

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

GABRIELA WILXENSKI RODRIGUES

**DESCUMPRIMENTO DE TCCs:
reflexões sobre o conjunto probatório**

CURITIBA

2024

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

GABRIELA WILXENSKI RODRIGUES

**DESCUMPRIMENTO DE TCCs:
reflexões sobre o conjunto probatório**

CURITIBA

2024

TERMO DE APROVAÇÃO

GABRIELA WILXENSKI RODRIGUES

DESCUMPRIMENTO DE TCCs: reflexões sobre o conjunto probatório

Relatório final, no formato de artigo científico, nos termos do art. 12 da Resolução Conjunta nº 01/2018, apresentado à banca examinadora, como requisito necessário à obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Curitiba, 03 de dezembro de 2024.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco
Universidade Federal do Paraná

LEANDRO NOVAIS E SILVA:97220280653

Assinado de forma digital por
LEANDRO NOVAIS E
SILVA:97220280653
Dados: 2024.12.04 17:59:56 -03'00'

Prof. Dr. Leandro Novais e Silva
Universidade Federal de Minas Gerais



Documento assinado digitalmente
VINICIUS KLEIN
Data: 03/12/2024 20:15:09-0300
verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof. Dr. Vinicius Klein
Universidade Federal do Paraná

AGRADECIMENTOS

Colocar em palavras o amor, carinho e apoio que recebi de tantas pessoas é impossível, mas faço meus votos, em um esforço hercúleo, de agradecimento a vocês:

Mãe e Pai, Rosimeire e Osvaldo, mesmo de longe, vocês estão sempre por perto, para comemorar minhas conquistas e me consolarem nas derrotas. Para além de todos os aspectos materiais e financeiros que vocês sempre me proveram com tanto esmero, o amor e respeito com tudo e todos, que sempre me ensinaram e demonstraram em suas vidas são os que admiro todos os dias e são vocês meus maiores exemplo de pessoa que almejo ser.

Meus padrinhos, *Amarildo e Meri*, que me receberam por esses seis anos na casa de vocês, obrigada pelo lar seguro e apoio incondicional.

Vô Naná e Vô Antônio, ainda me acompanhando, *Vó Janir e Vô Osvaldo*, lá de cima, obrigada pelo carinho e incentivo, cada um a sua forma, em todas as oportunidades.

Pri, você é força, resistência e empatia, tudo em uma só, obrigada por ser minha primeira chefe, prima querida que instiga e ensina sempre!

A todos *meus familiares*, coloco meu amor por vocês na pessoa da *Juju*, minha irmãzinha, que entre tantos tapas e beijos é minha fã n.º 1 e sei que sempre será a primeira a postos para uma ligação, para tomar um açaí ou para me dar um abraço de dinossauro.

A família do *Gabriel*, meu amor e companheiro de vida, no nome da *Vânia e Guilherme*, vocês me acolheram, ninaram e apoiaram como se de sangue eu fosse de vocês, serei eternamente grata por tanto carinho e felicidade que vivi com vocês.

Cão e gato, Tico e Jennifer, mesmo sem entenderem nada, vocês me fizeram entender tudo, obrigada por cada um, em seu momento, terem feito companhia para mim em Curitiba.

Maria Luiza, Ana Wagner e Lucas, que me viram sair de Toledo e sempre deram um jeito de estarem presentes, obrigada pela conexão que compartilhamos, que vocês estarão sempre comigo já é uma certeza.

Meus queridos, mais que amigos, uma verdadeira família que a UFPR me deu, obrigada *Gabriel, Milena e Ana Luiza*. Além de me aguentarem nas incansáveis revisões no Pet, nos cafezinhos com o tour, nas ideias duvidosas, vocês sempre me ajudam a executar tudo com maestria, meus confidentes, obrigada por tanto.

Tantas boas amizades que fiz na faculdade, nomeio alguns pelo carinho especial e pelo lugar no meu coração que vocês ocupam *Vinicius, Chemim, Fauzi, Iuri e Anna Júlia*, obrigada pelos momentos compartilhados nessa trajetória.

Ao meu grupo favorito, em nome dos queridos *Rebeca, Matheus Ideta e Thalison*, obrigada por serem presentes para além das nossas dezenas de terças-feiras compartilhadas, o Pet Direito foi essencial para minha trajetória.

Igor, que me ensinou o que era o antitruste, que puxou minha orelha até eu entregar uma pesquisa decente e parabenizou (muito!) quando consegui, obrigada por sempre exigir o meu melhor e me mostrar que sou capaz.

No Cade, conheci pessoas incríveis que marcaram a minha vida acadêmica e me fizeram ter certeza da área, cheia de pessoas que admiro tanto, agradeço vocês no nome das amadas *Andrea e Luiza*, duas mulheres sensacionais.

Aos meus *Professores*, dentre tantos mestres incríveis que marcaram minha graduação, os agradeço imensamente, vocês me ensinaram muito além das matérias de Direito, me

ensinaram pensamento crítico e raciocínio jurídico, que levar o direito às pessoas vai muito além de dominar o conteúdo das leis.

Ao meu orientador *Prof. Alexandre Faraco*, obrigada por todo o apoio nos últimos anos, ao *Prof. Vinicius Klein* e *Prof. Leandro Novaes*, por me ensinarem tanto e aceitarem o convite para integrar a banca.

*Os antagonismos são complementares
quando a vida é vivida em espiral*

Cirlei Rossi dos Santos em “O que eu levei para casa”

Sumário

1. Resumo	7
2. Introdução	8
3. Definição e Contextualização	8
4. O descumprimento de TCCs	13
5. Reverberações hermenêuticas	17
<i>a. Na esfera do direito administrativo</i>	18
<i>b. Na esfera do direito processual penal</i>	20
<i>c. Na esfera do direito civil</i>	22
<i>d. Experiência estadunidense</i>	23
6. Conclusão	26
7. Referências bibliográficas	28

1. Resumo

O estudo aborda os Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) no contexto do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, destacando seu papel na resolução consensual de conflitos antitruste. Analisa-se o descumprimento desses acordos e suas implicações legais, evidenciando desafios jurídicos e práticos no manejo do conjunto probatório do Compromissário que descumpriu o termo. Para tal, examina-se o tema sob quatro perspectivas: (i) do direito administrativo; (ii) do direito processual penal; (iii) do direito civil; e (iv) da experiência estadunidense. Destaca-se, por fim, a necessidade do respeito institucional a fim de garantir segurança jurídica das cláusulas dos TCCs e do ordenamento jurídico concorrencial.

Palavras-chave

Termos de Compromisso de Cessação (TCCs); Descumprimento; Conjunto Probatório.

Abstract

The study addresses Cease and Desist Agreements (CDAs) within the context of the Administrative Council for Economic Defense (CADE), emphasizing their role in the consensual resolution of antitrust conflicts. It examines non-compliance with these agreements and their legal implications, highlighting legal and practical challenges in managing the evidentiary burden of the party that breached the agreement. The topic is analyzed from four perspectives: (i) administrative law; (ii) criminal procedural law; (iii) civil law; and (iv) the U.S. experience. Finally, the study underscores the necessity of institutional respect to ensure legal certainty in CDAs' clauses and the competitive legal framework.

Keywords

Cease and Desist Agreements (CDAs); Non-Compliance; Evidentiary Burden.

2. Introdução

No cenário atual da regulação econômica, os Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”) emergem enquanto importantes instrumentos de resolução consensual dos conflitos no âmbito do direito antitruste. No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) desempenha um papel fundamental na celebração e fiscalização destes acordos, visando combater práticas anticompetitivas.

Os TCCs oferecem uma alternativa eficaz à instauração de processos administrativos, que tem por característica serem mais longos e onerosos, proporcionando celeridade e eficiência na resolução de litígios relacionados, sobretudo, a comportamentos coordenados entre agentes do mercado. No entanto, o descumprimento desses acordos tem apresentado desafios significativos, tanto do ponto de vista jurídico quanto prático.

Esta pesquisa visou explorar os desafios e implicações decorrentes do descumprimento desses acordos no contexto antitruste, analisando suas repercussões legais, processuais e econômicas. Para tal, investigou-se as cláusulas de descumprimento, focando, principalmente, no tratamento dispensado ao conjunto probatório fornecido por esse então Compromissário, que teve o descumprimento integral do termo declarado no âmbito do Tribunal do Cade.

As consequências jurídicas foram exploradas por meio de abordagens interdisciplinares. Pois entende-se que é a dinâmica necessária para lidar com essa questão, uma vez que o próprio direito antitruste é abarcado, no Brasil, pelas diferentes esferas processuais. Com o objetivo de perceber a abrangência dos desafios enfrentados pelas autoridades reguladoras e pelos agentes econômicos envolvidos, também, em caráter panorâmico, traz-se a experiência estadunidense, com o objetivo de melhor visualizar a relevância deste tema Brasil a fora.

Assim, através de uma análise das perspectivas do direito administrativo, penal, civil e internacional examinou-se como o tratamento de provas ligadas ao descumprimento de termos de cessação de conduta pode afetar a segurança jurídica, a credibilidade das instituições reguladoras e a eficácia das políticas de defesa da concorrência. Em síntese, este estudo pretendeu contribuir para o debate acadêmico e jurídico sobre os desafios enfrentados no descumprimento de TCCs, utilizando-se de abordagens interdisciplinares para promover novas perspectivas no direito antitruste e garantir o adequado funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

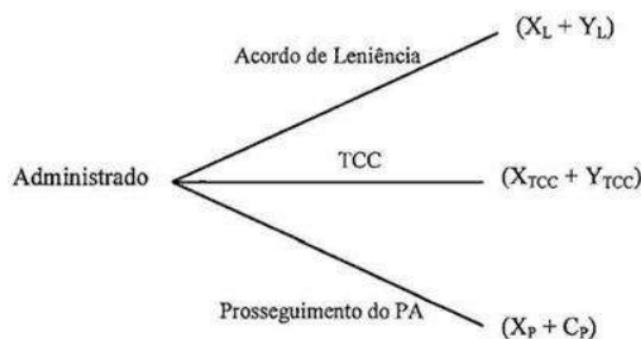
3. Definição e Contextualização

O Termo de Compromisso de Cessação foi originalmente disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 15 do Decreto nº 92.323/1986, posteriormente sendo regido pela antiga Lei de Defesa da Concorrência (art. 53, Lei nº 8.884/94), e, atualmente se localiza no art. 85 da Lei Federal nº 12.529/2011. Esse instituto jurídico é um dos mecanismos de composição que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica dispõe para auxiliar nas investigações de infrações à ordem econômica, sejam estas praticadas por pessoas físicas ou jurídicas (Cade, 2017).

Sua regulamentação encontra-se nos art. 178 e seguintes do RICade (2021a). O Guia de TCCs (2017), também elaborado pelo próprio Cade, é um documento que estabelece as melhores práticas e os procedimentos usualmente adotados em sua aplicação, fatores centrais para o bom uso do instituto. Em concordância com os princípios da administração pública brasileira, trata-se de uma ferramenta que pode ser empenhada para soluções consensuais, conforme o juízo de conveniência e oportunidade da autarquia, devidamente fundamentados, a depender das circunstâncias de cada caso. Logo, não se trata de um direito subjetivo do investigado, mas sim um instrumento de satisfação do interesse coletivo de natureza facultativa (Cade, 2021b, p. 8-13)¹.

Para fins exemplificativos desse momento de escolha, colaciona-se abaixo gráfico elaborado pelo ex-Conselheiro Paulo Furquim (2008), se destaca que o presente trabalho tem por foco a linha média disposta ($X_{TCC} + Y_{TCC}$) até um momento abrupto de sua ruptura, isto é, seu descumprimento:

Gráfico 1 – Opções do Administrado



Fonte: Voto do Conselheiro Paulo Furquim no Requerimento nº 08700.004992/2007-43

¹ Vale colacionar trecho do trabalho realizado pela Consultora Pnud Carolina Saito: “A decisão final do Conselho do CADE quanto à celebração do TCC é um ato discricionário da Administração Pública e, portanto, passará necessariamente por um juízo de conveniência e oportunidade dos Conselheiros e do Presidente.” (Cade, 2021b, p. 11)

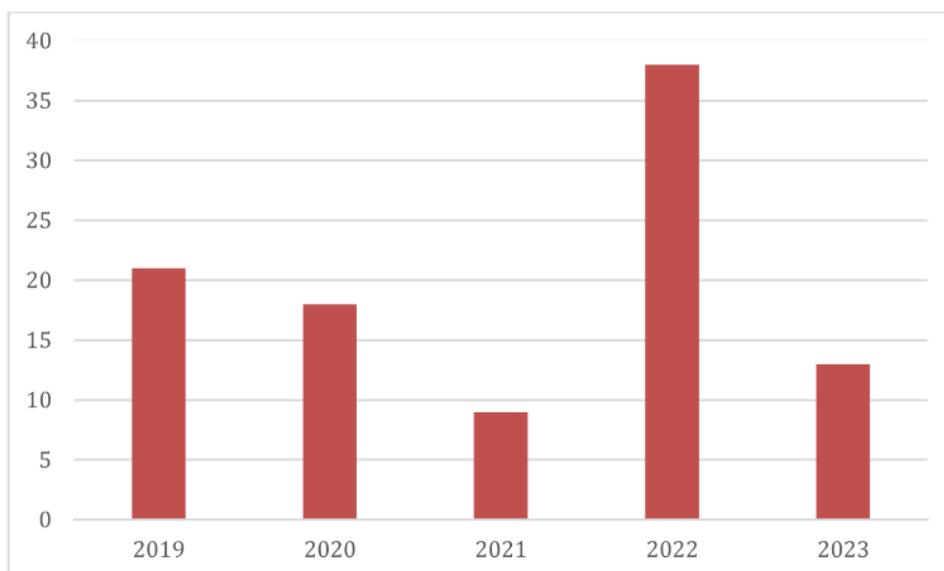
Para que a celebração do TCC ocorra, do ponto de vista temporal, é imprescindível que as práticas anticompetitivas já estejam sob investigação da autarquia² (Cade, 2017, p. 18-19), mas que os autos ainda não tenham sido encaminhados ao Tribunal do Cade. Isso pois, a racionalidade central na celebração do termo é a de coibir a conduta anticompetitiva sob investigação da autarquia, possibilitando a imediata aplicação da política antitruste e cessação do ilícito, tal qual exposto no voto do ex-Conselheiro Luiz Fernando Schuartz, utilizando-se de um critério “consequencialista” (2008).

Para além do limite temporal, subsistem uma série de requisitos necessários a essa celebração do termo de compromisso. O Guia (2017) estabelece, por exemplo, que os compromissários precisam se comprometer a cessar imediatamente as práticas investigadas, bem como colaborar ativamente com as investigações por meio de fornecimento de informações, documentos e acesso a registros relevantes ao caso. Assim, ainda que de maneira indireta, objetiva-se a obtenção de provas e a identificação de coautores das condutas ilícitas investigadas, de modo que se finda a investigação por compreender que é de maior valor ao interesse público o acordo com o representado do que a prosseguimento do processo e sua provável condenação (Boson; Silva Jr., 2016, p. 106-110).

Pesquisas da OCDE (2021, p. 13) demonstram que, entre 2015 e 2019, cerca de 48% dos casos que envolviam condutas cartelizadas resultaram na celebração destes acordos. E, conforme expõe a tabela abaixo, nos últimos cinco anos (2019-2023) a média de requerimentos de TCCs foi de 19,8 por ano, com destaque para 2022, em que ocorreram 38 requerimentos. Nota-se, assim, que essa é uma ferramenta amplamente usada para as condutas colusivas e que já há uma consideração e experimentação, mesmo que inicial, sobre seu uso em condutas unilaterais (Monteiro; Werberich, 2022, p. 42).

² Importa especificar que não é necessário que já haja Processo Administrativo instaurado, e sim que é possível que ainda se encontre em sua fase investigativa, de inquérito administrativo ou ainda de procedimento preparatório.

Gráfico 2 – Requerimentos de TCC



Fonte: elaboração própria. Dados: Cade em números

Assim, quando a investigação está ligada às condutas coordenadas³, as quais são a preponderante maioria dos casos, um dos requisitos necessários à celebração do termo é a contribuição pecuniária, disposta no inciso III, §1º, do art. 85 do SBDC⁴. O cálculo dessa contribuição se pauta nos mesmos parâmetros de proporcionalidade empenhados na sanção punitiva da conduta, de modo que se toma como base o valor potencial da multa a ser aplicada pela autoridade antitruste em caso de condenação por infração à ordem econômica, diminuída pela concessão de descontos (Cade, 2017, p. 25-77).

No caso de cartéis, a definição dos percentuais mínimos e máximos de desconto de TCCs estão dispostos no art. 227 do RICade (2021a, p. 63). Paralelamente, o Guia de TCCs estabelece três faixas limítrofes (2017, p 39)⁵ as quais são estabelecidas para incentivar a cooperação das empresas e garantir que as penalidades sejam proporcionais. Portanto, é necessário que haja uma análise estratégica, pois na medida que penalidades muito severas poderiam desencorajar a revelação de informações cruciais, descontos excessivos poderiam minar a eficácia dos TCCs (Cade, 2021b, p. 8-13).

³ As referentes aos incisos I e II do § 3º do art. 36 da Lei 12.529/11.

⁴ Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, 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.

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

(...)

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

⁵ O primeiro proponente perante a SG/Cade: 30% a 50% de desconto sobre a multa esperada; o segundo proponente perante a SG/Cade: 25% a 40% da multa esperada; e o terceiro e demais proponentes perante a SG/Cade: até 25% da multa esperada.

Estabelecidos os descontos e fixada a contribuição, o seu adimplemento passa a compor os requisitos de manutenção do termo de compromisso. Consoante aos parágrafos 9º e 10º do art. 85 da SBDC, não há a extinção do processo, e sim sua suspensão em relação ao compromissário, até que este tenha cumprido com todas suas condições, apenas então, o feito será arquivado⁶. O parágrafo 11º complementa, caso seja declarado o descumprimento do termo, para além das sanções estabelecidas, haverá o prosseguimento do processo administrativo, cerne da presente pesquisa.

As cláusulas de descumprimento de TCC podem variar a depender do acordo em específico negociado no caso concreto. Apesar disso, os quatro modelos de redação do acordo fornecidos pelo Cade (2017, p, 51-90), dispõem de maneira idêntica a cláusula específica de descumprimento, demonstrando, portanto, que o essencial aos acordos é a presença das seguintes premissas:

i. Caso haja atraso injustificado e sem consentimento prévio do recolhimento da contribuição pecuniária prevista; ou a não apresentação do comprovante de pagamento, no prazo inferior a 30 (trinta) dias, haverá uma multa diária;

ii. Caso esse atraso seja superior a 30 (trinta) dias, será caracterizado como desídia do Compromissário inadimplente e seguirá para a apreciação do Tribunal Administrativo do Cade;

iii. O Tribunal realizará, obrigatoriamente, procedimento administrativo de apuração, no qual haverá direito a ampla defesa e apresentação de novas provas, para que então se decida pela declaração de descumprimento (ou não);

iv. Caso o Tribunal confirme e declare o descumprimento de quaisquer obrigações previstas no termo, o Processo Administrativo (PA), então suspenso em face do Compromissário, voltará a tramitar por conta de sua inadimplência, sendo-lhe garantido direito de defesa no curso das investigações nos termos da lei e nas mesmas condições dos demais representados;

v. Também, caso haja a declaração de descumprimento integral do termo de compromisso, haverá imposição de multa ao Compromissário.

⁶ O art. 192, parágrafo 3º, do RICade também explicita “Caso o parcelamento das contribuições pecuniárias ultrapasse a data do julgamento, a declaração de cumprimento somente será emitida após o pagamento da última parcela”.

Compreendida a natureza jurídica cooperativa do instituto e a dinâmica que os termos de cessação operacionalizam nas investigações do Cade. Passa-se a segunda seção, na qual se busca a melhor compreensão dos impactos do descumprimento dos TCCs, para tal utilizar-se-á de dois importantes casos que auxiliam a visualização do procedimento.

4. O descumprimento de TCCs

Juliana Braga (2019, p. 38-41) explica que, à luz da legislação civil, a declaração de descumprimento integral do TCC pode ser classificada como uma cláusula penal compensatória, de natureza coercitivo/compulsória, uma vez que se pune o não cumprimento total da obrigação por meio da imposição de uma nova obrigação. Ademais, a cláusula que dispõe quanto ao atraso injustificado, seria entendida enquanto uma cláusula penal moratória, de natureza indenizatória, visto que busca incentivar o tempestivo cumprimento das obrigações.

Para melhor visualizar o deslinde de uma declaração de descumprimento de TCC, observar-se-á três casos concretos: dois já finalizados – um deles com decisão do presente ano, 2024 - e um ainda em trâmite na Superintendência-Geral (SG). Dessa forma, parte-se do caso da (i) UTC Engenharia (“UTC”), tomando por base as informações do Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-14. Em seguida, (ii) abordar-se-á o caso da Construtora Coesa S.A. (“Coesa”)⁷, pautando-se no no PA nº 08700.007776/2016-41 e no Requerimento de TCC nº 08700.008074/2016-84. Então, o (iii) caso da Andrade Gutierrez (“AG”), pautando-se no PA nº 08700.003243/2017-71 e no Requerimento de TCC nº 08700.007294/2018-52.

Em janeiro de 2017, a UTC Engenharia celebrou um TCC junto ao Cade no processo que investigava cartéis em licitações de obras *onshore* da Petrobras e de montagem eletrônica da Usina de Angra 3. Um dos requisitos necessários ao acordo, para crimes de cartéis, é a previsão do pagamento de contribuição pecuniária. Especificamente, neste processo de cartel em licitações, esse montante correspondeu a R\$ 129.232.142,71 (cento e vinte e nove milhões, duzentos e trinta e dois mil, cento e quarenta e dois reais e setenta e um centavos), a, até então, maior contribuição pecuniária individual já negociada com uma empresa na história da autarquia (Cade, 2018).

Dentro do prazo estabelecido, houve um pedido de prorrogação, que foi negado. Finalizado o prazo, não houve adimplemento por parte da UTC, fato que levou a Procuradoria Federal junto ao Cade (PFE-Cade) a recomendar a abertura de procedimento para apurar o

⁷ Atual denominação da Construtora OAS S.A.

descumprimento do acordo e a imposição do pagamento da multa. Recordando que esta penalidade já estava prevista na cláusula do próprio TCC para o caso de descumprimento de qualquer um dos compromissos assumidos no termo pela Construtora.

Durante a 122ª Sessão Ordinária de Julgamento (“SOJ”), na data de 25 de abril de 2018, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica homologou o parecer jurídico da PFE-Cade, declarando o descumprimento integral do Termo de Compromisso de Cessação por parte da UTC. Reafirmando que, por conta da Cláusula 6.2 do termo, o processo administrativo deveria voltar a tramitar em face da representada, no documento de identificação (SEI) 0469854. Posteriormente, em 30 de agosto de 2022, foi publicado o Despacho de Encerramento do Processo Administrativo, no qual constatou-se a ocorrência da condenação da UTC pela prática colusiva e proporcionalmente sancionada.

O segundo caso também ocorreu no contexto de cartel de licitação, um conluio entre várias empresas – cuja empresa Coesa integrou - fraudou o procedimento licitatório no estado do Rio de Janeiro. Este visava à contratação de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, Complexo de Manguinhos e Comunidade da Rocinha, entre março de 2007 e fevereiro de 2008, o apelido cunhado ao caso foi “PAC Favelas”. De acordo com os autos, os envolvidos na infração econômica implementaram acordos de fixação de preços das propostas, condições e vantagens na licitação pública, além de divisão de cotas do mercado entre os supostos concorrentes.

Em 24 de maio de 2025, o Plenário do Cade, por unanimidade, homologou o Despacho Presidência nº 41/2023 (SEI nº 1229148) que declarou o descumprimento integral da Coesa em três TCCs, sendo um deles referente ao processo aqui analisado. Diante disso, o Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani emitiu o Despacho Decisório nº 16/2023 (SEI nº 1241239), no qual informou o Processo Administrativo não se encontrava mais suspenso em relação à OAS e requerendo a conclusão da instrução pela SG⁸.

Apresentadas as alegações finais pela OAS (SEI nº 1246642), a SG/CADE emitiu o Despacho nº 12/2023 (SEI nº 1253482), acolhendo a Nota Técnica nº 52/2023 (SEI nº 1253478), a qual sugeriu a condenação da OAS. A ProCADE e o MPF também se manifestaram pela condenação da ex-Compromissária em seus respectivos pareceres, nº 24/2023 (SEI nº 1267057), e 09/2023 (SEI nº 1270118). Na 218ª SOJ, em 16 de agosto de 2023,

⁸ Conforme consta no Despacho e com base nas cláusulas 5.2 e 5.5 do Acordo, além da aplicação de multa, o descumprimento implica na retomada do trâmite do Processos Administrativos em face da então Compromissária, sendo-lhe garantido direito de defesa no curso das investigações nas mesmas condições dos demais Representados e nos termos da lei.

o Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani apresentou seu voto pela condenação da empresa da Representada OAS, e estabeleceu os seguintes termos (SEI 1274645, §28, grifo nosso):

Como corolário, repiso a **confissão dos fatos** apurados neste PA, pela COESA, na cláusula segunda do seu TCC (SEI 0549465), que **permanece existente, válida e eficaz para todos os fins, mesmo após a declaração do descumprimento do TCC** por falta de recolhimento das contribuições pecuniárias pactuadas ao FDD.

O Presidente Alexandre Cordeiro, em sede de seu Voto Vista (SEI 1377990), não questiona o uso da própria confissão da empresa, mas traz à lume repercussões dessa decisão.

Realizando um paralelo com a Lei 13.964/2019, que traz inovações sobre o acordo de não persecução penal (“ANPP”) como uma espécie de negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (“MP”) e o investigado. Neste acordo, as partes negociam cláusulas a serem cumpridas pelo acusado, que, ao final, será favorecido pela extinção da punibilidade. Para isso Alexandre Cordeiro, embasou-se nas lições de autores como Sandro Carvalho Lobato de Carvalho (2020) e Rodrigo Cabral (2020), que versam a respeito da impossibilidade de uso da confissão, quando o acordo não é aceito/homologado pelo Estado, pois esta hipótese equivaleria a transgressão ao sistema processual brasileiro organizado na coerência e no método acusatório, do contraditório, da ampla defesa, conforme os ditames constitucionais.

A análise feita no Voto, explica que não se trata de um caso de não-homologação, em fato, o acordo foi devidamente assinado e as evidências pela empresa passaram a fazer parte do processo, incluindo sua própria confissão a respeito da participação no conluio. De modo que não haveria dever do Cade de devolver à empresa os documentos apresentados ou desentranhar dos autos as versões dos fatos por ela apresentadas. Destacando que existem nos autos⁹ provas, confissões e demais evidências do processo (para além das evidências trazidas pela OAS) demonstram o envolvimento da empresa no conluio setorial.

O terceiro e último caso aqui abordado, ocorreu no contexto de licitações de edifícios de médio e grande porte, voltadas para requalificação urbanística e implantação de corredores viários, entre os anos de 2013 e 2014. As práticas anticompetitivas, que a empresa Andrade Gutierrez integrou, afetaram o processo seletivo de, ao menos, três licitações de obras públicas em Salvador. Para atender os requisitos de celebração do TCC houve: a cessação da prática, arbitragem da contribuição pecuniária em R\$ 22.200.573,76 (vinte e dois milhões duzentos mil e quinhentos e setenta e três reais e setenta e seis centavos), fixação de multa para eventual descumprimento, reconhecimento de participação e a colaboração, por meio de documentos e declarações, com os investigadores.

⁹ Citando especificamente o Acordo de Leniência e demais TCCs celebrados no processo em questão.

Em fevereiro de 2023, a Construtora Andrade Gutierrez S.A. requereu a readequação dos valores firmados nos acordos, alegando que seriam demasiadamente onerosos, pedido este que foi indeferido. Contudo, na Nota Técnica nº 5/2023 (SEI 1207856) foi concedida uma prorrogação temporal para o pagamento das parcelas pecuniárias vencidas, com a recomendação de que se não tempestivamente adimplidas fosse declarado o descumprimento dos Cs e o prosseguimento das medidas cabíveis por parte da Superintendência-Geral. Frente ao não pagamento das parcelas, a SG emitiu a Nota Técnica nº 39/2023 (SEI 1300384), pugnando pela declaração de descumprimento. Em sequência, na SOJ 222^a, de 01 de novembro de 2023, o Tribunal referendou o parecer, declarando o descumprimento integral por parte da empresa Andrade Gutierrez, ensejando a retomada do Processo Administrativo em relação à Representada.

A Nota Técnica nº 4/2024 (SEI 1335003), expõe que a Representada apresentou duas preliminares, dentre as informações disponíveis ao acesso público está que uma destas trata da (in)admissibilidade do uso das provas produzidas em seu TCC contra si mesma. Neste tópico, a empresa alegou que caso a Superintendência se utilize destas provas, estar-se-ia violando o princípio constitucional da não autoincriminação e o princípio da legalidade em sentido estrito.

Além disso, para a Andrade Gutierrez, a resolução do termo de compromisso possuiria eficácia *ex tunc*, assim, a investigação realizada pela autarquia precisaria retornar à situação prévia à celebração do TCC, de modo que a SG deveria desconsiderar todas as provas e informações fornecidas pela empresa no âmbito do acordo. A resposta da Superintendência para tais alegações será abordada no próximo capítulo, adianta-se, entretanto, que o Despacho SG nº 46/2024 (SEI 135004), de 27 de fevereiro de 2024, indeferiu as preliminares alegadas pela ex-Compromissária.

Para adentrar à análise do argumento da empresa, a SG retoma o instituto do Termo de Compromisso de Cessação, tarefa aqui realizada no primeiro capítulo, dando enfoque aos artigos 184, 185 e 186 do RICade (2021a). Sendo, respectivamente: (i) a previsão de pagamento de contribuição pecuniária; (ii) o reconhecimento de participação na conduta investigada; e (iii) a colaboração dos compromissários com a instrução processual. Uma vez que a Representada admitiu sua participação na conduta nos termos do descrito em seu Histórico da Conduta (HC)¹⁰

¹⁰ O Histórico da Conduta consiste na descrição cronológica de fatos relevantes conhecidos pelo Compromissário (empresa ou indivíduo), incluindo datas, descrição dos eventos, pessoas envolvidas e decisões tomadas. Esse registro serve como prova documental e ajuda a contextualizar ações passadas, sendo fundamental para avaliar a seriedade de práticas e tomar decisões informadas em questões regulatórias e legais (Cade, 2017, p. 8-9).

e concordou também com os demais requisitos, dentre eles, o retorno da tramitação do Processo Administrativo em face dos Compromissários, o retorno da investigação é *incontroverso*.

A Superintendência verificou, portanto, que todos os atos praticados sob a vigência do TCC ou realizados como requisito para sua celebração são e permanecem válidos. A Andrade Gutierrez não tem mais a obrigação de colaborar com a autarquia e a efetuar o pagamento da contribuição pecuniária remanescente, entretanto, a colaboração previamente realizada, durante a celebração e duração do termo de compromisso, permanece igualmente válida e produzindo os mesmos efeitos jurídicos.

Isso pois, caso se admitisse que o descumprimento do TCC inviabilizasse o uso das informações e documentos presentes no Histórico da Conduta, estar-se-ia caminhando para um cenário de grande insegurança jurídica nos Processos Administrativos tramitados pelo Cade.

Trata-se de um argumento que, virtualmente, alcançaria todos os atos eventualmente praticados com base nessa colaboração, ensejando sua anulação e reinício, podendo até mesmo, ensejar a revisão de diversos julgamentos já finalizados. Sendo, essa perspectiva somada ao cumprimento de todos os requisitos legais para celebração do TCC, a fundamentação para o indeferido da SG¹¹.

Para além dos argumentos trazidos pela Superintendência, outros três aspectos precisam ser trazidos à ponderação.

5. Reverberações hermenêuticas

De acordo com o magistério de Maria Sylvia Di Pietro, dois princípios fundamentais precisam ser destacados: o da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular (2024, p. 77-80). Esses princípios estabelecem as bases para toda a estrutura do

¹¹ Como ressaltado pelo Excelentíssimo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 93050/RJ, em 1º de agosto de 2008, a ação persecutória do Estado, independentemente da instância em que se processe, só é legítima se não se basear em elementos probatórios obtidos de forma ilícita. Caso contrário, haveria violação da garantia constitucional do *due process of law*, que se manifesta, entre outros aspectos, na inadmissibilidade de provas ilícitas, princípio fundamental do nosso sistema jurídico. O Ministro destacou que a Constituição da República, em respeito aos postulados democráticos, veda o uso de provas obtidas por meio de transgressões a normas constitucionais. Ele também mencionou a doutrina da ilicitude por derivação, ou a teoria dos "frutos da árvore envenenada", que considera inadmissíveis as provas produzidas validamente em um momento posterior, mas contaminadas pelo vício original da ilicitude, o qual se transmite a elas por efeito de repercussão causal. Importa esclarecer que de modo leviano se poderia pensar em um paralelismo com essa teoria dos frutos envenenados, contudo, tal raciocínio recairia em grave erro, pois a premissa fulcral desta teoria é de que a ilegalidade de um ato, mais especificamente, a forma de produção daquela coleta de provas, afeta toda a cadeia probatória, portanto, como o descumprimento do TCC não afeta a legalidade do ato (a coleta das provas), a teoria não se aplica. O descumprimento, trata-se, na verdade, de uma quebra de acordo negocial sinalagmático, afastando, portanto, qualquer comparação entre as situações.

direito administrativo, refletindo a importância do Estado de Direito como garantia dos direitos individuais, ao mesmo tempo em que priorizam o interesse público e o bem-estar coletivo.

No âmbito do Cade e dos TCCs, isso implica que as decisões e ações do órgão devem ser embasadas na legislação aplicável, assegurando a conformidade com os princípios legais e constitucionais. De modo paralelo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular reflete a ideia de que, em situações de conflito de interesses, o interesse coletivo deve prevalecer sobre os interesses individuais.

Nesse sentido, os Termos de Compromisso de Cessação estabelecidos pelo Cade não só buscam corrigir práticas anticompetitivas, mas também têm o dever de salvaguardar o devido processo legal uma vez que as provas ali apresentadas serão empenhadas no conjunto probatório em face dos demais agentes envolvidos na conduta.

Por sua vez, a Lei do Processo Administrativo Federal (nº 9.784) estabelece explicitamente os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. No caso em questão, há um risco iminente de violação a esses princípios, principalmente, no que diz respeito à segurança jurídica e ao interesse público. Isso porque as provas apresentadas durante a celebração do TCC foram previamente validadas como juridicamente adequadas para uso no processo em relação a todos os envolvidos na conduta. Qualquer exceção à eficácia dessas provas (agora) poderia comprometer a isonomia processual e desrespeitar os fundamentos da segurança jurídica e do interesse público.

Ademais, Di Pietro (2024, p. 31) destaca a crescente consolidação das agências reguladoras brasileiras, que assumem um papel proeminente na esfera regulatória ao exercerem competências normativas. Para a autora, este fenômeno reflete uma tendência global de descentralização do poder regulatório em direção a instituições especializadas, visando uma regulação mais técnica e especializada em setores específicos da economia. Importa salientar que essa atribuição normativa das agências se encontra sempre delimitada pelo princípio da legalidade. Dessa forma, o desempenho dessas agências, pautado pelo respeito aos preceitos fundamentais do Estado de Direito, tem um papel crucial na supervisão e regulamentação de setores específicos, garantindo a legitimidade e a eficiência em suas atividades regulatórias.

a. Na esfera do direito administrativo

Segundo Hely Lopes Meireles (1984, p. 15-19), na década de 80, muito se discutia a respeito dos atos administrativos de maneira geral, mas pouco se abordava, de forma específica,

a formação, os efeitos e a extinção dos atos administrativos negociais. Para ele, estes *atos negociais* eram aqueles expedidos a partir do requerimento de um particular interessado na realização de um negócio jurídico ou de uma atividade material que dependesse da anuência da administração pública. Tais atos, em regra, seriam constituídos por meio de um processo administrativo adequado e regular, no qual o requerente precisaria demonstrar a legitimidade de sua pretensão e o cumprimento de todas as exigências legais para o deferimento do pedido, que poderia ser formalizado em alvará, termo ou simples despacho da autoridade competente.

Moreira (2017, p. 366-369) explica que diferentemente dos atos unilaterais, mesmo na doutrina civilista, os negócios jurídicos pressupõem a pluralidade de sujeitos para a produção de efeitos jurídicos válidos. Tais efeitos dependem da manifestação de vontade de todas as partes que integram a relação jurídica, o que caracterizaria a bilateralidade ou pluralidade, tanto na formação quanto nos respectivos resultados.

No entanto, para o autor, é comum que os negócios jurídico-administrativos sejam abordados sob a categoria dos contratos administrativos, e não como atos administrativos. Esta segunda categoria corresponde aqueles que são celebrados mediante condições específicas, como licitação, dispensa ou inexigibilidade. Contudo, há situações que não se enquadram perfeitamente nem no conceito de ato administrativo nem no de contrato administrativo. Trata-se, para Moreira (2017, p. 366-369) dos negócios jurídico-administrativos, conhecidos como *atos administrativos negociais*.

Assim, partindo-se de um Direito Administrativo que, historicamente, minimizava a importância dos contratos administrativos ao classificá-los como meros atos, hoje se reconhece a existência de contratos formados por meio de atos administrativos (Meireles, 1984, p. 15-19). A expressão *ato administrativo negocial* é usada para designar aqueles atos que, frequentemente emitidos a pedido dos particulares afetados, geram direitos subjetivos públicos, podendo ser exercidos, se necessário, contra a própria Administração que os emitiu ou até contra terceiros.

Esses atos estabelecem uma relação administrativa com características de um negócio jurídico, formalizado através de um ato administrativo específico. Embora o ato administrativo seja o meio que veicula tal relação, suas premissas, conteúdo e efeitos equivalem aos de um negócio jurídico. Assim, Moreira (2017, p. p. 366-369) explica: o ato administrativo negocial é unilateral na sua emissão, mas apresenta bilateralidade ou até multipolaridade em seus efeitos, muitas vezes exigindo a participação ativa do particular e/ou de terceiros na definição de seu conteúdo e alcance.

Esses atos originam relações jurídicas em que a vontade da pessoa privada e da Administração se combinam, formando o ato administrativo e permitindo a produção dos efeitos desejados. Hely Lopes Meirelles (1984, p. 18-19) propõe a seguinte definição:

Não se nega à administração a faculdade de extinguir os seus próprios atos quando ilegais ou contrários ao interesse público. O que se nega é a conduta arbitrária da autoridade que, a pretexto de ilegalidade ou ofensa ao interesse público, invalida ato negocial vinculado e definitivo sem possibilitar ao destinatário a demonstração da sua regularidade e a inexistência de ofensa ao interesse público.

Portanto, os atos administrativos negociais celebrados em processos sancionatórios, sejam administrativos ou judiciais, são instrumentos voltados para modificar a conduta do particular, ao mesmo tempo em que suspendem ou inibem a aplicação de sanções administrativas. Para Moreira (2017, p. 370) exemplos incluem os acordos de leniência e os termos de cessação de conduta, estes que, quando manejados de forma adequada, podem facilitar a superação de problemas recentes, proporcionando uma maior eficácia na negociação e execução das medidas estabelecidas.

b. Na esfera do direito processual penal

Para que possamos analisar o descumprimento de TCCs sob a perspectiva do direito processual penal é imprescindível, primeiro, entender os contornos do instituto da colaboração premiada. A colaboração premiada é de natureza processual, essencialmente de viés probatório. De acordo com os ensinamentos de Vinícius Vasconcellos:

a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva (2017, p. 62).

Entendimento este que é repercutido pelo STF no HC 127.483, delimitando que a colaboração premiada é um instrumento jurídico processual, definido expressamente pela lei como um "meio de obtenção de prova". Seu propósito central é garantir a cooperação do imputado com a investigação e o processo criminal, uma atividade intrinsecamente relacionada à esfera processual. Mesmo assim, ressalta-se que este instrumento jurídico também agrega um efeito substancial, que diz respeito à atribuição de uma sanção premial em troca dessa colaboração.

Nessa toada, termos de compromisso de cessação e colaboração premiada são instrumentos consensuais utilizados em diferentes esferas jurídicas, mas com o objetivo

comum de combater práticas ilegais. Ambos, ensejam a colaboração voluntária e ativa da pessoa (física ou jurídica) que auxilia com informações/documentos relevantes sobre uma conduta ilícita. Em troca dessa colaboração (e cumprimento de outros requisitos específicos de cada instituto) há um benefício na forma de redução de multa e a não perquirição processual.

Esse paralelo é relevante na medida em que já há uma discussão ativa sobre os desdobramentos da quebra do acordo de colaboração premiada, enquanto as acerca do termo de cessação ainda são iniciais. Vasconcellos (2017, p. 401-406) divide o rompimento desse acordo em três hipóteses: (i) retratação, pode ocorrer até a homologação judicial, nesta situação, as provas não podem ser utilizadas, nos termos do art. 3º-B § 2º e 6º e art. 4º § 10º¹²; (ii) rescisão, ocorre após a homologação judicial, no qual as provas poderão ser mantidas, exceto a confissão, e, o procedimento deve respeitar o contraditório; e (iii) nulidade, também ocorre após a homologação judicial, mas neste caso perdem-se todos os benefícios e há a exclusão das provas.

Nessa toada, a segunda hipótese é a que concerne o estudo aqui realizado. Destarte coloca-se que a rescisão (revogação) do acordo com a autoridade só poderá ocorrer frente à quebra de uma das cláusulas deste acordo, para definir essa quebra o HC 127.483 cunha o termo “inexecução de negócio jurídico perfeito” (STF, 2015, p. 31).

Este cenário levanta importantes questões sobre as consequências legais e processuais decorrentes do descumprimento de TCCs, pois, caso a parte não cumpra com as obrigações estabelecidas no termo de compromisso e reste caracterizado o descumprimento do acordo, a autoridade competente poderia, para além de retomar o trâmite processual cabível, utilizar-se das provas previamente apresentadas para a condenação de terceiros e do próprio ex-Compromissário.

Em sentindo semelhante, observa-se a entrevista concedida por Gustavo Sampaio, professor de direito constitucional da Universidade Federal Fluminense (“UFF”), à CNN (2023). Na qual o Professor explica: “na rescisão, as provas obtidas durante a colaboração ainda se consideram válidas e ainda poderão ser utilizadas no conjunto com outras provas durante o processamento criminal futuro e, portanto, poderão ser valoradas em julgamento”. Diferenciando, também, dos casos de nulidade, pois frente a hipótese de anulação tem-se o comprometimento de todas as provas produzidas.

¹² Quanto a esse art. o autor realiza um contraponto, pois ao passo que em edições anteriores ele considerou que haveria a possibilidade de retratação em qualquer momento, por conta de diferentes linhas argumentativas, atualmente, ele considera que o uso do termo “proposta” e não “acordo” não abre discussão quanto a admissibilidade de retratação após a formalização e a homologação do acordo, de modo que o debate estaria parcialmente esvaziado (2017, p. 401-403).

Outra perspectiva apontada por Vasconcellos (2017, p. 409) é o fato de que o Ministério Público não pode depender unicamente dos elementos produzidos na colaboração premiada para obter lastro probatório suficiente à condenação do próprio delator. Uma vez que se trata de mecanismo premial direcionado à obtenção de provas e informações aptas à incriminação de terceiros, sob pena de indevida transmutação em barganha.

Da mesma forma tem-se que o Cade, no momento de celebração do TCC, já possuía fundada compreensão de que o compromissário viria a ser condenado, com base nos elementos que já detinha. Por conseguinte, é um pressuposto da própria admissibilidade do acordo – em seu processo de verificação da adequação/idoneidade, necessidade e proporcionalidade e como requisito para sua validade em âmbito do processo administrativo –, o entendimento de que já existem elementos independentes e prévios ao acordo de colaboração, aptos à condenação, em relação ao potencial delator/compromissário.

Seguindo esse raciocínio, uma vez que já há essa bagagem probatória prévia, não haveria prejuízo do uso dessas provas na condenação do delator/compromissário, desde que não sejam as únicas capazes de comprovar seus atos ilícitos. Ou seja, essas provas poderiam ser empenhadas em antagonismo do próprio agente, mas não de maneira isolada, carecendo necessariamente de figurarem acompanhadas de um maior conjunto de provas/informações aptos àquela condenação.

c. Na esfera do direito civil

Lúcio Marques (2019, p. 183-186) entende que a colaboração premiada é um acordo de reconhecimento de responsabilidade penal e cumprimento de pena, constituindo-se como um meio de obtenção de elementos dotados de capacidade probatória. O autor a classifica como um contrato bilateral sinalagmático, diferenciando-se da perspectiva de Vasconcellos (2017). Para Marques (2019, p. 187-188), a natureza jurídica específica do acordo atrai a aplicação de conceitos derivados do direito civil, o que implica que o rompimento pode ocorrer por dois modos: rescisão e resolução.

Sob a ótica do direito civil, com base nas lições de Caio Mário (2022, p. 539), ambos se distinguem ontologicamente da nulidade ou anulabilidade, não havendo necessidade de prolongar tal diferenciação. Segundo o Professor, a rescisão tem por sentido a evicção parcial considerável, permitindo que o evicto opte por rescindir o contrato com fundamento no inadimplemento da outra parte, conforme estabelecido no art. 455 do Código Civil de 2002. Já a revogação ocorre essencialmente mediante algum tipo de condição, como na doação frente

ao descumprimento do encargo ou ingratidão do donatário, nos termos do art. 555 Código Civil.

Nesse sentido, entende-se que a rescisão se relacionaria a um vício subjetivo do negócio jurídico, como erro, dolo ou coação, por outro lado, a resolução contratual decorreria de um fato superveniente à celebração do contrato, o qual resultaria na extinção do referido negócio jurídico. Isso ocorreria quando o equilíbrio contratual fosse rompido, cabendo ao credor adimplente requerer judicialmente o desfazimento da obrigação (Junior, 2009).

Marques (2019, p. 192-194) elabora que no tocante às consequências decorrentes da rescisão do acordo de colaboração, nota-se que o vício já estava presente no momento da celebração, afetando, conseqüentemente, o plano da validade desse acordo. Tal cenário pode conduzir à anulação ou até mesmo à completa invalidação do referido negócio jurídico, retirando-o integralmente do âmbito legal. Como consequência, todas as provas obtidas durante as negociações entre o colaborador e as autoridades seriam invariavelmente inutilizáveis.

No entanto, as consequências da resolução de acordos de colaboração são substancialmente distintas, uma vez que não se está mais no plano da validade, e sim, no da eficácia do negócio jurídico. Neste caso, estão ausentes as circunstâncias que perfaçam a condição, termo, modo ou encargo, logo, embora o negócio não se perfectibilize, os atos praticados pelas partes não são contaminados de nulidade, apenas pela ineficácia. Isso significa que tais atos podem perdurar, mesmo que os efeitos finais do negócio jurídico não sejam concluídos.

Nesse caso, a ausência das circunstâncias que constituem condição, termo, modo ou encargo implica que, embora o negócio não se concretize, os atos praticados pelas partes não são afetados pela nulidade, mas sim pela ineficácia. Indicando que tais atos podem persistir, mesmo que os efeitos finais do negócio jurídico não sejam alcançados.

d. Experiência estadunidense

Em caráter exploratório, traz-se aqui a experiência estadunidense, não por se entender que é necessário seguir um modelo estrangeiro, mas como forma de demonstrar que essa preocupação – descumprimento de acordos que envolvam a colaboração do Compromissário e a entrega de um conjunto probatório - tem ocorrido, também, lá fora, com o intuito de que visões diferentes sobre o tema possam ser proveitosas ao debate brasileiro.

Os *proffer agreements*¹³, também conhecidos como *queen for a day*¹⁴, são acordos firmados entre um acusado e o governo norte-americano em casos criminais, nos quais o acusado se compromete a fornecer informações ou colaborar em uma sessão chamada de *proffer session*. O objetivo desses acordos é permitir que o acusado revele detalhes de suas próprias ações criminais e as de outros envolvidos sem que essas declarações sejam usadas diretamente contra ele em um julgamento (Smith III, 2015). Os *proffer agreements* definem as obrigações de ambas as partes e estabelecem salvaguardas, permitindo o uso derivado das informações obtidas caso sejam necessárias em futuras investigações (Jaffe, 2012).

Um dos marcos iniciais desse debate foi o caso *United States v. Mezzanatto*, de 1995, (Smith III, 2015; Jaffe, 2012) onde o cidadão norte americano Gary Mezzanatto foi preso pela Força-Tarefa de Narcóticos de San Diego e acusado de posse com intenção de distribuição após vender um quilo de metanfetamina a um agente disfarçado. Após sua prisão, Mezzanatto e seu advogado se reuniram com os promotores para discutir a possibilidade de cooperação, como condição para a discussão, Mezzanatto concordou que qualquer depoimento dado durante a *proffer session* poderia ser usado para impugná-lo no julgamento, as negociações não avançaram e Mezzanatto foi a julgamento.

Durante o processo, Mezzanatto deu um testemunho inconsistente com suas declarações do *proffer*, e, apesar das objeções do réu, o governo foi autorizado a impugnar o testemunho de Mezzanatto com suas declarações prévias contraditórias feitas no *proffer*. A decisão foi constada, recorrendo-se da decisão do tribunal (de primeira instância) que permitiu ao governo introduzir declarações feitas durante uma negociação de *plea statement* para fins de impugnação.

O Nono Circuito concordou e reverteu a condenação de Mezzanatto, sustentando que as regras de declaração de negociação do *plea statement* não podiam ser renunciadas. A Suprema Corte, entretanto, reverteu essa decisão - em uma votação por 7 a 2 - e declarou que “na ausência de uma indicação afirmativa de que o acordo foi firmado de forma não consciente ou involuntária, um acordo de renúncia das disposições excludentes das Regras de Declaração de Negociação de Culpa é válido e executável” (1995, p. 210).

¹³ É possível traçar um paralelo entre estes acordos e os acordos de colaboração premiada, abordados em tópico anterior, contudo, como o objetivo aqui é identificar possíveis melhorias ao Termo de Cessação de Conduta no âmbito do Cade isenta-se de maiores discussões sobre as semelhanças e diferenças desses acordos e suas repercussões processuais.

¹⁴ “Proffer agreements, colloquially known as “Queen for a Day” agreements, govern the conditions under which prospective criminal defendants and the government agree to conduct an interview.” (Naftalis, 2003, p.1).

Assim, a Suprema Corte deixou implicitamente - e a Justiça Ginsburg explicitamente - em aberto a questão de saber se um réu pode voluntariamente e conscientemente renunciar aos seus direitos sob as regras de declaração de culpa para permitir que o governo (i) use suas declarações de *proffer* em seu caso principal ou (ii) rebata provas ou argumentos contraditórios mesmo quando o réu não testemunha. Nos últimos oito anos, o governo ampliou os termos dos acordos de *proffer*, não mais restringindo seu uso apenas para desenvolver pistas e impugnar testemunhos inconsistentes (Jaffe, 2012).

Embora o caso Mezzanatto não tenha definido os limites da renúncia permissível, os tribunais federais de instâncias inferiores têm tentado determiná-los. Os tribunais distritais e circuitos têm validado cláusulas de acordos *queen for a day* que permitem o uso das declarações de *proffer* do réu na refutação (mesmo que o réu não testemunhe), possibilitam o uso afirmativo do depoimento do *proffer* no caso principal do governo (antes mesmo de qualquer testemunha de defesa ser chamada) e autorizam outras aplicações (Smith III, 2015).

Por exemplo, no caso *United States v. Burch*, o Circuito de D.C. validou a admissão de declarações feitas durante negociações de acordo de culpa retiradas, não apenas para refutação ou impugnação, mas também para uso no caso principal do governo. Em *United States v. Krilich*, o juiz Easterbrook do Sétimo Circuito sustentou a admissibilidade das declarações de *proffer* mesmo quando o réu não testemunhou. Nesse caso, o tribunal concluiu que o advogado de Krilich apresentou testemunhos contraditórios ao *proffer* de seu cliente por meio de interrogações das testemunhas do governo, o que permitiu que o governo introduzisse as declarações anteriormente inadmissíveis no julgamento.

Em *United States v. Young*, o Oitavo Circuito decidiu que o governo poderia usar substancialmente declarações feitas em forma de *affidavit* durante negociações de acordo de culpa porque o réu havia conscientemente e voluntariamente renunciado a seus direitos sobre as declarações. Em *United States v. Gomez*, o tribunal distrital considerou válido um acordo *queen for a day*, permitindo que a acusação usasse as declarações do réu para refutar evidências ou argumentos apresentados em sua defesa, mesmo que ele não tivesse testemunhado. Além disso, o Nono Circuito, no caso *United States v. Chiu*, aceitou o uso de informações dadas pelo réu nas sessões de *proffer* para preparar as testemunhas do governo.

Assim, ainda que os tribunais não tenham uma abordagem uniforme quanto ao grau em que um réu pode renunciar a seus direitos de declaração de negociação de culpa. Embora alguns tribunais inferiores tenham interpretado o caso Mezzanatto de forma ampla, outros questionaram sua expansão. O “crescimento de dúvidas” que permeia esses tribunais deixa claro que o raciocínio adotado pelos Circuitos de D.C., Sétimo e Nono está longe de ser

amplamente aceito¹⁵. A natureza nebulosa e incompleta da decisão em Mezzanatto e as abordagens divergentes dos tribunais federais tornam necessária uma análise séria dos contextos em que as declarações de *proffer* devem ser utilizadas e as razões apropriadas para uma renúncia permissível.

Percebe-se que a definição das consequências para a violação do acordo e as regras de uso das informações reveladas durante o *proffer* são elementos centrais para a efetividade desses instrumentos. Cláusulas que especificam o uso das declarações em caso de descumprimento são fundamentais em litígios sobre a violação dos termos do acordo de *proffer*. Por essa razão, é prática comum que os tribunais exijam que o governo reserve explicitamente o direito de usar as declarações feitas no *proffer* contra o réu, caso ocorra uma violação, conforme ilustrado em *United States v. Hill*.

Escritórios de Promotores estadunidenses em todo o país diferem¹⁶ em quão amplamente redigem as disposições sobre o uso derivado de declarações de *proffer* no julgamento (Smith III, 2015). Portanto, a chave para o sucesso do governo em se opor a esses desafios geralmente reside no grau de precisão com que o governo redigiu o acordo de *proffer*, particularmente a seção de uso derivado (Jaffe, 2012).

6. Conclusão

No discorrer do presente estudo, foi abordado o funcionamento dos Termos de Compromisso de Cessação no contexto do Cade, com foco especial no descumprimento desses acordos e suas implicações legais. A partir das análises realizadas nos capítulos anteriores, é possível encaminhar-se para reflexões e desdobramentos desse tema recente no universo antitruste. Ao oferecerem uma alternativa à instauração de processos administrativos, mais longos e onerosos, os TCCs atuam enquanto instrumentos de resolução consensual que auxiliam no combate a práticas anticompetitivas, sendo cruciais na promoção da concorrência e na prevenção de condutas lesivas ao mercado.

Uma das principais preocupações ao lidar com esse instrumento é garantir a segurança jurídica e a previsibilidade dos procedimentos, com essa compreensão, o Cade disponibiliza

¹⁵ Mesmo assim, é possível apontar ainda mais decisões de uma ampla possibilidade do uso interpretativo do caso, vide *State v. Wills* em que o acordo de cooperação afirma que a violação de qualquer termo do acordo de cooperação torna todos os termos nulos e sem efeito. De forma que o Estado deterá o direito de usar qualquer informação obtida por meio do acordo, de qualquer forma, seja de maneira direta [ou] colateral ao caso.

¹⁶ Existem quatro vertentes atualmente em análise, cada uma com sucesso variado e que são discutidas em: (Jaffe, 2012)

vasto aparato institucional, definindo regras e condições dos termos de forma racional e transparente. O descumprimento dos termos de compromisso apresenta desafios significativos, tanto do ponto de vista jurídico quanto prático. Pois, uma vez que as cláusulas de descumprimento são claras e que preveem as consequências do não cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, o Cade precisa ser eficaz quanto às consequências, sob pena de quebra da confiança no ordenamento legal e da estabilidade jurídica, impactando diretamente na credibilidade da autarquia.

Portanto, a partir dessa preocupação, o descumprimento foi analisado a partir de quatro perspectivas. No que diz respeito ao direito administrativo, percebeu-se que é essencial garantir a legitimidade das decisões e a proteção dos direitos individuais, ao mesmo tempo em que se prioriza o interesse público e a legalidade das ações. Na esfera do direito processual penal, os paralelos entre TCCs e os acordos de colaboração premiada demonstraram que já existem discussões sobre o tema que podem fornecer respaldo às problemáticas agora enfrentadas pelo Cade no que concerne o uso dessas provas. Em âmbito cível, destaca-se a importância dos questionamentos da ordem de sua validade e eficácia e como sua correta definição é central ao tratamento do caso. E, a experiência internacional nos mostra que o ponto central é a redação clara e objetiva das cláusulas que compõe esses acordos.

Diante dessas reflexões, conclui-se que os termos de compromisso desempenham um papel significativo no combate às práticas anticompetitivas e na promoção de um ambiente de mercado mais justo e competitivo, justamente por isso, tais interconexões são tão necessárias à melhora do instrumento. No entanto, é crucial que a credibilidade desses instrumentos não seja abalada, focando sempre na proteção dos direitos das partes envolvidas e no respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito. Evidencia-se, portanto, a necessidade da contínua avaliação e aprimoramento dos procedimentos relacionados aos Termos de Cessação de Condutas, pois trata-se de um mecanismo institucional central na atuação do Cade no combate às práticas anticompetitivas e busca pelo equilíbrio econômico.

7. Referências bibliográficas

BOSON, Daniel Silva; SILVA JUNIOR, Gilson Geraldino. Análise dos incentivos do Termo de Compromisso de Cessação (TCC): Cade, Empresas, Cartéis e Jogos. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4 n. 2, p. 99-120, 2016.

BRAGA, Juliana. **Descumprimento de Termo de Compromisso de Cessação celebrado com o Cade**: Análise Empírica sobre a Existência de Critérios Objetivos na Definição da Cláusula Penal. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 92.323**, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a estrutura em relação ao regime do Ministério da Educação. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 dez. 1986.

BRASIL. **Lei n.º 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 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011.

BRASIL. **Lei n.º 8.884**, de 11 de junho de 1994. Dispõe sobre a proteção da ordem econômica e estabelece as infrações da ordem econômica, assim como as sanções aplicáveis. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jun. 1994.

BRASIL. **Lei n.º 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º fev. 1999.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019** (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 78, out./dez. 2020.

CNN BRASIL. **Provas seguem válidas caso delação de Cid seja rescindida, avaliam procuradores**. CNN Brasil, São Paulo, 23 mar. 2024. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/provas-seguem-validas-caso-delacao-de-cid-seja-rescindida-avaliam-procuradores/>>. Acesso em: 01 abr. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Cade abre procedimento contra a UTC Engenharia por descumprimento de acordo**. Assuntos Notícias, 27 mai. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/Cade/pt-br/assuntos/noticias/Cade-abre-procedimento-contra-a-utc-engenharia-por-descumprimento-de-acordo>. Acesso em: 28 mar. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia de Termo de Compromisso de Cessação (TCC)**. Brasília, DF: Cade, 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Regimento Interno (RICade)**. Brasília, DF: Cade, 2021a.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **TCC na Lei nº 12.529/11**. Brasília, DF: Cade, 2021b.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz no Requerimento 08700.004221/2007-56** - referente ao Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79. 2008.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Voto do Conselheiro Paulo Furquim no Requerimento nº 08700.004992/2007-43** - referente ao Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, apresentado pela Representada Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

ESTADOS UNIDOS. **Estados Unidos v. Burch**, Tribunal de Apelações dos EUA para o Circuito D.C., 156 F.3d 1315, 1319-22, 1998.

ESTADOS UNIDOS. **Estados Unidos v. Chiu**, Tribunal de Apelações dos EUA, 109 F.3d, 626.

ESTADOS UNIDOS. **Estados Unidos v. Gomez**, Tribunal Distrital dos EUA, 210 F. Supp. 2d, 474-75.

ESTADOS UNIDOS. **Estados Unidos v. Hill**, Tribunal de Apelações dos EUA para o Décimo Primeiro Circuito, 643 F.3d 807, 875-76, 2011.

ESTADOS UNIDOS. **Estados Unidos v. Krilich**, Tribunal de Apelações dos EUA para o Sétimo Circuito, 159 F.3d 1020, 1024-26, 1998.

ESTADOS UNIDOS. **Estados Unidos v. Mezzanatto**, Suprema Corte dos EUA, 513 U.S. 196, 1995.

ESTADOS UNIDOS. **Estados Unidos v. Wills**, Suprema Corte da Carolina do Sul, 409 S.C. 183, 188, 762 S.E.2d 3, 5, 2014.

ESTADOS UNIDOS. **Estados Unidos v. Young**, Tribunal de Apelações dos EUA, 223 F.3d, 909-11.

JAFFE, David. Proffer Agreements. *United States Attorneys' Bulletin*, v. 60, 2012.

JUNIOR, Alberto Gosson Jorge. Resolução, rescisão, resilição e denúncia do contrato: questões envolvendo terminologia, conceito e efeitos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 98, n. 882, abr. 2009.

MARQUES, Lúcio Guimarães. Aspectos e problemas da rescisão do acordo de delação premiada. In CALLEGARI, André L. **Série IDP - Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MEIRELLES, H. L. Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 158, p. 15–19, 1984.

MONTEIRO, Ana Sofia Cardoso; WERBERICH, Julia. Celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) em investigações por condutas unilaterais. *Revista do IBRAC*, n.1, p. 30-44, 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. Atos Administrativos Negociais. *In*: WALD, Árnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; GUIMARÃES PEREIRA, Cesar Augusto (Org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) – Defensor do Estado de Direito. p. 363-371. São Paulo: Malheiros, 2017.

NAFTALIS, Benjamin A. Queen for a Day Agreements and the Proper Scope of Permissible Waiver of the Federal Plea-Statement Rules. **Columbia Journal of Law and Social Problems**, v. 37, p. 1-55, 2003.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **OECD Competition Trends 2021, Volume I**: Global Competition Enforcement Update 2015-2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>. Acesso em: 22 mar. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. v.I. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

SMITH III, Robert. Fair play and criminal justice: drafting proffer agreements in light of total waiver of rule 410. **South Carolina Law Review**, v. 66, n. 4, p. 809-840, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus 127.483/PR**. Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 ago. 2015. Diário da Justiça Eletrônico.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus 93050/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 1º ago. 2008. Diário da Justiça Eletrônico.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.