

E relativamente ao jurisdicionado, a atuação da Autoridade Concorrencial com o Ministério Público, mediante a negociação e celebração conjunta dos TCCs e ANPPs, oferece segurança jurídica ao investigado, pois cessa o processo administrativo no Cade e soluciona a lacuna sobre a responsabilidade criminal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto na breve síntese histórica dos Termos de Compromisso de Cessação no



Direito Concorrencial, bem como da atuação harmônica do Cade com o Ministério Público e demais Órgãos que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Brasil incorporou normas que também legitimam a atuação conjunta das negociações.

A partir do caso concreto analisado, observou-se que a atuação conjunta das instituições tem aprimorado as soluções no combate aos cartéis e a política de colaboração premiada do Cade, na medida em que viabiliza aos futuros signatários que não puderam celebrar acordos de leniência, a possibilidade de colaborarem com o Cade, via TCC, sem, no entanto, terem contra si uma ação penal para sua responsabilização criminal pelas condutas investigadas, mediante a celebração de ANPP com o Ministério Público.

Isto porque, nos TCCs, a exigência do reconhecimento de participação na prática investigada para os casos de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, pode produzir efeitos na seara penal, uma vez que deixa funcionários, sócios ou administradores das empresas signatárias do TCC suscetíveis a uma persecução penal, o que pode gerar um desestímulo à celebração de futuros acordos com o Cade.

Sendo assim, as pessoas físicas signatárias em TCCs podem buscar a alternativa de celebração concomitante do ANPP junto ao Ministério Público – que passa a ser peça chave para a obtenção da imunidade penal – a fim de conter a exposição às implicações penais que possam decorrer da celebração de TCC e garantir maior segurança jurídica na colaboração com a Autoridade Antitruste.

Portanto, confirma-se que a celebração conjunta do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) com o Cade e do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) com o Ministério Público traz efetividade para o sistema de acordos de colaboração premiada do Cade, bem como aprimoramento à política de repressão à cartéis no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE (CADE). **Guidelines on Cease and Desist Agreement for Cartel Cases** (“TCC”). Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3LGme58>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Inglez de; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. **Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 23, p. 117-139, jan/jun. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Acordo de Cooperação Técnica N. 4/2021**. Processo nº 08012.004714/2011-21. Brasília: Cade, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2021/04-2021%20-%20MPRS.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balço 2015**. Brasília: Cade, 2016a. Disponível em: <https://bit.ly/3LH2RbW>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da Concorrência no Brasil 50 anos**. Brasília: Cade, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3P0V1ga>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: Cade, 2016b. Disponível em: <https://bit.ly/3wMNHfL>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Memorando de Entendimento nº 1/2016**. Relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de Cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a Ordem econômica. Brasília: Cade, 2016c. Disponível em: <https://bit.ly/38JYi36>. Acesso em: 23 abr. 2022

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Memorando de Entendimento nº 29/2019**. Memorando de Entendimento que entre si celebram o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Ministério Público de São Paulo (MPSP) visando a coordenação institucional envolvendo TCC's e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica. Brasília: Cade, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3MH1yeo>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62** (Apartado Restrito nº 08700.003382/2018-85).

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Regimento Interno do CADE. Brasília: Cade, 2019b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nº 08700.004894/2020-83.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nº 08700.001488/2021-40.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nº 08700.001976/2021-57.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nº 08700.002321/2021-04.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches *et. al.* (coord.). **Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERNANDES, Cassiane Melo. GODOY, Gustavo Renê Mantovani. Acordos de Não Persecução Penal no Pacote Anticrime: Expansão da Justiça Consensual. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, Ribeirão Preto, v. 8, n. 1, jan./jun. 2020.



FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº13.964/19**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

MPRS FIRMA ACORDO de Não Persecução Penal de R\$ 5,9 milhões em investigação de prática de crime de cartel. **Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 16 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3wHuE83>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brasil**. Paris: OECD, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3rp7xfc>. Acesso em: 3 ab. 2022.

ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA

O autor foi responsável pelo projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

RAQUEL MAZZUCO SANT'ANA POSSAMAI

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

WALDIR ALVES

O autor foi responsável pelo projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SOUZA, Alexandre Barreto de; POSSAMAI, Raquel Mazzuco Sant'Ana; ALVES, Waldir. A Concessão de Imunidade Criminal ao Signatário do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta no Cade por intermédio do Acordo de Não Persecu o Penal. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 109-125, 2022.