

# ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE?

## NON-PROSECUTION AGREEMENT AS A TOOL FOR THE PROMOTION OF COMPLIANCE PROGRAMS?

### Anna Carolina Canestraro

Doutoranda em Direito Processual Penal pela USP. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa "ERASMUS+" na Georg-August-Universität Göttingen. Advogada.

Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/1604392529884511>

ORCID: 0000-0002-3534-4589

[carolina.canestraro@gmail.com](mailto:carolina.canestraro@gmail.com)

### Túlio Felipe Xavier Januário

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa "ERASMUS+" na Georg-August-Universität Göttingen. Bolsista da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/1894712298793127>

ORCID: 0000-0003-0400-1273

[tuliofxj@gmail.com](mailto:tuliofxj@gmail.com)

**Resumo:** Pretende-se, com o presente trabalho, levantar o questionamento sobre se o acordo de não persecução penal, recentemente incluído no Art. 28-A do CPP pela "Lei Anticrime", seria uma possível nova "porta de entrada" para os programas de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto e a partir de uma metodologia dedutiva, analisaremos inicialmente quais são os instrumentos dotados pelo poder público para a promoção destes programas, seguindo-se de um estudo sobre o próprio instituto do ANPP, seus requisitos e condições. Ao fim do trabalho, buscaremos demonstrar que, em algumas hipóteses, os programas de *compliance* poderiam ser propostos como uma das "condições inominadas" previstas pelo Art. 28-A, V, viabilidade esta, porém, que não viria desacompanhada de alguns desafios ainda a serem enfrentados pelos operadores do direito, sobre os quais teceremos alguns comentários.

**Palavras-chave:** Direito Penal Negocial – *Compliance* – Acordo de Não Persecução Penal.

**Abstract:** The aim of the present essay is to raise the question of whether the non-prosecution agreement, recently included in Article 28-A of the Brazilian Criminal Procedure Code by the "Anticrime Law" (Law 13.964/19), would be a possible new "Gateway" to compliance programs in the Brazilian legal system. To do so and based on a deductive methodology, we will initially analyze what are the instruments endowed by the State for the promotion of these programs, followed by a study on the institute of the non-prosecution agreement itself, its requirements and conditions. At the end of the paper, we will demonstrate that, in some cases, compliance programs could be proposed as one of the "innominate conditions" provided by the Art. 28-A, V, but this feasibility would not come without some challenges yet to be faced by jurists, about which we will make some comments.

**Keywords:** Negotiated Criminal Law – Compliance – Non-Prosecution Agreement.

Os programas de *compliance* ocupam atualmente um indiscutível papel de destaque não apenas no cotidiano de grandes sociedades empresárias, mas também nas recentes discussões doutrinárias jurídico-criminais. E um dos aspectos bastante debatidos nesta seara diz respeito às formas de incentivo à adoção destes programas, isto é, uma vez se tratando de instrumentos cuja implementação representa um elevado custo financeiro para a empresa, há que se entender quais seriam as vantagens esperadas desta decisão.

Ao analisar os patamares de influência do poder público sobre os entes privados na promoção de programas de *compliance*, Marc Engelhart (2018, 21 e ss.; 2014, p. 69 e ss.) identifica seis níveis progressivos, que vão desde a I) autorregulação pura até uma VI) obrigação geral de implementação dos programas. No primeiro caso, não haveria um incentivo estatal propriamente dito, sendo que eventual adoção de programas de *compliance* por parte das pessoas jurídicas seria motivada por ideais éticos e reputacionais ou até mesmo, em sentido contrário, na tentativa de delegar responsabilidades (inclusive criminais) da alta direção para

ocupantes de cargos hierarquicamente mais baixos na estrutura empresarial. Uma vez ausente o Estado, não podemos nos esquecer também de eventuais incentivos particulares, tais como aqueles observados no âmbito do mercado de valores (como requisito para abertura de capital em determinada bolsa), nas cadeias de fornecimento (como requisito para a celebração de contratos) ou também por entidades setoriais, tais como associações.

No extremo oposto, uma obrigação geral seria observada na hipotética situação de exigibilidade de programas de *compliance* para todas as pessoas jurídicas, o que, apesar de se mostrar como a forma indiscutivelmente mais severa de incentivo, ainda não existe na generalidade dos ordenamentos jurídicos. Este "nível VI" é observado tão somente de maneira setorial, com obrigações voltadas para setores extremamente sensíveis, tais como aqueles com alto risco de lavagem de dinheiro (ENGELHART, 2018, p. 29-30)<sup>1</sup> ou para empresas que pretendam contratar com a administração pública direta ou indireta, quando assim determinado por lei (CANESTRARO; JANUÁRIO, 2020, p. 225 e ss.).

Contudo, para além destas possibilidades mais radicais, o autor destaca hipóteses nas quais, sem impor um verdadeiro dever de *compliance*, o Estado encontra formas não apenas de incentivar a adoção destes programas, como ainda de tentar influenciar em seus elementos intrínsecos, tais como escopo e mecanismos dos quais são dotados. Dentre eles, podemos destacar os II) incentivos estatais informais, III) a recompensa do *compliance*, IV) o sancionamento por falhas ou falta de *compliance* e a V) exclusão da responsabilidade corporativa quando medidas eficientes de *compliance* forem tomadas (ENGELHART, 2018, p. 24-29).<sup>2</sup>

A despeito da relevância dos demais níveis de incentivo, cumpre-nos destacar para os fins do presente trabalho, o supramencionado "nível 3", referente aos mecanismos de recompensa dos programas de *compliance*. De grande relevo em ordenamentos jurídicos nos quais há a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, este nível abrange hipóteses nas quais não apenas há uma consideração da maior ou menor efetividade das medidas de *compliance* para fins de dosimetria da pena, mas também quando a adoção prévia destes programas possa fundamentar até mesmo o arquivamento do feito contra a pessoa jurídica em questão, ou a celebração de acordos com a abreviação do procedimento sancionatório (ENGELHART, 2018, p. 26-27).<sup>3</sup>

Destaca-se também, ainda no plano das "soluções de diversão" quando aplicadas aos entes coletivos, uma recente evolução no sentido de considerar a implementação de medidas de prevenção e controle não apenas como requisitos prévios a serem levados em conta na celebração do negócio, mas também como medidas posteriores e reativas a um eventual ilícito criminal, a serem consideradas como condição para o cumprimento do acordo (SOUSA, 2019, p. 15-16).<sup>4</sup>

Para o bem ou para o mal, é fato que o ordenamento jurídico brasileiro, através da denominada "Lei Anticrime" – Lei 13.964/19 –, acrescentou expressamente o Art. 28-A no CPP, prevendo o chamado "acordo de não persecução penal", instrumento de inegável cariz de justiça negocial, que já era disciplinado pela Res. 181/2017 do CNMP e que sofrera algumas alterações pela Res. 183/2018. Segundo o *caput* do dispositivo, não sendo caso de arquivamento e havendo confissão formal e circunstanciada por parte do investigado por infração penal cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, poder-lhe-á ser oferecido o acordo pelo MP, desde que ele se mostre necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Para além destes requisitos objetivos positivos, exige-se, dentre alguns outros requisitos negativos, que não seja caso de transação penal, nos termos do §2º.<sup>5</sup>

No que toca aos objetivos do presente trabalho, cumpre-nos destacar as condições a serem cumpridas pelo Acusado para que seja considerado cumprido o acordo e seja extinta a punibilidade do agente. Nesse sentido, nos incisos I a V do Art. 28-A, são previstas quatro condições obrigatórias<sup>6-7</sup> e uma "cláusula aberta de negociação", referente ao cumprimento, por prazo determinado, de outra condição a ser imposta pelo MP, desde que proporcional e compatível com a infração penal do caso (MARTINELLI; SILVA, 2020, p. 69).

A questão a ser colocada é: poderá o Ministério Público determinar a uma pessoa jurídica, como condição inominada, a implementação de um programa de *compliance* (ou a revisão do já existente, se for o caso)?

Inicialmente, cumpre-nos destacar que, ao contrário de alguns outros ordenamentos jurídicos, tais como o norte-americano, a limitação

da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil aos crimes ambientais limita um pouco a relevância deste questionamento. Mas certamente não a esvazia. De uma breve análise da Lei 9.605/98, observamos que todos os crimes nela previstos se encontram no limiar de pena mínima cominada cujo ANPP é admitido, sendo que boa parte deles, por ter pena máxima cominada acima dos 02 (dois) anos, não admite transação penal. Ademais, é evidente que, para além do preenchimento dos demais requisitos exigidos pelo tipo, a ser analisado caso a caso, os crimes ambientais dificilmente serão cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Desta feita, há nos delitos contra o meio ambiente um inegável campo de aplicação dos acordos de não persecução penal, podendo eles serem propostos quando preenchidos os requisitos legais, inclusive quando for a Acusada uma pessoa jurídica, haja vista não haver qualquer restrição legal quanto a estes entes.<sup>8</sup>

Esta viabilidade, porém, certamente não significa que o instituto poderá ser aplicado inadvertidamente e tampouco que inexistam pontos sobre os quais há que se refletir com bastante cautela. Primeiramente, deve se questionar se, em se tratando o Réu de um grande agente econômico – tal como boa parte das pessoas jurídicas –, e a depender da gravidade dos danos causados pelo ilícito, o oferecimento do acordo seria necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, tal como exigido pelo Art. 28-A do CPP. Ainda que a literalidade do artigo diga pouco – ou quase nada – sobre o que deve se entender por este requisito, parcela da doutrina o interpreta como uma espécie de concretização da orientação político-criminal do instituto,<sup>9</sup> o qual somente poderá ser invocado caso se entenda que ele "contribuirá para a realização da função preventiva do direito penal". Para tanto, examinar-se-ia se na infração penal haveria um injusto mais grave – grau de violação do bem jurídico, circunstâncias da ação e consequências do fato – ou maior culpabilidade do agente – reprovabilidade pessoal do autor –, que impediriam o oferecimento do ANPP (CABRAL, 2020, p. 367-373).

Ora, em vista do grande poderio econômico ostentado por algumas pessoas jurídicas e também da extensão dos danos causados pela conduta, pode ser que, no caso concreto, se verificarem hipóteses nas quais as condições a serem impostas no acordo poderiam ser consideradas insuficientes para suscitar os efeitos preventivos e de reprovação dele esperados, alcançando a ideia de que, considerando o custo-benefício, a prática delituosa teria "compensado" para a empresa.<sup>10</sup> E é justamente por esta razão que se questiona: poderiam os programas de *compliance* se tornar uma condição imposta no âmbito do ANPP para que se alcance a reprovação e prevenção de eventuais novos delitos?

Não podemos nos esquecer de que a implementação de um programa de *compliance* representa altos custos financeiros para a pessoa jurídica que decida fazê-lo, sendo certo que não serão todas as sociedades empresárias que terão efetivas condições (ou até mesmo interesse) de implantá-lo ou ao menos de fazê-lo a níveis razoáveis de eficiência. Ora, uma vez não havendo uma ampla liberdade na estipulação da condição inominada prevista pelo Art. 28-A do CPP, a exigência de implementação ou reforma de um programa de *compliance* já existente, voltado à prevenção de crimes ambientais, tais como ocorrido no caso, poderia ser considerada uma condição proporcional para com os crimes e penas previstas pela Lei 9.605/98? Ou esta medida acabaria por beneficiar tão somente as grandes corporações que tenham efetivas condições de implantá-la, deixando desatendidas pequenas pessoas jurídicas? E ainda que não seja este o caso, seria financeiramente

interessante para a pessoa jurídica celebrar o ANPP com tal condição bastante dispendiosa, em desfavor da continuidade do processo, com possibilidade de absolvição – ou em caso de condenação, com penas que nem sempre serão de grande monta?

Parece-nos sim haver viabilidade fática e jurídica na utilização dos acordos de não persecução penal como uma forma de “incentivo estatal” aos programas de *compliance*, a ser exercido, neste caso, pelo Ministério Público. Esta já é, inclusive, uma tendência observada em diversos ordenamentos que preveem instrumentos jurídicos análogos.<sup>11</sup> Ademais, a promoção de um programa de *compliance*, desde que desenvolvido com seriedade, baseado em evidências científicas e que atenda não apenas a funções mercadológicas, mas que vise também uma efetiva mudança comportamental no cerne empresarial,<sup>12</sup> tem, ao nosso ver, um maior potencial para alcançar as almeçadas finalidades

de reparação de danos (com a necessária atenção às vítimas de graves delitos ambientais, muitas vezes obliteradas nesta seara) e prevenção da reincidência do que a mera imposição das sanções penais previstas pela Lei 9.605/98.

É evidente que, para tanto, diversas questões devem ser previamente enfrentadas, sendo que algumas delas já foram apontadas neste texto. Contudo, o cenário nos parece ao menos propício para que discussões doutrinárias neste sentido sejam inauguradas, viabilizando-se que haja fundamentos teóricos e empíricos que auxiliem na melhor delimitação dos contornos da relação entre *compliance* e acordos de não persecução penal no Brasil, impedindo-se que, na sequência das tendências internacionais e tal como ocorrera com diversos outros institutos “importados” pelo nosso ordenamento jurídico, eles comecem a ser aplicados na prática, sem maiores e prévias reflexões científicas.

## Notas

- <sup>1</sup> O autor cita como exemplo a legislação portuguesa de “branqueamento de capitais”, que através da Lei 83/2017 impôs rigorosos deveres de *compliance* para entes atuantes em determinados setores (ENGELHART, 2018, p. 30). Para maiores detalhes sobre estes deveres em Portugal, conferir em: Rodrigues (2019, p. 128 e ss.).
- <sup>2</sup> Para uma análise pormenorizada destes níveis de influência, conferir também em: Canestraro e Januário (2020, p. 218-225).
- <sup>3</sup> Conforme aponta Susana Aires de Sousa (2019, p. 10-11), muito embora a colaboração da empresa possa assumir, em termos jurídico-criminais, diversas facetas, observa-se uma tendência recente à sua consideração para fins de celebração de acordos prévios à própria denúncia penal da sociedade empresária, em um negócio com traços marcantes do princípio da oportunidade.
- <sup>4</sup> Conforme destaca Maria João Antunes (2018, p. 121), do ponto de vista de seus negócios, há um inegável interesse por parte do ente coletivo no seu não envolvimento em um processo penal, o qual poderá ensejar em grandes prejuízos.
- <sup>5</sup> O §2º prevê um amplo rol de requisitos negativos que impediriam a celebração do acordo, os quais não serão explorados em pormenor por não afetarem diretamente ao objeto central do presente trabalho. Para maiores detalhes, conferir em: Bem (2020, passim).
- <sup>6</sup> “Art. 28-A [...] I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 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 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei 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;...” (BRASIL, 2019).

- <sup>7</sup> Neste sentido: “Pela redação legal, deve-se considerar como obrigatórias, aplicadas “cumulativamente”; as quatro primeiras condições, salvo a impossibilidade de adimplemento como, por exemplo, a falta de recursos do investigado para reparar o dano ou para pagar a prestação pecuniária, ou a inexistência de instrumentos, produto ou proveito do crime. “Alternativamente”, poderá ser também estabelecida a quinta condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada” (MOREIRA, 2020, p. 213).
- <sup>8</sup> Em sentido próximo: Rocha, 2021, p. 61.
- <sup>9</sup> Para uma análise detalhada da orientação político-criminal do processo penal e de seus institutos, conferir com detalhes em: Fernandes (2001, passim).
- <sup>10</sup> É claro que, por esta lógica, haveria espaço para questionarmos também se as penas previstas pela Lei 9.605/98 teriam a aptidão para alcançar estes fins, discussão essa que, a despeito de sua relevância, extrapolaria os objetivos deste trabalho.
- <sup>11</sup> Para além do já mencionado sistema norte-americano, vide, por exemplo, a *LOI 2016-1691 Sapin-II* na França e a Lei Argentina 27.401.
- <sup>12</sup> Conforme bem destaca Eduardo Saad-Diniz (2019, p. 165), “cada um dos elementos só tem sentido para a tecnologia de *compliance* se decorrentes de avaliação científica sobre sua real necessidade e adequação às preferências da organização empresarial, se a confrontação com as evidências científicas na área informa que se trata de investimento que exercerá real influência no comportamento ético”. Sobre o chamado *evidence-based compliance* e criticamente à sua ausência no atual contexto de *enforced self-regulation* norte americano: Laufer (2018, p. 401 e ss.).

## Referências

- ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações e compliance criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 28, n. 1, p. 119-128, jan./abr. 2018.
- BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 219-264.
- BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019: aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em 15 de junho de 2021.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 363-375.
- CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos níveis de exigibilidade dos procedimentos de investigação interna. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Anais do CPCRRIM: IV Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais*, de 21 a 23 de outubro de 2020. São Paulo: IBCCRIM, 2020, p. 215-237. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/3>>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, Dominik; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (ed.). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Heidelberg: Springer, 2014, p. 53-78.
- ENGELHART, Marc. *The nature and basic problems of compliance regimes*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018. <https://doi.org/10.30709/archis-2018-3>.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- LAUFER, William S. A Very Special Regulatory Milestone. *U. of Pennsylvania Journal of Business Law*, v. 20, n. 2, p. 392-428, jun. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3034699>
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 51-74.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 205-217.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Acordo de não persecução penal em crimes ambientais. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da (org.). *Estudos de direito penal ambiental*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021, p. 38-66.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- SOUSA, Susana Aires de. A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”? *Revista do Ministério Público*, n. 158, p. 9-36, abr./jun. 2019. Disponível em: <<https://rmp.smpm.pt/indice-do-no-158/>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

Recebido em: 30/04/2021 - Aprovado em: 04/06/2021 - Versão final: 15/06/2021