



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO GABRIEL RACHE GEBRAN

CLÁUSULA DE *HARDSHIP*: UMA SOLUÇÃO JURIDICAMENTE VIÁVEL PARA
PRESERVAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE EXECUÇÃO DIFERIDA NO ACORDO DE
LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO

FLORIANÓPOLIS
2023

JOÃO GABRIEL RACHE GEBRAN

**CLÁUSULA DE *HARDSHIP*: UMA SOLUÇÃO JURIDICAMENTE VIÁVEL PARA
PRESERVAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE EXECUÇÃO DIFERIDA NO ACORDO DE
LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr.
Coorientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

FLORIANÓPOLIS

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Gebran, João Gabriel Rache

CLÁUSULA DE HARDSHIP : UMA SOLUÇÃO JURIDICAMENTE VIÁVEL
PARA PRESERVAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE EXECUÇÃO DIFERIDA NO
ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO / João Gabriel Rache
Gebran ; orientador, Pedro de Menezes Niebuhr,
coorientador, Egon Bockmann Moreira, 2023.

138 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Acordo de Leniência Anticorrupção. 3.
Cláusula de Hardship. 4. Renegociação. I. Niebuhr, Pedro de
Menezes. II. Moreira, Egon Bockmann. III. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Direito. IV. Título.

JOÃO GABRIEL RACHE GEBRAN

CLÁUSULA DE *HARDSHIP*: UMA SOLUÇÃO JURIDICAMENTE VIÁVEL PARA
PRESERVAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE EXECUÇÃO DIFERIDA NO ACORDO DE
LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 08 de março de 2023, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dra. Juliana Bonacorsi de Palma
Fundação Getúlio Vargas – SP

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr
Orientador

Florianópolis-SC, 2023.

RESUMO

A cláusula de *hardship* tem origem no Direito Internacional Privado e consiste na previsão antecipada de como reestabelecer a corresponsabilidade das obrigações após a ocorrência de eventos futuros que alterem o equilíbrio originalmente convencionado pelas partes. O objetivo desta dissertação de Mestrado é investigar se a cláusula de *hardship* é uma solução juridicamente viável para preservar a integralidade do acordo de leniência anticorrupção, diante do fato de que esse tipo de acordo envolve obrigações de execução diferida e está sujeito a eventos supervenientes e imprevisíveis. Para tanto, o trabalho explora a transformação do direito público brasileiro e a consolidação dos acordos como uma solução paritária e consensual para a atividade administrativa. Na sequência, enfrenta as características do acordo de leniência anticorrupção e verifica se os compromissos atualmente ajustados pela Controladoria-Geral da União contemplam obrigações de execução diferida e estão sujeitos às incertezas do futuro. Por fim, analisa a compatibilidade da cláusula de *hardship* com a ordem jurídica pátria e a sua viabilidade para a conservação do acordo de leniência anticorrupção por meio do dever de renegociação. O método de abordagem que se utiliza é o hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica, a partir de fontes primárias e secundárias.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Lei Anticorrupção; Acordo de Leniência; Cláusula de *Hardship*; Negociação.

ABSTRACT

The *hardship* clause originates from Private International Law and consists of the anticipated prediction of how to re-establish the correspondence of obligations after the occurrence of future events that alter the balance originally agreed by the parties. The objective of this master's thesis is to investigate whether the *hardship* clause is a legally viable solution to preserve the integrity of the anti-corruption leniency agreement, given the fact that this type of agreement involves deferred execution obligations and is subject to supervening and unpredictable events. To this end, the work explores the transformation of Brazilian public law and the consolidation of agreements as a joint and consensual solution for administrative activity. Next, it faces the characteristics of the anti-corruption leniency agreement and verifies whether the commitments currently set by the Comptroller General of the Union include obligations of deferred execution and are subject to future uncertainties. Finally, it analyzes the compatibility of the *hardship* clause with the national legal order and its viability for the conservation of the anti-corruption leniency agreement through the duty of renegotiation. The approach method used is hypothetical-deductive and the research technique is bibliographical, based on primary and secondary sources.

Keywords: Administrative Law; Anti-Corruption Law; Leniency Agreement; *Hardship* Clause; Negotiation.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Propostas e acordos ao longo do tempo	68
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ALA	Acordo de leniência anticorrupção
Art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CGU	Controladoria-Geral da União
CNEP	Cadastro Nacional de Empresas Punidas
CPC	Código de Processo Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
OCDE	Cooperação Econômica e o Desenvolvimento

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL	14
2.1	O DESENVOLVIMENTO DA CONSENSUALIDADE.....	15
2.1.1	A Administração Pública paritária	19
2.1.2	A Administração Pública consensual.....	21
2.2	A POSITIVAÇÃO DA CONSENSUALIDADE	23
2.2.1	O Código de Processo Civil.....	26
2.2.2	A Lei de Mediação	27
2.2.3	A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.....	29
2.2.4	A Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031	30
2.3	A NEGOCIAÇÃO NOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS	31
2.3.1	A importância da negociação no cenário pré-acordo	33
2.3.2	A importância da negociação no cenário pós-acordo	35
3	O ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO	38
3.1	A LEI ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL	38
3.1.1	Os aspectos legais da Lei Anticorrupção	44
3.1.2	A natureza administrativa da Lei Anticorrupção	50
3.2	O ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS	54
3.2.1	Os aspectos teóricos do acordo de leniência anticorrupção	56
3.2.2	A natureza jurídica do acordo de leniência anticorrupção	60
3.2.3	Os acordos de leniência celebrados pela Controladoria-Geral da União..	67
3.3	O DESEQUILÍBRIO SUPERVENIENTE DO ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO.....	70
3.3.1	As obrigações de execução diferida no acordo de leniência anticorrupção	71
3.3.2	As consequências jurídicas do desequilíbrio superveniente do acordo de leniência.....	75
3.3.3	A teoria da imprevisão e o desafio para conservação do acordo de leniência anticorrupção	78

4	A VIABILIDADE JURÍDICA DA CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i> PARA PRESERVAR O ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO	85
4.1	A DEFINIÇÃO DE <i>HARDSHIP</i>	85
4.1.1	As características da <i>hardship</i>	88
4.1.2	A individualização da cláusula de <i>hardship</i>	92
4.2	A COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i> COM A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	98
4.2.1	A aproximação do direito público e do direito privado.....	99
4.2.2	A autonomia da Administração Pública na celebração do acordo de leniência anticorrupção	102
4.3	A CLÁUSULA DE <i>HARDSHIP</i> PARA A RENEGOCIAÇÃO DA AVENÇA ..	105
4.3.1	O dever de renegociar e a conservação do acordo de leniência anticorrupção	106
4.3.2	As consequências jurídicas do dever de renegociar	110
5	CONCLUSÃO.....	115
	REFERÊNCIAS.....	118

1 INTRODUÇÃO

O contexto global passou a exigir respostas cada vez mais céleres por parte da Administração Pública, colocando em xeque a concepção histórica de que a atuação administrativa está limitada à prática de atos impositivos e unilaterais. Esse viés de potestade foi substituído pela lógica do consenso, de modo a proporcionar soluções inovadoras para efetivar políticas públicas.

Uma dessas soluções envolve a celebração de acordos pela Administração Pública, sendo esses entendidos como a deliberação conjunta de interesses para atingir um objetivo comum por meio de um processo de negociação. Esses instrumentos, que outrora eram contemplados em poucas normas esparsas, passaram a ser permitidos nas mais importantes legislações, a exemplo da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e do Decreto n.º 11.129/2022 (Decreto Regulamentador), que autorizam a celebração de acordos de leniência entre a autoridade pública e as pessoas jurídicas que praticaram atos contra a Administração.

O Decreto Regulamentador prevê que a leniência é ato administrativo negocial decorrente do poder sancionador do Estado e visa à responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública (art. 32). O artigo 16 do mesmo Decreto acrescenta que a autoridade administrativa poderá celebrar esse compromisso desde que o particular colabore com a investigação e o processo administrativo, a fim de identificar outros envolvidos na infração e obter provas da comprovação do ilícito.

Trata-se de um acordo integrativo que não encerra o processo administrativo e ajusta o ato imperativo da Administração Pública ao caso concreto. Essa técnica tem sido muito utilizada, pois proporciona, simultaneamente, um instrumento potencialmente eficiente de combate às fraudes e de defesa dos investigados. Ou seja: é uma ferramenta que prestigia o consenso e possibilita benefícios tanto ao investigador quanto ao investigado.

Contudo, ainda existem desafios a serem superados para que esse compromisso se consolide como uma ferramenta que proporciona a adequada segurança jurídica às partes. Para se limitar a três exemplos, citam-se a descoordenação institucional, a indefinição e incerteza sobre o controle posterior e a dificuldade de conservar os acordos de leniência que contemplam obrigações de longa duração.

Interessa para o presente estudo esse último aspecto. A pergunta que se pretende responder é: a cláusula de *hardship* é uma solução juridicamente viável para preservação das obrigações de execução diferida estipuladas no acordo de leniência anticorrupção (ALA), diante de eventuais eventos supervenientes e imprevisíveis?

A pertinência dessa questão se justifica a partir da constatação de que os acordos de leniência celebrados pela Controladoria-Geral da União (CGU) contemplam obrigações de execução diferida e o eventual descumprimento delas enseja a imediata rescisão da avença. Isto é, contempla prestações cujo cumprimento é diferido no tempo para que possam ser safisteitas conforme o interesse mútuo.

Parece ser do interesse mútuo das partes, todavia, que seja concebida uma solução que permita a manutenção da avença mesmo nos casos em que circunstâncias supervenientes alterem ou interfiram nas bases pactuadas no acordo. Nesse cenário, a cláusula de *hardship* surge como uma possível solução para preservar o acordo de leniência anticorrupção no tempo.

Largamente utilizada no âmbito do Direito Internacional Privado, a *hardship* instrumentaliza o dever de renegociar por meio da previsão antecipada de como reestabelecer a correspectividade das obrigações após a ocorrência de eventos futuros. A funcionalidade dessa cláusula é assegurar a recomposição das prestações ao novo contexto gerado pelo fato superveniente e evitar a rescisão do compromisso diante da onerosidade de uma das partes.

Desse modo, este trabalho tem por objetivo verificar (i) o avanço da consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro; (ii) a importância da negociação no acordo administrativo; (iii) os aspectos legais da Lei Anticorrupção; (iv) as características teóricas e práticas do acordo de leniência anticorrupção; (v) o desafio para conservação do acordo de leniência anticorrupção no tempo; (vi) a origem e as características da cláusula de *hardship*; (vii) a compatibilidade da *hardship* com o direito público brasileiro; (viii) as consequências jurídicas do dever de renegociar; e (ix) a adequação da cláusula de *hardship* para conservação do acordo de leniência anticorrupção.

Para tanto, utiliza o método hipotético-dedutivo, desenvolvido por Karl Popper, para responder a questão da preservação das obrigações de execução diferida estipuladas no acordo de leniência anticorrupção. As proposições hipotéticas que são utilizadas com base da dissertação são: (i) os acordos administrativos exigem uma negociação efetiva; (ii) os acordos de leniência anticorrupção possuem obrigações de

execução diferida; (iii) as obrigações de execução diferida estão sujeitas às incertezas do futuro; (iv) a CGU não adota cláusulas de renegociação das prestações pactuadas; (v) a cláusula de *hardship* é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro; e (v) o dever de renegociar instrumentalizado na *hardship* é juridicamente viável para conservar as prestações de execução diferida.

Ademais, este trabalho se divide em 3 (três) eixos temáticos: (1) os acordos administrativos no Brasil; (2) o acordo de leniência anticorrupção; e (3) a viabilidade jurídica da cláusula de *hardship* para conservação do acordo de leniência anticorrupção.

O Capítulo 2 aborda o primeiro eixo, a partir da análise do desenvolvimento da consensualidade no Brasil. Nesse capítulo, verifica-se o avanço das ideias de paridade e consenso para reprogramar o Direito Administrativo e as recentes reformas legislativas que legitimam a condução da coisa pública por meio de acordos. Além disso, analisa-se a importância da negociação entre as partes nos cenários pré-acordo e pós-acordo para que este represente o verdadeiro interesse dos celebrantes.

O Capítulo 3 analisa o segundo eixo, enfrentando a disciplina legal da Lei Anticorrupção e os aspectos teóricos e práticos do acordo de leniência nesta matéria. Além disso, investiga os acordos já celebrados pela Controladoria-Geral da União e a existência de obrigações de execução diferida que podem ser afetadas por eventos futuros e imprevisíveis. Ainda, estuda os instrumentos jurídicos aptos para solucionar o desequilíbrio superveniente e preservar o acordo ao longo do tempo.

Por fim, o Capítulo 4 examina o terceiro eixo, com base na definição da cláusula de *hardship* e nas suas características específicas. Além disso, verifica se a cláusula de *hardship* é compatível com a ordem jurídica pátria e configura uma solução juridicamente viável para preservar o acordo de leniência anticorrupção por meio de um dever de renegociação das obrigações pactuadas.

2 OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

A consensualidade transformou a atuação da Administração Pública e se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar do arcabouço legislativo já contemplar algumas soluções amigáveis, foi necessária a reprogramação do Direito Administrativo para a lógica consensual se firmar no direito público brasileiro.

Isso, pois, a doutrina clássica de direito administrativo vinculava a atuação da Administração Pública ao exercício do poder.¹ Para Floriano de Azevedo Marques Neto, havia uma cultura de desconfiar do envolvimento do particular nas atividades públicas, de modo a criar a suposição equivocada de que os acordos serviriam para beneficiar indevidamente o particular em detrimento da Administração Pública.²

Os juristas da época enfrentaram essas inseguranças a partir dos princípios basilares do regime jurídico-administrativo: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público.³ Esse recorte teórico certamente dificultou a argumentação técnico-jurídica em favor dos acordos e fortaleceu a suposta “impossibilidade” de se adotar soluções consensuais na atuação administrativa.⁴

A resistência à consensualidade foi se dissipando a partir de estudos doutrinários que enfrentaram os argumentos contrários a partir da ideia de paridade. Com isso, os fundamentos do modelo autoritário foram desconstruídos e a base da relação jurídico administrativa foi reorganizada a partir do consenso.

Na visão de Onofre Alves Batista Júnior⁵, o diálogo deixou de ser visto como um instrumento inadequado e passou a ser reconhecido como uma técnica que

¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 246.

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 428.

³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro et al. (Coords.). **Justiça federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 163.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>. Acesso em: 13 jul. 2018, p. 132.

⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 553.

proporciona transparência e evita a ocultação de interesses de terceiros. Diante desse cenário, o tópico 2.1. se preocupa em estudar o insucesso da atuação unilateral da Administração Pública e a necessidade de um novo estilo de atuação, focado nas ideias de paridade e consenso. Na sequência, o tópico 2.2. ressalta a consolidação dos acordos no direito público e as reformas legislativas realizadas. Por fim, o tópico 2.3. pontua a essencialidade da negociação entre as partes para a conservação dos acordos administrativos ao longo do tempo.

2.1 O DESENVOLVIMENTO DA CONSENSUALIDADE

Nos últimos anos, o Direito Administrativo vem lidando com a consensualização da atividade administrativa. Esse fenômeno nada mais é do que a instrumentalização do consenso no planejamento e na execução das atividades administrativas.⁶ No entanto, o seu desenvolvimento ocorreu de forma morosa e progressiva no direito brasileiro. Uma das razões para essa lentidão foi a institucionalização de um padrão de administração pautado na autoridade, imperatividade e na unilateralidade.

Uma vertente considerável da doutrina, a despeito de posicionamentos diversos, sustenta que o próprio Direito Administrativo nasceu com uma veste autoritária, conferindo poderes e prerrogativas para colocar a Administração Pública em condição de superioridade ao particular.⁷ Esse regime permaneceu no tempo e se consolidou no direito brasileiro com duas principais características: as sujeições e os privilégios.

As sujeições dizem respeito às limitações da Administração Pública e a necessidade de observar as regras e princípios vigentes, tal como preconiza o art. 37 da Constituição Federal: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Os privilégios, por sua vez, tratam de prerrogativas atribuídas à Administração Pública para o exercício de suas competências; aos exemplos da exorbitância e da instrumentalidade.

⁶ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson. **Problemas emergentes da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 259.

⁷ MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Il Rapporto Autorità-Libertà e Il Diritto Amministrativo Europeo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 4., 2006, p. 910-911.

A exorbitância reflete a verticalidade das relações administrativas autoritárias e a instrumentalidade legitima a existência das prerrogativas públicas no funcionamento do Estado.⁸ Dessa forma, a atividade administrativa passou a ser identificada como manifestação da soberania estatal e a Administração Pública habilitou-se a utilizar a força e a violência para se sobrepor ao particular.⁹

Com efeito, os atos administrativos poderiam ser editados independentemente de qualquer tratativa prévia e suas consequências seriam de observância obrigatória pelos particulares.¹⁰ Odete Medauar¹¹ ensina que a imperatividade nada mais é do que a força obrigatória do ato administrativo em relação a quem este se destina. Héctor Jorge Escola¹² acrescenta que a manifestação unilateral de vontade constitui o particular em obrigação inescusável, de forma a aperfeiçoar a atuação da Administração Pública.

Desse modo, a atuação imperativa conferia efetividade aos atos administrativos diante da vinculação obrigatória dos particulares aos seus conteúdos. Essa racionalidade, no entanto, estava limitada a funcionar no Estado Liberal, no qual a Administração Pública apenas intervinha nas relações particulares para proteger direitos civis e políticos.¹³

Dito de outro modo, o Poder Público somente seria acionado para proteger direitos de liberdade e, quando isso ocorresse, deveria agir de forma imperativa e verticalizada. Nesse sentido, Onofre Alves Batista Júnior¹⁴ bem pontua que o ato administrativo unilateral corresponde a uma característica do *modus operandi* do Estado Liberal.

⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual**: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2010. p. 41.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

¹⁰ Diógenes Gasparini conceitua a imperatividade como “a qualidade que certos atos administrativos têm para constituir situações de observância obrigatória em relação aos seus destinatários, independentemente da respectiva concordância ou aquiescência. In: GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 75.

¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 141.

¹² ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 200.

¹³ FARIA, Luzardo. **O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e a Consensualidade no Direito Administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, 2019. p. 131.

¹⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 243.

No entanto, o advento do Estado Social fez com que a Administração Pública passasse a intervir na sociedade, deixando de atuar apenas em caráter de defesa e assumindo obrigações prestacionais em relação aos cidadãos.¹⁵ Sérvulo Correia¹⁶ ressalta que essa transformação implicou o alargamento do intervencionismo econômico do Estado e a procura por um novo estilo de administração, pautado na participação dos particulares e no consenso.

No Brasil, essa mudança de paradigma se fez sentir a partir da promulgação da Constituição de 1988 e da consolidação do Estado Democrático de Direito.¹⁷ Com a redemocratização do país, a ordem jurídica brasileira reconheceu que a condução da coisa pública deveria observar a democracia participativa.¹⁸⁻¹⁹

Essa pode ser entendida como o prestígio da cidadania e o envolvimento da população para a definição das políticas públicas.²⁰ Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹, a democracia participativa se manifesta por meio da atuação do particular na gestão e no controle da Administração Pública.

Como consequência, a ordem constitucional passou a contemplar diversos instrumentos de participação popular, a exemplo das audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, § 2, II, da CF/88). Paulo Modesto²² acrescenta que outros mecanismos de participação da população também foram introduzidos no país, como os colegiados públicos, a denúncia pública, a reclamação de serviços públicos, o controle social por ações judiciais e a fiscalização orgânica.

Sob esse viés, a participação popular se atrelou diretamente à identificação do interesse público; ao decréscimo da discricionariedade; à atenuação da

¹⁵ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 74.

¹⁶ CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 353.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. **IREvista de Direito Administrativo**, v. 191, Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar, 1993, p. 87.

¹⁸ PEREZ, Marcos Augusto. **Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 32.

¹⁹ MACEDO, Paulo Sérgio Novais de Macedo. Democracia participativa na Constituição Brasileira. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 178, p. 181-193, abr./jun. 2008, p. 185.

²⁰ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. **IREvista de Direito Administrativo**, v. 191, Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar, 1993, p. 32.

²² MODESTO, Paulo. Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun., 2005, p. 7. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 set. 2022.

unilateralidade na formação dos atos administrativos; e às práticas consensuais.²³ Diante desse cenário, Vivian Lópes Valle²⁴ foi assertiva ao sustentar que “o Direito Administrativo não pode mais representar a colisão entre interesses públicos e privados, mas dever consolidar um direito de distribuição de interesses privados perante a Administração Pública”.

Como consequência, a gestão pública imperativa foi se articulando com outra forma de atuação. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁵, o modelo de administração impositiva não se preocupava com o resultado concreto da ação, mas somente com a sua aptidão em abstrato.

À vista disso, as estruturas tradicionais se revelaram morosas e inadequados para superar os desafios imputados ao Estado.²⁶ O professor Vasco Pereira da Silva²⁷ corrobora com esse entendimento e enfatiza que o ato autoritário deixou de ser um instrumento flexível e adequado para a solucionar os desafios da sociedade moderna.

Passou a vigorar a ideia de que a atuação administrativa deveria ser eficiente e voltada para o caso concreto. Destarte, a doutrina nacional iniciou um debate sobre a necessidade de transformar o direito administrativo e superar esse modelo problemático.

Para uma parte considerável dos juristas, uma possível solução seria começar a ouvir o cidadão.²⁸⁻²⁹ Essa ideia estava diretamente relacionada às experiências bem-sucedidas da Europa, que já trouxeram há anos a utilização da consensualidade na condução da coisa pública. Aliás, países como a Itália e a Espanha já tinham feito reformas administrativas e contemplavam autorizações genéricas para a Administração Pública acordar com os administrados.

²³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 230.

²⁴ LÓPEZ VALLE, Vivian Cristina Lima. O acordo administrativo entre o Direito Público e o Direito Privado: emergência de uma racionalidade jurídico normativa público-privada? In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 63-90.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. p. 141.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública Pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 131-150, jan./mar 2002. p.137.

²⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 71.

²⁸ MEDAUAR, Odete. A **processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

²⁹ CORREIA, J. M. Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 353.

Na Itália, a Lei n.º 241/90 autorizou a Administração Pública a celebrar acordos para estabelecer o conteúdo discricionário do ato final ou substituí-lo, desde que o interesse público fosse atendido e não houvesse prejuízo a terceiros.³⁰ Na visão de Pierpaolo Grauso³¹, a privatização da atuação administrativa decorreu de uma escolha técnica e cultural, uma vez que os acordos poderiam ser mais eficientes para satisfazer o interesse público e incentivariam a relação de paridade entre a Administração Pública e os particulares.

Na Espanha, a Lei n.º 30/92 disciplinou a possibilidade de terminação convencional do processo administrativo, em tentativa de superar algumas mazelas na condução da coisa pública.³² Luciano Parejo Alfonso³³ destaca que essa previsão legal tem grande valia por inserir a atividade consensual ao lado da atividade administrativa típica.

Nesse contexto, no final da década de 1990 e no início dos anos 2000, a participação popular se tornou essencial para o funcionamento do Estado brasileiro e as ideias de paridade e de consenso ganharam destaque como alternativas para reprogramar o direito administrativo brasileiro. Um dos precursores dessa tese foi Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que escreveu um artigo sobre os novos institutos consensuais da ação administrativa no ano de 2003.³⁴

2.1.1 A Administração Pública paritária

A palavra “paritária” advém do termo “paridade”, que é definido pelo Dicionário Michaelis como “qualidade ou característica do que é par ou igual”.³⁵ Importando esse conceito para o Direito Administrativo, a paridade se insere na forma de gerir a máquina pública e apresenta uma importante consequência: a condição de igualdade

³⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual**: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2010. p. 117.

³¹ GRAUSO, Pierpaolo. **Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati**. Milão: Giuffrè, 2007, p. 4-5.

³² ENTERRÍA, Eduardo García de; FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 9. ed., vol. II. Madrid: Civitas, 2004. p. 520.

³³ ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficácia y Administración**. Tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995. p.157.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003, p. 145.

³⁵ MICHAELIS. **Paridade**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/paridade>. Acesso em: 10 set. 2022.

na relação entre a Administração Pública e o particular.

Essa igualdade, no entanto, não é de ordem jurídico-material, mas corresponde à idêntica subordinação à lei. Em outros termos, a relação de paridade não implica a situação de equilíbrio entre as partes, mas a sujeição de ambas aos princípios e regras do ordenamento jurídico.

A propósito, a Constituição Federal de 1988 já afasta a ideia de estrita subordinação do cidadão ao Estado e os apresenta como titulares de direitos e deveres recíprocos. Como exemplo, o artigo 5º, *caput*, da CF/88, prevê expressamente que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Logo, o atual modelo constitucional insere o Estado e o cidadão em um mesmo círculo jurídico, cujos direitos e obrigações não se sobrepõem.³⁶ Baptista Machado³⁷ pontua que o Estado que procura resolver os problemas sociais e fomentar o bem-estar não é o Estado-Soberano, mas o Estado-Parceiro.

Essa constatação não implica a ignorância da atuação unilateral do Estado nos casos autorizados por lei. Fábio Medina Osório³⁸ bem destaca que, apesar da abertura do Direito Administrativo ao diálogo, deve-se reconhecer a impossibilidade de “abdicar dos instrumentos de coerção e repressão” para funcionamento da Administração Pública. Justino de Oliveira³⁹ compartilha dessa ideia e salienta que o crescimento da administração consensual não acarreta a abolição da administração impositiva.

Inclusive, o próprio ato administrativo unilateral pode ser resultado do consenso das partes ou então ser imprescindível para atingir o interesse público no caso concreto.⁴⁰ Sobre esse tema, Pedro Machete reflete que não se pode mais sustentar a existência de uma relação geral que posicione o Poder Público acima dos particulares e legitime o ato administrativo como uma decisão estritamente

³⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; Barros Filho, Wilson Accioli de. Inquérito Civil e Acordo Administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 96.

³⁷ MASUCCI, Alfonso. **Transformazione dell'Amministrazione e Moduli Convenzionali: Il Contratto di Diritto Pubblico**. Napoli: Jovene, 1988. p. 14.

³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 24.

³⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008. p. 244.

⁴⁰ GONÇALVES, Pedro. **O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Almedina: Coimbra, 2003. p. 19.

autoritária.⁴¹

Para o autor, o ato impositivo não acarreta necessariamente uma relação de domínio e essa correlação caracteriza um sofisma. Fazendo referência à Joachim Schmidt-Salzer, Machete⁴² ainda esclarece que a determinação unilateral de consequências jurídicas não reflete uma “supra-ordenação” de quem determina, mas uma faculdade concedida pela ordem jurídica em razão da não sujeição ao mecanismo de prévia concordância.

Portanto, o ato administrativo tomou novos contornos e não mais coloca o particular em uma relação de inferioridade ou subordinação à Administração Pública. Na ordem atual, ambos estão em situação de paridade na aplicação do direito público e há a coexistência da unilateralidade e do consenso, dentro da baliza legal.

2.1.2 A Administração Pública consensual

Como visto, a atuação impositiva não é o único instrumento à disposição da Administração Pública. A concepção de que a atuação administrativa se faz exclusivamente por meio de ações unilaterais e independe das consequências práticas restou ultrapassada.⁴³

A Administração Pública pode agir de diversas maneiras para satisfazer o interesse público, sendo uma delas por meio de ferramentas consensuais.⁴⁴ Aliás, o novo modelo de governança pública exige uma orientação endereçada ao caso concreto e que proporcione resultados positivos à sociedade.⁴⁵

O exercício administrativo deve se pautar em práticas que foquem nos resultados, prestigiando os ideais de continuidade, eficiência, informalidade, agilidade

⁴¹ MACHETE, Pedro. **Estado de direito democrático e administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 479.

⁴² MACHETE, Pedro. **Estado de direito democrático e administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 479.

⁴³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Conceito do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 74, p. 33-44, jun. 1963. p. 38.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 35-62.

⁴⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro et al. (Coords.). **Justiça federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 166-167.

e relação custo-benefício.⁴⁶ Assim, a administração adequada requer a adoção das melhores soluções técnicas e financeiras, sob pena de frustrar a perseguição do interesse público.⁴⁷

Nesse cenário, o consenso se caracteriza como uma ótima solução à Administração Pública, uma vez que possibilita a colaboração do cidadão para a prática do ato administrativo.⁴⁸ Egon Bockmann Moreira e Ana Lucia Pretto Pereira⁴⁹ sustentam que o atingimento do interesse público exige que a Administração utilize instrumentos de colaboração, cooperação ou negociação.

Esse modo de agir apresenta inúmeras virtudes e agrega atributos para uma sociedade mais eficiente e organizada. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰, trata-se de uma importante renovação que:

[...] contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a menção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e concedente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Além disso, a ação administrativa consensual permite a melhor identificação dos problemas, a criação de soluções mais eficientes e a redução dos custos de transação.⁵¹⁻⁵² Alexandre Santos Aragão⁵³ ensina que a instrumentalização do Direito Administrativo às finalidades constitucionais e legais enseja a preferencial utilização

⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. BH: Fórum, 2008. p. 87-93.

⁴⁷ AROSO DE ALMEIDA, Mario. Princípio da legalidade e boa administração: dificuldades e desafios. In: **Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 33-75.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

⁴⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A segurança jurídica na Administração Pública: breves notas sobre a Lei n.º 13.655, de 20 de abril de 2018. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro. Edição Especial de Infraestrutura. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=a-seguranca-juridica-na-administracao-publica-breves-notas-sobre-a-lei-n-o-13-655-de-20-de-abril-de-2018&HTML>. Acesso em: 23 maio 2022. p. 11-12.

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 3, Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 43.

⁵¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 89-141.

⁵² SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. **La teoria general del derecho administrativo como sistema**. Madrid, Barcelona: INAP, Marcial Pons, 2003, p. 115-117.

⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos. A Consensualidade no Direito Administrativo: acordo regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Direito do Estado**, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar., 2006, p. 157.

do consenso, uma vez que a sua adoção é mais eficiente do que uma medida unilateral e coercitiva.

Portanto, a atuação consensual coloca os particulares como os verdadeiros interlocutores na criação do direito aplicável e possibilita o exercício da “boa administração”.⁵⁴ Daniel Wunder Hachem⁵⁵ vai além e reputa que as soluções consensuais fazem parte do direito fundamental à tutela administrativa efetiva, pois reduzem custos e permitem resultados satisfatórios às partes.

Em razão desses atributos e qualidades, é dever da Administração Pública empregar ferramentas consensuais para promover o diálogo entre as partes e a solução adequada de controvérsias. Com essa inteligência, a paridade e o consenso se tornaram elementos essenciais para que o Estado funcione e exerça uma posição de liderança perante os administrados.

2.2 A POSITIVAÇÃO DA CONSENSUALIDADE

A Administração Pública consensual é aquela que guia a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade.⁵⁶ Ou seja: é a que prestigia a técnica da consensualidade para a gestão da coisa pública.⁵⁷ Segundo Maria João Estorninho⁵⁸, trata-se de uma nova forma de administração, na qual o acordo substitui os tradicionais atos unilaterais de autoridade e se apresenta como uma verdadeira alternativa ao administrador.

No entanto, a consensualidade não possui um significado único. Juliana Bonacorsi de Palma⁵⁹ ressalta que essa técnica “pressupõe flexibilidade, atipicidade e fórmulas criativas que permitam o melhor endereçamento de um caso concreto, atributos esses antípodas a uma definição taxativa”. Em tentativa de elaborar uma

⁵⁴ MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa**: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 89-141.

⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**. Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, 2014. p. 261-320.

⁵⁶ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 272.

⁵⁷ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 273.

⁵⁸ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Almeida: Coimbra, 2009, p. 44.

⁵⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro et al. (Coords.). **Justiça federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 147-148.

classificação sistemática, a autora propõe 4 (quatro) diferentes entendimentos para este termo técnico-jurídico: a consensualidade em (i) sentido amplíssimo; (ii) sentido amplo; (iii) sentido estrito; e (iv) sentido restritíssimo.⁶⁰

Em sentido amplíssimo, a consensualidade corresponde a qualquer forma de intervenção particular na Administração Pública, abarcando todos os instrumentos de diálogo entre o setor público e o setor privado, ainda que a decisão final seja formalizada em um ato administrativo unilateral.

A consensualidade em sentido amplo é entendida como qualquer acordo de vontade envolvendo a Administração Pública, excluindo dessa compreensão apenas os instrumentos de promoção do diálogo com os administrados. Por sua vez, em sentido estrito, a consensualidade representa o acordo de vontade celebrado no âmbito administrativo, de modo a excluir as transações que se efetivam em outras esferas (como a judicial, por exemplo).

Por fim, a consensualidade em sentido restritíssimo diz respeito à concertação administrativa, em que há a negociação da prerrogativa autoritária da Administração Pública para impor unilateralmente suas decisões. Apesar das diferentes concepções, resta evidente que a ordem jurídica contempla diferentes instrumentos consensuais para melhor atender a realidade e satisfazer o interesse público.

A título exemplificativo, os contratos administrativos, os termos de ajustamento de condutas, os acordos administrativos, os acordos governamentais, os contratos de gestão, as transações judiciais e os meios de resolução extrajudicial de conflitos. O que há de comum, é que todos esses representam a consensualidade e prestigiam as estratégias de convencimento e persuasão para sua celebração. Eurico Bitencourt Neto⁶¹ afirma que a consensualidade é tributária do princípio democrático, pois viabiliza processos de discussão e persuasão para a condução da coisa pública. No mesmo sentido, é o posicionamento de Enzo Roppo.⁶²

Em consequência, a lógica da autoridade, imposição e unilateralidade foi

⁶⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro et al. (Coords.). **Justiça federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 148-154.

⁶¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 191-207.

⁶² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 347

substituída pela lógica do consenso, da negociação e da multilateralidade.⁶³ A propósito, a consensualidade passou a ser vista como uma condição essencial para que o Estado funcione e exerça uma posição de liderança.⁶⁴ O entendimento que passou a vigorar é que “mandar não basta, é preciso convencer e fazer convergir as vontades”.⁶⁵

Diante desse cenário, o Estado se movimenta no sentido de positivar a nova atuação administrativa por meio de sucessivas reformas legislativas. Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Razzini⁶⁶ sustentam que há um engajamento contínuo do Poder Público para realizar mudanças legislativas e facilitar a aderência a essa nova ordem conciliatória.

Para Ada Pellegrini Grinover⁶⁷, criou-se um minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos. Hoje, passados alguns anos desse escrito, afirma-se que existe um macrossistema de soluções autocompositivas, tendo em vista a positivação de soluções consensuais no direito processual civil, no direito penal, no direito administrativo, no direito tributário, no direito trabalhista, etc.

Isto é, o legislador contemplou a possibilidade de utilizar instrumentos consensuais nas mais diferentes áreas do Direito, inclusive naquelas em que havia forte resistência. Para se limitar a poucos diplomas, faz-se pertinente mencionar os reflexos da consensualidade no Código de Processo Civil (CPC)⁶⁸, na Lei de

⁶³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, António Júdice et al. (Coords). **Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103-113.

⁶⁴ SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid, Barcelona: INAP, Marcial Pons, 2003. p. 115-117.

⁶⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 463.

⁶⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; RAZZINI, Felipe. Em busca da desjudicialização dos litígios públicos. In: **Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/oliveira-razzini-buscadesjudicializacao-litigios-publicos>. Acesso em: 29 jun. 2021.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Minissistema Brasileiro de Justiça Consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Revista Publicações da Escola da AGU**, Belo Horizonte, v. 8, n. 01, p. 15-36, jan./mar. 2016, p. 16.

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

Mediação⁶⁹, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷⁰ e na Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil.⁷¹

2.2.1 O Código de Processo Civil

A publicação da Lei n.º 13.105/2015 foi de suma importância para a promoção do diálogo e da consensualidade no direito brasileiro. Esse diploma abriu caminhos para promover a desjudicialização dos conflitos e a consensualidade na administração da justiça brasileira.⁷²

Essa nova tônica é verificada em diversos dispositivos da lei. O artigo 3º, por exemplo, estabelece que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (§2º) e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público” (§3º).

O artigo 6º acrescenta que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Em sua dissertação de Mestrado, Luzardo Faria⁷³ ainda destaca que:

Outra emblemática nota decorrente do modelo cooperativo de processo adotado pelo CPC são os inúmeros negócios processuais típicos previstos na legislação processual civil. A possibilidade de eleição negocial do foro (art. 63), de manutenção do processo em juízo relativamente incompetente (art. 65), de escolha consensual do mediador/conciliador (art. 168) e do perito (art. 471), de conformação do calendário processual (art. 191), de formalização de acordo para suspensão do processo (art. 313, II), de saneamento consensual

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

⁷¹ BRASIL. **Decreto nº 10.531, de 26 de outubro de 2020**. Institui a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

⁷² OLIVEIRA, Gustavo Justino de; Gonçalves, Claudio Cairo. Justiça Multiportas, Desjudicialização e Negociação na Administração Pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil. In: WATANABE, kazuo et al. (Coord.). **Desjudicialização, Justiça conciliativa e poder público**. São Paulo: RT, 2021, p. 152.

⁷³ FARIA, Luzardo. **O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e a Consensualidade no Direito Administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, 2019. p. 252-253.

do feito (art. 357, §2º) e de convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º) são alguns exemplos disso.

A normativa ainda estimula a solução consensual de conflitos por meio da conciliação e mediação. O artigo 174 do Código de Processo Civil determinou a criação de câmaras de mediação e conciliação pela Administração Pública e o artigo 334 da mesma lei previu a necessidade de uma audiência prévia de conciliação ou mediação antes da apresentação da contestação.

E mais: o artigo 190 do CPC enfrentou um tema controverso e consolidou a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais e ajustarem o procedimento às especificidades da causa. Ou seja, as partes estão autorizadas a convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Leonardo Carneiro da Cunha⁷⁴ assinala que os negócios jurídicos processuais caracterizam mais uma tentativa “de flexibilização e de adaptação procedimental, adequando o processo à realidade do caso submetido à análise judicial”. Nesse sentido, Mirna Cianci e Bruno Megna⁷⁵ ressaltam que os negócios jurídicos processuais “correm na esteira da consensualidade”, uma vez que tem por função viabilizar a participação das partes e substituir regras impositivas por acordos que representam o interesse mútuo.

Portanto, o atual Código de Processo Civil rompeu com a legislação anterior e adotou um viés cooperativo do processo. Trata-se de uma importante viragem paradigmática que prestigiou a consensualidade para a resolução de conflitos.

2.2.2 A Lei de Mediação

A mediação foi regulamentada pela Lei n.º 13.140/2015 e reforçou a importância das soluções não adversariais no direito brasileiro. Como bem destaca Roberta Rangel: “a epidemia da judicialização que avassala o Brasil, impõe, não só o debate, mas o estímulo à adoção de métodos extrajudiciais de solução de

⁷⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 71.

⁷⁵ CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 651-652.

controvérsias”.⁷⁶

O artigo 1º, parágrafo único, da referida lei define esse instrumento como a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. No entendimento de Fernanda Tartuce, a mediação é a atividade de facilitação da comunicação entre as partes para propiciar que estas visualizem melhor a situação controvertida e protagonizem uma solução amigável.⁷⁷

As suas principais vantagens são a “economia de tempo, confidencialidade, facilitação para a compreensão dos sentimentos e emoções como parte do processo, flexibilidades do procedimento e perspectiva de se evitar novos conflitos”.⁷⁸ Ademais, o gozo destes benefícios não é endereçado exclusivamente aos particulares e a mediação também deve ser aplicada no âmbito da administração pública (art. 1º).

O artigo 3º ainda prevê que a mediação pode versar sobre “direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Nesse cenário, Leila Cuéllar e Egon Bockmann Moreira sustentam que a mediação tem a capacidade de aproximar as partes e gerar resultados compatíveis com as diretrizes constitucionais, inclusive com os princípios que norteiam a atividade administrativa.⁷⁹

Portanto, a Lei de Mediação deu um largo passo no sentido da consensualidade e incentivou a sua utilização pela Administração Pública, inclusive com a previsão expressa em legislações específicas posteriores. Na lição do Ministro Luís Felipe Salomão⁸⁰, as soluções extrajudiciais, dentre as quais se insere mediação, representam o avanço do processo civilizatório da humanidade e caracterizam mecanismos eficientes de pacificação social.

Diante desse cenário, fica evidente que o Estado adotou um sistema de justiça

⁷⁶ RANGEL, Roberta Maria. As Regras da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) para a Administração Pública. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁷⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 208.

⁷⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 72.

⁷⁹ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Administração Pública e mediação: notas fundamentais**. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%2C%20leila%3B%20moreira%2C%20egon%20bockmann%20-

[%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%2C%20leila%3B%20moreira%2C%20egon%20bockmann%20-administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf)

f. Acesso em: 15 set. 2022.

⁸⁰ SALOMÃO, Luís Felipe. O marco regulatório para a mediação no Brasil. In: **Justiça e Cidadania**, 2015. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-marco-regulatorio-para-a-mediacao-no-brasil/>. Acesso em: 16 set. 2022.

multiportas, em que o Poder Judiciário se caracteriza como uma alternativa aos demais meios adequados de resolução de conflitos. Assim, o acesso à justiça passou a ser entendido como acesso à tutela do direito e a justiça estatal passou a ser considerada a última *ratio* para os casos em que o diálogo não se faz viável.⁸¹

2.2.3 A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi, quiçá, o avanço mais importante para consolidar o consenso como instrumento eficiente para a atuação administrativa. A Lei Federal n.º 13.655/2018 acrescentou os artigos 20 a 30 à LINDB e estabeleceu normas sobre segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público.

Dentre os ajustes feitos, o artigo 26 prevê expressamente a possibilidade de a Administração Pública celebrar compromissos com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença.

Os Professores Sérgio Guerra e Juliana Palma⁸² ressaltam que normas esparsas já tratavam sobre a consensualidade administrativa envolvendo a celebração de acordos substitutivos da sanção e demais compromissos de ajustamento de comportamento. De todo modo, a previsão na LINDB possui relevância especial por se tratar de uma norma de “sobredireito” para orientar todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Pedro de Menezes Niebuhr⁸³ destaca que a normativa “resolve um problema, caro à doutrina administrativista, consistente na necessidade de lei autorizativa para permitir acordos substitutivos de sanção”. Portanto, passou a ser reconhecido que as soluções consensuais podem ser o mecanismo mais adequado para determinadas situações que envolvam a atuação administrativa.

Adverte-se que o referido artigo utiliza o termo “poderá celebrar compromisso”,

⁸¹ DIDIER JR., Fredie. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: (Coord. geral). **Justiça multiportas**. Salvador: JusPodium, 2017.

⁸² GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **RDA**, ed. especial LINDB, nov. 2018. p. 135-169.

⁸³ NIEBUHR, Pedro de Menezes. Para além do controle repressivo da Administração Pública. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico; MOTTA, Fabricio. (Org.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988: um diálogo luso-brasileiro**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2018. p. 201.

de maneira a não criar um dever expresso, mas uma margem de discricionariedade para o agente público. Essa discricionariedade não significa que a Administração possui uma análise puramente subjetiva para celebração dos compromissos. Muito pelo contrário, o agente público deve considerar todas as opções possíveis e optar pelo acordo quando este se mostrar a melhor escolha no caso concreto.⁸⁴

Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo Schiefler⁸⁵ descrevem que a autoridade pública precisa considerar as alternativas disponíveis, por meio de um método comparativo consequencialista, para analisar as consequências práticas de negociar ou não um acordo.

Isto é, em um juízo prévio de conveniência e oportunidade, cabe ao gestor público analisar e motivar a necessidade, a adequação e as consequências práticas da celebração de um compromisso, em observância aos artigos 20 e 21 da LINDB. Para orientar essa tomada de decisão, Rafael Schwind⁸⁶ sugere a observância de alguns critérios, a destacar: a isonomia; a avaliação das alternativas possíveis; a avaliação das consequências jurídicas e administrativas de eventual invalidação da situação; a proporcionalidade e a razoabilidade; e a questão econômica subjacente.

Portanto, a nova LINDB apresentou um permissivo genérico para a celebração de acordos e contribuiu de forma expressiva para a consolidação do consensualismo no direito administrativo brasileiro.

2.2.4 A Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031

O avanço da consensualidade no direito brasileiro não encerrou com as legislações acima mencionadas. O consenso também faz parte da pauta futura do país, conforme previsto pelo decreto que instituiu a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031 (n.º 10.531/2020).

O referido decreto tem como objetivo definir a visão de longo prazo para a

⁸⁴ NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. Bologna: Il Mulino, 2014.

⁸⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo. Diretos do particular no processo de negociação dos acordos administrativos. In: **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-22/publico-pragmatico-direitos-particular-processo-negociacao-acordos-administrativos>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁸⁶ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 157-176.

atuação estável e coerente dos órgãos e das entidades da administração pública federal. Dentre os eixos de estratégia, há menção aos eixos econômico, institucional, infraestrutura, ambiental e social.

No que tange ao eixo institucional, há previsão expressa do objetivo de aprimoramento da governança pública, com foco na entrega efetiva de serviços ao cidadão e na melhoria do ambiente de negócios. Para tanto, orienta-se a incorporação de práticas pautadas na análise de eficácia e efetividade, desburocratização, transparência, qualificação das agências reguladoras e de dirigentes públicos, bem como fortalecer os instrumentos de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública

Além disso, o eixo social visa a promover o bem-estar, a família, a cidadania e a inclusão social, focando na igualdade de oportunidade e no acesso a serviços públicos de qualidade. Nesse viés, dentre as diversas orientações, destaca-se a colaboração para o aumento da eficiência e a democratização do acesso ao sistema de justiça, bem como o fomento aos sistemas de resolução de conflitos extrajudiciais.

Desse modo, é visível que o Brasil não pretende estagnar a agenda da consensualidade e visa a fortalecer ainda mais os instrumentos dialógicos para solução de conflitos no âmbito da administração pública.

2.3 A NEGOCIAÇÃO NOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

A nova ordem jurídica-administrativa se consolidou como consensual e passou a exigir a celebração de compromissos para o exercício das funções públicas.⁸⁷ No entanto, a formalização de um acordo, por si só, não proporciona necessariamente os atributos essenciais de segurança, estabilidade, previsibilidade, economicidade e celeridade às partes. Há um elemento complementar que deve ser observado em todo e qualquer compromisso: a negociação efetiva entre a Administração Pública e o particular.

Em um primeiro momento, parece óbvio mencionar que o acordo administrativo deve observar os direitos das partes e refletir o consenso obtido através de um

⁸⁷ SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). **Estudos de contratação pública** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 916.

processo de negociação.⁸⁸ Aliás, qualquer compromisso é (ou deveria ser) resultado da autonomia da vontade das partes.

Nas palavras de Gustavo Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho⁸⁹, o acordo é a deliberação conjunta de interesses para atingir um objetivo comum e só pode ser obtido por meio do processo de negociação. No entanto, a prática evidencia que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não confere o tratamento adequado para esta etapa.⁹⁰

Justino de Oliveira e Barros Filho⁹¹ compartilham dessa crítica e a exemplificam com o atual regime do Inquérito Civil Público, em que o acordo é assinado sem que uma das partes tenha apresentado sua visão sobre o objeto do ajuste. Nesse e em outros casos, a Administração Pública acaba por utilizar de suas prerrogativas para reforçar a posição de supremacia e maximizar seus benefícios. Assim, a desvantagem negocial existente entre o particular e a autoridade pública enseja a celebração de “acordos unilaterais”, em que não se observa o diálogo e o princípio do contraditório.

Trata-se do sistema *take or leave it*. A Administração Pública propõe os termos do acordo e resta ao particular assiná-lo ou não. Essa característica possibilita o efeito torção de braço (*arm-twisting*) – expressão cunhada por Lars Noah para se referir à persuasão utilizada em situações de desigualdade entre as partes.⁹² Esse método tem por base a ameaça de o agente público atribuir um ônus excessivo ao particular caso este não aceite as condições impostas.

Nessas condições, o ajuste decorre do medo de o particular ser prejudicado e

⁸⁸ SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). **Estudos de contratação pública** – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 93.

⁸⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; Barros Filho, Wilson Accioli de. Inquérito Civil e Acordo Administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 92.

⁹⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRIATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 15.

⁹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; Barros Filho, Wilson Accioli de. Inquérito Civil e Acordo Administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 99.

⁹² NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations of authority. **Wisconsin Law Review**, 1977, p. 873-941.

não do consenso efetivo entre as partes. Por essa e outras razões, Owen Fiss⁹³ chegou a sustentar que o consentimento é frequentemente coagido e que o desequilíbrio de poder pode limitar os benefícios do acordo.

Ademais, vale lembrar que em diversos casos a assinatura do acordo é um pressuposto para as empresas se recuperarem economicamente, pois a grande maioria dos celebrantes tem os contratos públicos como a principal fonte de renda. Assim, em matéria de atos envolvendo corrupção, por exemplo, se a empresa não o celebrar, ficará impossibilitada de participar de licitações e firmar outros contratos.

No entanto, a ausência de negociação compromete a legitimidade que se espera de uma solução consensual e aumenta a chance de descumprimento da avença, uma vez que um dos participantes não acreditará que seus interesses estão refletidos no compromisso.⁹⁴ Nesse sentido, é fundamental que a Administração Pública prestigie a etapa de negociação com o particular.

2.3.1 A importância da negociação no cenário pré-acordo

A negociação exige o deslocamento das partes de suas posições originárias para posições de interesses mútuos.⁹⁵ Carrie Menkel-Meadow⁹⁶ bem ensina que os negociantes sempre terão posições conflitantes, mas também compartilharão de alguns pontos em comum – dos quais deverão partir as soluções.

Desse modo, a negociação configura um processo prévio de transformação daquilo que afasta as partes para aquilo que as aproxima.⁹⁷ Segundo Cristiano de Sousa Zanetti⁹⁸, essa etapa inicial se divide em dois momentos. No primeiro, as partes fazem simples contatos para começar os diálogos, sem que tenham certeza do que pretendem formalizar. Na visão do autor, esse período confere a possibilidade de as

⁹³ FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, p. 1073-1090, 1984. p. 1075. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁹⁴ HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: a cure for malaise. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982, p. 22.

⁹⁵ CARVALHAL, Eugenio do et al. **Negociação e administração de conflitos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 45-46.

⁹⁶ MENKEL-MEADOW, Carrie. The Limits of Adversarial Ethics. In: RHODE, Deborah L. (ed.). **Ethics in Practice: Lawyer's Roles, Responsibilities, and Regulation**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 133.

⁹⁷ CARVALHAL, Eugenio do. et al. **Negociação e administração de conflitos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 57.

⁹⁸ ZANETTI, C.S. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 8.

partes verificarem a conveniência do acordo e iniciarem a conciliação de interesses.⁹⁹

No segundo momento, o diálogo já está mais avançado e as partes passam a praticar atos com consequências jurídicas obrigacionais, como a oferta e a eventual aceitação de uma proposta. Wanderley Fernandes¹⁰⁰ ressalta que a realização de atos com efeitos jurídicos é uma técnica negocial que serve para determinar as regras que as partes devem seguir durante as negociações e estabelecer as condições que poderão vir a integrar o compromisso.

Aliás, é comum que as partes formalizem as balizas da negociação em um documento formal e solene, conhecido como carta de intenções ou memorando de entendimentos. De acordo com Maristela Basso, esse documento pode versar sobre diferentes aspectos da negociação, tais como regras procedimentais, pontos de interesse comum, repartição de despesas, exclusividade na negociação, limites temporais, condições suspensivas, entre outras.¹⁰¹

Portanto, a negociação compõe uma fase essencial para que os envolvidos discutam sobre os interesses conflitantes e formalizem as garantias necessárias para o cumprimento do acordo. No que tange aos acordos administrativos, a observância da etapa negociação é essencial para que o acordo represente os interesses mútuos, sob pena do resultado final reafirmar a supremacia do Estado sob o manto da consensualidade.

Um possível caminho a ser trilhado para que a negociação seja observada de forma satisfatória, é a processualização da atuação administrativa. Humberto Ávila¹⁰² ensina que o processo “é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade”.

Juliana Palma acrescenta que a vontade da Administração Pública passou a ser vista como uma vontade processualizada que se subordina às regras formais do processo administrativo.¹⁰³ Aliás, o devido processo legal, o contraditório e a ampla

⁹⁹ ZANETTI, C.S. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 8.

¹⁰⁰ FERNANDES, Wanderley. O Processo de Formação do Contrato. In: FERNANDES, W (Org.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 242.

¹⁰¹ BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. **Doutrina Civil** – Primeira Seção. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 88, v. 769, nov. 1999.

¹⁰² ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 50-59, set. 2018. p. 54.

¹⁰³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 73.

defesa estão previstos no art. 5º da Constituição Federal e devem ser observados em todas as soluções adotadas pela Administração Pública.

Na visão de Palma, o respeito ao devido processo legal pressupõe a observância dos deveres de contraditório, ampla defesa, motivação e publicidade.¹⁰⁴ Na mesma direção, Egon Bockmann Moreira¹⁰⁵ assinala que o princípio do contraditório não é mera exigência formal, mas carrega o dever administrativo de apreciação de todas as manifestações produzidas pelas partes.

Logo, nos acordos administrativos, esses deveres são assegurados por meio da faculdade para que o particular apresente propostas de acordos ou contrapropostas aos modelos redigidos pelas autoridades públicas.¹⁰⁶ Nesse contexto, a grande valia do processo é estimular a transparência e a participação entre os interessados, de modo que dialoguem abertamente sobre os aspectos em conflito e construam conjuntamente o resultado pretendido.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

Com efeito, a observância da etapa dialógica proporciona a troca voluntária de informações e a consequente criação da melhor solução possível para o caso concreto. Trata-se de uma efetiva negociação colaborativa, em que as partes têm a oportunidade de ponderar interesses, criar uma relação de confiança recíproca e construir um acordo compatível com realidade fática.

Respeitados estes parâmetros, acredita-se que o foco do compromisso deixará de ser as vantagens que o Poder Público poderá conseguir e passará a ser a satisfação do interesse público através do benefício mútuo das partes.

2.3.2 A importância da negociação no cenário pós-acordo

Diante das inúmeras qualidades das soluções consensuais, entende-se que essa não deve se esgotar na fase anterior ao acordo. Muito pelo contrário, o diálogo

¹⁰⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRIATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11-26.

¹⁰⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 312.

¹⁰⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 23.

¹⁰⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006. p. 46.

¹⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 80.

e a paridade devem permanecer durante a execução das obrigações pactuadas. Entretanto, não é isso que se identifica na maioria dos casos.

Tomando como exemplo os acordos de leniência anticorrupção, que serão aprofundados no tópico abaixo, verifica-se que boa parte deles contemplam obrigações de execução diferida, em prazo superior a 20 anos, notadamente no que diz respeito ao pagamento da multa e à reparação dos danos.

Assim, o cumprimento das obrigações está sujeito a eventos supervenientes alheios à vontade das partes, que podem alterar as condições originalmente firmadas e exigir a repactuação da avença. Entretanto, a maioria desses compromissos não prestigia a lógica negocial e o descumprimento de alguma das obrigações enseja a imediata rescisão da avença.

E mais: o ordenamento jurídico brasileiro não contempla previsões legais para incentivar a manutenção do diálogo no cenário pós-acordo. Desse modo, enquanto não houver uma adequação legislativa, caberá às partes adotar cláusulas nesse sentido. Essa linha de raciocínio já encontra amparo na doutrina. Thiago Marrara¹⁰⁹, ao tratar do direito da concorrência, ressalta que os acordos devem contemplar o direito de revisão. Na mesma direção, Justino de Oliveira e Barros Filho¹¹⁰ destacam que os acordos administrativos devem contemplar cláusulas de reserva de consensualidade, a fim de vincular o inadimplemento das partes às soluções jurídicas negociais.

Há ainda que se falar da possibilidade de incluir cláusulas de renegociação dos termos acordados após a ocorrência de eventos supervenientes que alterem as circunstâncias originalmente pactuadas.¹¹¹⁻¹¹² Trata-se de dispositivo destinado à manutenção e à longevidade da avença, devendo as partes acordar sobre os elementos essenciais para a readaptação do compromisso. Ou seja, viabiliza-se a previsão antecipada de como reestabelecer a corresponsabilidade das obrigações após

¹⁰⁹ MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 293- 329.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; Barros Filho, Wilson Accioli de. Inquérito Civil e Acordo Administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020. p. 123.

¹¹¹ SORNARAJAH, M. Supremacy of the renegotiation clause in international contracts. **Journal of International Arbitration**, v.5, n.2, 1988, p. 106.

¹¹² FABRE, Regis. Les clauses d'adaptation dans les contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1983, p. 1-30.

a ocorrência de eventos futuros.¹¹³

Justino de Oliveira e Barros Filho¹¹⁴ atribuem o nome de “cláusula de segurança” e ressaltam a importância de disciplinar o caminho a ser percorrido pelas partes no caso de descumprimento do acordo. Soluções como essas geram previsibilidade e estabilidade às partes, garantindo eficiência e segurança jurídica ao compromisso ajustado.

Aliás, a previsão antecipada de como eventuais litígios serão renegociados certamente reduzirá o tempo despendido e os custos de transação. Vale dizer: se um compromisso foi celebrado por meio do diálogo, por que não privilegiar essa mesma via para solucionar conflitos surgidos durante a execução das obrigações?

Se o devido processo legal foi observado na fase de negociação, pode-se presumir que o acordo foi estabelecido em uma relação de confiança mútua e reflete o interesse comum das partes. Portanto, o caminho do diálogo já estaria aberto para que as partes exponham suas razões e tentem renegociar as bases originalmente acordadas.

¹¹³ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2010. p. 20.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; Barros Filho, Wilson Accioli de. Inquérito Civil e Acordo Administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 120-121.

3 O ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO

O terceiro capítulo desta dissertação tem por foco estudar as características do acordo de leniência anticorrupção. Esse instituto está inserido em uma norma jurídica complexa que aperfeiçoou o sistema de combate à corrupção no Brasil: a Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013).

A referida legislação foi publicada em um cenário de pressão da comunidade internacional e inovou no ordenamento jurídico ao estabelecer a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, fixar penalidades administrativas severas para quem praticar atos contra a Administração Pública e autorizar a celebração de acordo de leniência.

Essa solução consensual chamou a atenção após as repercussões da Operação Lava Jato, em que a Administração Pública se valeu de acordos de leniência para reforçar as investigações e viabilizar a reparação dos danos causados. No entanto, a leniência ainda possui desafios a serem superados para proporcionar os benefícios que os celebrantes esperam. Um desses obstáculos diz respeito à conservação do acordo de leniência no tempo, em razão de os acordos contemplarem obrigações de execução diferida e estarem sujeitos aos eventos extraordinários do futuro.

Diante desse contexto, é necessário aprofundar o estudo sobre esse instrumento em seus aspectos teóricos e práticos. Assim, o tópico 3.1. tem por objeto avaliar a origem da Lei Anticorrupção e os seus enfoques legais; o tópico 3.2. visa a entender os aspectos teóricos e práticos do acordo de leniência anticorrupção e analisar alguns compromissos já celebrados pela Controladoria-Geral da União; e por último, o tópico 3.3. pretende pontuar o desafio a ser superado para a conservação do acordo no tempo, a partir das suas características e das condições atualmente ajustadas pelas autoridades públicas.

3.1 A LEI ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL

A corrupção é um fenômeno social, político e econômico que afeta todos os países do mundo. Os registros históricos relacionam a corrupção sempre a um dano, mas a sua conceituação depende do contexto em que o fato está inserido. Salomão

Ribas Júnior¹¹⁵ adverte que a corrupção pode ser caracterizada sob diferentes perspectivas, a exemplo da corrupção conforme o dicionário, a lei penal, o aspecto sociológico, a perspectiva internacional, o viés eleitoral, entre outros.

De forma abrangente, Ribas Júnior¹¹⁶ entende que os estudiosos do Estado Moderno modificaram o conceito original de corrupção e o relacionaram a uma prática ilícita em benefício de poucos, com inequívoco prejuízo ao bem comum. Em sentido análogo, o *Dicionário de Política* define a corrupção como um fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diferente aos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses privados em troca de uma recompensa.¹¹⁷

Para as finalidades desta dissertação, é necessário apresentar o conceito de corrupção para o direito penal, enquanto um crime tipificado em lei. O artigo 317 do Código Penal estabelece a corrupção passiva como o ato de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”. Na sequência, o artigo 333 do mesmo diploma disciplina a corrupção ativa como o ato de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

Logo, para o direito pátrio a corrupção exige um ato lesivo ao patrimônio público, a presença de um funcionário público e um crime contra a Administração Pública. Essa mazela prejudica as instituições democráticas, freia o desenvolvimento econômico e aumenta a instabilidade política. Por conseguinte, afasta possíveis investidores, desestimula o desenvolvimento empresarial e traz prejuízos substanciais à sociedade.¹¹⁸

Diante desse cenário, as organizações internacionais verticalizaram o estudo sobre o combate à corrupção e chegaram à conclusão de que seria necessário consolidar práticas efetivas de prevenção e repressão desta ilicitude.¹¹⁹ Como consequência, no final do século XX foram firmados diferentes compromissos

¹¹⁵ RIBAS JÚNIOR, Salomão. **Corrupção Pública e Privada**: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 40-114.

¹¹⁶ RIBAS JÚNIOR, Salomão. **Corrupção Pública e Privada**: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 40.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Coord.). **Dicionário de política**. 3. ed. Brasília: UnB, 1991. v. 1, p. 291.

¹¹⁸ ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNODC e Corrupção**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>. Acesso em: 17 set. 2022.

¹¹⁹ GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, jan./jun. 2011. p. 350.

internacionais para aprimorar as práticas combativas. Dentre eles, destacam-se a Convenção de Caracas, a Convenção de Paris, a Convenção de Palermo e a Convenção da Mérida.

A Convenção de Caracas foi elaborada no ano de 1996, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esse documento ficou conhecido como a Convenção Interamericana contra a Corrupção e foi o primeiro a abordar o tema da corrupção transnacional. No Brasil, ela foi promulgada somente em 2002, por meio do Decreto Presidencial n.º 4.410/2002.¹²⁰

Essa convenção interamericana prevê o fortalecimento de normas de conduta para o desempenho adequado das funções públicas. A título exemplificativo, mencionam-se as previsões para a tipificação dos atos considerados de corrupção, de suborno transnacional e de enriquecimento ilícito.

Em 1997, foi celebrada a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – também chamada de Convenção de Paris. Essa foi elaborada pela Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) e internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Presidencial n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000.¹²¹

A referida convenção prevê que as partes signatárias devem adotar todas as medidas necessárias para tipificar o ato de oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem indevida a um funcionário público estrangeiro como delito criminal. O documento ainda disciplina que as sanções criminais deverão ser “efetivas, proporcionais e dissuasivas” e caso a responsabilidade criminal não se aplique às pessoas jurídicas, o país deverá assegurar a aplicação de sanções não-criminais, inclusive financeiras.¹²²

¹²⁰ Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1996, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

¹²¹ Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) de 1997, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

¹²² Artigo 2: Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

Artigo 3: 1. A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público da Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a permitir a efetiva assistência jurídica recíproca e a

A Convenção de Palermo foi concluída no ano 2000 e dá nome à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. O seu objetivo foi “promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”. No Brasil, essa convenção foi promulgada somente em 2004, pelo Decreto Presidencial n.º 5.015/2004.¹²³

Dentre suas previsões, há a criminalização da participação em grupo criminoso organizado, da lavagem do produto do crime, da corrupção e da obstrução da justiça. Além disso, há a sugestão de medidas preventivas contra esses crimes, a responsabilização das pessoas jurídicas e a adoção de técnicas especiais de investigação, inclusive em caráter de cooperação internacional.

No artigo 26, a referida convenção estabelece a obrigação de os Estados signatários adotarem medidas para encorajar os criminosos a cooperar com as autoridades competentes, tais como:

- a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente
 - i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;
 - ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;
 - iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;
- b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

O item 2 do mesmo artigo prevê que o Estado Parte poderá “reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção”. O item 3 vai além e possibilita a concessão de “imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração”.

Ou seja: apesar de não fixar uma nomenclatura específica para o ato consensual, a Convenção de Palermo disciplinou acordos similares à leniência com a intenção de fomentar a investigação e auxiliar no desmanche das práticas criminosas.

extradição. 2. Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 19 de set. de 2022.

¹²³ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.015, de 12 de março de 2004.

A Convenção da Mérida, por sua vez, retrata a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, concluída no ano de 2003 e promulgada no Brasil por meio do Decreto Presidencial n.º 5.687/2006.¹²⁴ Esse documento foca em práticas de prevenção da corrupção e da lavagem de dinheiro, destacando a importância do código de conduta para funcionários públicos, da gestão da Fazenda Pública, da independência do Poder Judiciário e do Ministério Público e da participação do setor privado para adoção de práticas íntegras.

A normativa também dispõe sobre os atos ilícitos de suborno (de funcionários públicos nacionais, estrangeiros e de organizações internacionais públicas), peculato, apropriação indébita, tráfico de influências, abuso de funções, enriquecimento ilícito, atos ilícitos no setor privado, lavagem de dinheiro, encobrimento e obstrução da justiça. Por fim, há previsão expressa sobre a cooperação das pessoas que tenham participado dos delitos e os benefícios a serem atribuídos caso proporcionem informações úteis às autoridades competentes.

Segundo Igor Tamasauskas¹²⁵, essa convenção sugere o enfrentamento da corrupção a partir da cooperação internacional, do fortalecimento das instituições, da cooperação dos particulares e do aperfeiçoamento de mecanismos de combate a desvios.

Diante desse contexto normativo, a maioria dos países signatários se adequou para cumprir as obrigações assumidas e combater as práticas de suborno e corrupção. Dois exemplos a serem mencionados são os Estados Unidos da América e a Inglaterra, que editaram, respectivamente, as leis *Foreign Corrupt Practices Act*¹²⁶ e a *UK Bribery Act*.¹²⁷

O Brasil, entretanto, cumpria apenas parte das exigências convencionadas. A bem da verdade, o ordenamento pátrio tutelava a integridade pública por meio do funcionamento de algumas instituições, como a Controladoria-Geral da União, o

¹²⁴ Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

¹²⁵ TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. Responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. **Revista dos Tribunais**, v. 974, São Paulo: RT, 2014, p.134-135.

¹²⁶ A Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) foi criada nos Estados Unidos em 1977, a partir do notório caso Watergate. Nesse escândalo, revelou-se um grande esquema de corrupção no qual empresas americanas subornavam funcionários públicos. Essa lei foi uma das primeiras legislações a coibir a prática de pagamentos de propinas a agentes públicos com o objetivo de obter vantagens indevidas.

¹²⁷ A UK Bribery Act Guidance foi editada no Reino Unido ano de 2010, seguindo o modelo da FCPA. O seu objetivo é prevenir atos de corrupção das corporações britânicas.

Ministério Público, o Tribunal de Contas da União, a Polícia Federal, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras e o Banco Central.

Outrossim, também contava com as seguintes normas infraconstitucionais: (i) o Código Penal; (ii) a Lei do *Impeachment*; (iii) a Lei da Ação Popular; (iv) o Código Eleitoral; (v) a Lei de Crimes de Responsabilidade; (vi) a Lei de Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União; (vii) a Lei da Inelegibilidade; (viii) a Lei de Improbidade Administrativa; (ix) a Lei de Lavagem de Dinheiro; (x) a Lei de Compra de Votos; (xi) a Lei de Responsabilidade Fiscal; (xii) a Lei da Ficha Limpa; (xiii) a Lei de Acesso à Informação; (xiv) a Lei de Defesa da Concorrência; (xv) a Lei de Conflito de Interesses; entre outras.¹²⁸

No entanto, o Brasil seguia sem uma lei que disciplinasse a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção. Inclusive, a OCDE monitorou a implementação das exigências convencionadas e apresentou um relatório com a recomendação de adotar “medidas urgentes para estabelecer a responsabilidade direta de pessoas jurídicas pelo delito de suborno de um funcionário público estrangeiro”.¹²⁹

Como bem destaca Julia Lavigne Ribeiro¹³⁰, essa orientação “foi reforçada em relatório de acompanhamento formulado pela OCDE em 2010, que pontuou que, até então, o país não havia adotado legislação que garantisse a responsabilização de pessoas jurídicas em razão da prática de atos de corrupção”.

Havia, portanto, uma inquestionável lacuna legislativa sobre o tema da corrupção no direito brasileiro. Por conseguinte, cresceu a pressão internacional para que o governo honrasse seus compromissos e fortalecesse o combate a essa ilicitude. Acrescido à influência da política externa, a sociedade brasileira foi às ruas para exigir legislações mais severas e a condução ética da coisa pública.

As Jornadas de Junho de 2013, incentivadas pelo preço do transporte público,

¹²⁸ RIBEIRO, Julia Lavigne. **O Acordo de leniência da lei anticorrupção e a descoordenação institucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – FGV, Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2019. p. 35-36.

¹²⁹ OCDE. Grupo de Trabalho de combate ao Suborno em Transações Comerciais Internacionais. Brasil: fase 2. **Relatório sobre a Aplicação da Convenção sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Recomendação Revisada de 1997 sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**. Brasil, 2007, p. 74. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br>. Acesso em: 19 set. 2022.

¹³⁰ RIBEIRO, Julia Lavigne. **O Acordo de leniência da lei anticorrupção e a descoordenação institucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – FGV, Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2019. p. 19.

retratam a participação e o descontentamento da população com as despesas públicas e as políticas sociais.¹³¹ Em resposta a essas reivindicações, foi votado o Projeto de Lei n.º 6.826/2010, que tinha “por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio [...] para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção”.¹³²

No dia 1º de agosto de 2013, a Lei n. 12.846/2013¹³³ foi publicada e passou a integrar o sistema de combate à corrupção que “abrange diversos diplomas legais, disciplinadores das consequências jurídicas de práticas corruptas, notadamente as sanções estatais produzidas em distintas esferas de responsabilização”.¹³⁴ Após quase 2 (dois) anos, o Decreto n.º 8.420/2015 foi publicado para regulamentar a Lei Anticorrupção.¹³⁵ Entretanto, esse decreto já foi revogado e atualmente está em vigor o Decreto n.º 11.129/2022.¹³⁶

3.1.1 Os aspectos legais da Lei Anticorrupção

A Lei n.º 12.846/2013 disciplina a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos à administração pública, nacional ou

¹³¹ ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA**, São Paulo, v. 4, n. 1, 2017, p. 172.

¹³² BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.826, de 8 de fevereiro de 2010**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. Apresentação: 18/02/2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>. Acesso em: 12 set. 2022.

¹³³ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

¹³⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota Técnica nº 01, de 20 de novembro de 2017**. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. p. 2. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

¹³⁵ BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

¹³⁶ BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11129.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

estrangeira, em seu interesse ou benefício. Trata-se de um marco legal que representa o endurecimento das medidas de repressão esperado pela população e pelas autoridades internacionais.

A responsabilização administrativa, via de regra, é subjetiva. Gustavo Costa Ferreira¹³⁷ pontua que no Direito Administrativo Sancionador, a culpa é protagonista e configura elemento subjetivo para configuração da conduta típica. O autor vai além e destaca que “o grau de previsibilidade, de consciência ou de vontade do sujeito a respeito da realização do resultado típico são elementos centrais na avaliação do dolo ou culpa”.¹³⁸⁻¹³⁹

Entretanto, esses parâmetros não foram contemplados pela Lei Anticorrupção. Essa normativa previu a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas que lesarem a Administração Pública, de modo a atribuir o prejuízo a quem causou o dano, independentemente da existência de dolo ou culpa.¹⁴⁰ Assim, o problema é solucionado na relação de nexo de causalidade, dispensando-se qualquer juízo de valor sobre a culpabilidade do agente.

Dito de outro modo, configurados o fato, o resultado e o nexo causal, a empresa será responsabilizada independentemente da intenção da pessoa natural que tenha realizado o ato lesivo à Administração Pública. O art. 3º, § 1º, da Lei Anticorrupção é preciso ao indicar que a responsabilidade da pessoa jurídica independe “da responsabilização individual das pessoas naturais” que exercem as funções de administradores ou tenham participado do ato ilícito.

Para parte da doutrina, essa opção legislativa é inconstitucional e não merece sustento no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro, pois a responsabilização subjetiva seria necessária por uma questão de coerência com o sistema constitucional de responsabilização; segundo, porque o aspecto objetivo seria incompatível com a garantia da culpabilidade e da tipicidade. Nessa direção, Gustavo Costa Ferreira¹⁴¹

¹³⁷ FERREIRA, Gustavo Costa. **Responsabilidade Sancionadora da Pessoa Jurídica**: critérios para aferição da sua ação e culpabilidade no direito administrativo sancionador brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, 2019. p. 177.

¹³⁸ FERREIRA, Gustavo Costa. **Responsabilidade Sancionadora da Pessoa Jurídica**: critérios para aferição da sua ação e culpabilidade no direito administrativo sancionador brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, 2019. p. 178.

¹³⁹ A título explicativo, o dolo se consubstancia na vontade consciente de realizar a conduta típica e a culpa consiste na violação dos deveres de cuidado exigidos do homem-médio.

¹⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 137.

¹⁴¹ FERREIRA, Gustavo Costa. **Responsabilidade Sancionadora da Pessoa Jurídica**: critérios para aferição da sua ação e culpabilidade no direito administrativo sancionador brasileiro. Dissertação

sustenta que:

[...] afastar a garantia da responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica é tão inconstitucional quanto afastar a garantia da tipicidade. Mais do que isso, admitir a possibilidade de responsabilização objetiva do ente coletivo é, necessariamente, admitir a possibilidade de não viger a garantia da tipicidade às pessoas jurídicas.

Por outro lado, boa parte da doutrina entende que essa técnica repressiva é perfeitamente admitida no Direito Administrativo Sancionador quando se trata de sanção de natureza civil ou administrativa.¹⁴² Para essa corrente, a responsabilidade objetiva seria necessária para atingir diretamente os entes coletivos, uma vez que a empresa moderna é caracterizada por uma estrutura descentralizada em que as decisões são fragmentadas na atuação de diversos colaboradores.

Heloisa Estellita¹⁴³ ressalta que o resultado delitivo somente pode ser atribuído a “um aglomerado de ações e omissões, as quais, isoladamente, pouco representam em termos de reunião dos elementos que permitiriam ao agente compreender o caráter injusto de seu comportamento”.

Por essa linha, Gustavo Costa Ferreira¹⁴⁴ exemplifica que o colaborador que atua em um departamento pode não ter conhecimento do que acontece nos demais setores da organização. Assim, a combinação de condutas aparentemente inofensivas pode acarretar a realização de uma ilicitude sem que nenhum dos agentes reúna integralmente os pressupostos necessários para a responsabilização subjetiva.¹⁴⁵

Dessa forma, em um ordenamento em que apenas as pessoas físicas são sancionadas, esse modelo organizacional permite a chamada “irresponsabilidade

(Mestrado em Direito) – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, 2019. p. 251.

¹⁴² GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A imputação dos atos lesivos na lei de responsabilidade das pessoas jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013). In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). Comentários ao direito penal econômico brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 768.

¹⁴³ ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros de empresas. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 40.

¹⁴⁴ FERREIRA, Gustavo Costa. Regime de Responsabilização Sancionadora Administrativa da Pessoa Jurídica. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva et al (coord). **Direito Administrativo em Transformação**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 293.

¹⁴⁵ FERREIRA, Gustavo Costa. Regime de Responsabilização Sancionadora Administrativa da Pessoa Jurídica. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva et al (coord). **Direito Administrativo em Transformação**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 293.

organizada”.¹⁴⁶ Nesse cenário, o afastamento da culpabilidade na prática da infração busca “evitar a irresponsabilidade de pessoas jurídicas por ausência de comprovação de elementos subjetivos, como a intenção de causar o dano”.¹⁴⁷

A Lei Anticorrupção ainda define o que se entende por “atos lesivos à administração pública”. Conforme inteligência do art. 5º, são prejudiciais todos os atos praticados contra o patrimônio público, os princípios da administração ou os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Para não restar dúvidas, o referido dispositivo elenca um rol de ações entendidas como lesivas. Veja-se:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos:
 - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
 - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
 - c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
 - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
 - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
 - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
 - g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Todavia, observa-se que essas condutas não passaram a ser consideradas ilícitas com o advento da Lei Anticorrupção. Outros diplomas normativos já possuíam previsões nesse sentido, tais como o Código Penal, a Lei de Licitações e a Lei de Improbidade Administrativa. Eduardo Pena¹⁴⁸ leciona que “não se passou a considerar

¹⁴⁶ FERREIRA, Gustavo Costa. Regime de Responsabilização Sancionadora Administrativa da Pessoa Jurídica. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva et al (coord). **Direito Administrativo em Transformação**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 294.

¹⁴⁷ CAMPOS, P. T. de. Comentários à Lei n.º 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/80943>. Acesso em: 14 abr. 2022.

¹⁴⁸ PENA, Eduardo Chemale Selistre. Punição às empresas é diferencial da Lei Anticorrupção. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set->

ilícito ato que anteriormente era permitido e praticado pelas empresas”.

Na visão do autor, a novidade da lei é que a pena para atos de corrupção deixou de focar apenas nas pessoas físicas e passou a atingir também as pessoas jurídicas, independentemente de sua concorrência ou concordância.

De todo modo, identificada uma dessas ofensas, será instaurado um processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica e o julgamento caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Esse processo deverá observar o contraditório e a ampla defesa, dando oportunidade para a parte investigada apresentar suas razões e esclarecer os fatos. Caso a comissão de apuração confirme a ocorrência do ato ilícito, haverá a responsabilização da pessoa jurídica com a reparação do dano e a aplicação das punições cabíveis.

Esclarece-se que o ressarcimento do dano faz parte da responsabilização da pessoa jurídica, mas não configura sanção administrativa. Tanto é que os artigos 6º e 19 da Lei Anticorrupção não disciplinam esta possibilidade. No entender de Fábio Medina Osório¹⁴⁹, as medidas ressarcitórias não integram o conceito de sanção administrativa pois não visam à repressão e não possuem um efeito aflagante ou disciplinar. Daniel Ferreira¹⁵⁰ acrescenta que a sanção tem finalidade desestimuladora enquanto a indenização tem o objetivo de restaurar o *status quo* anterior.

Ou seja, a causa da indenização (o dano) é distinta da causa da sanção (a infração). Desse modo, o que prepondera no ressarcimento do dano é o reestabelecimento da situação patrimonial anterior, nos termos do artigo 927 do Código Civil.¹⁵¹ Aliás, esse tema já foi bastante debatido na doutrina estrangeira.

Garcia de Enterría¹⁵² define a sanção administrativa como um mal aplicado pela

26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferenciallei-anticorrupcao. Acesso em: 10 abr. 2022.

¹⁴⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 113.

¹⁵⁰ FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>. Acesso em: 07 dez. 2022.

¹⁵¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. II. 9. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 163.

Administração Pública ao administrado, em consequência de uma conduta ilegal. Ramírez Torrado¹⁵³ acrescenta que a sanção é um sinal de autoridade repressiva e se traduz no poder de reprimir os indivíduos por suas infrações, independentemente da relação de sujeição que possuam com o Estado. Carretero Pérez e Carretero Sánchez¹⁵⁴ afirmam que a finalidade da sanção é meramente punitiva e não pode ser substituída por outra. Assim, a sanção não é o encerramento de um benefício ou o reestabelecimento da situação anterior, mas um castigo ao infrator.¹⁵⁵

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha considera a finalidade repressora da medida elemento essencial para diferenciar a sanção administrativa das demais resoluções que limitam direitos individuais.¹⁵⁶ A partir dessa perspectiva, a sanção é entendida como resposta do Estado a um ato antijurídico do administrado, tendo por finalidade reestabelecer a ordem jurídica vigente e reafirmar a confiança no sistema normativo.¹⁵⁷

As sanções administrativas, por sua vez, são bastante rigorosas e englobam a aplicação de multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo e a publicação extraordinária da decisão condenatória. Caso não seja possível mensurar o faturamento bruto da pessoa jurídica, o valor da multa será arbitrado entre R\$ 6.000,00 e R\$ 60.000.000,00.

Contudo, a legislação elencou alguns parâmetros para balizar a aplicação dessas penalidades, a destacar a gravidade da infração; a vantagem do infrator; a consumação, o grau ou perigo de lesão; o efeito negativo da infração; a situação econômica do infrator; a cooperação da pessoa jurídica para apuração das infrações; a existência de programas de integridade; e o valor dos contratos públicos mantidos

¹⁵³ RAMÍREZ TORRADO, Maria Lourdes. La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados em el contexto español. **Revista de Derecho**, Barranquilla Colombia, n. 27, 2007. p. 275.

¹⁵⁴ CARRETERO PÉREZ, Adolfo; CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. **Derecho administrativo sancionador**. 2. ed. Madrid: Editoriales Reunidas, 1995. p. 183.

¹⁵⁵ OSÓRIO, Medina Fábio. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. In: **Migalhas**, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em 16 abr. 2021.

¹⁵⁶ RAMÍREZ TORRADO, Maria Lourdes. La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados em el contexto español. **Revista de Derecho**, Barranquilla Colombia, n. 27, 2007. p. 277.

¹⁵⁷ RAMÍREZ TORRADO, Maria Lourdes. La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados em el contexto español. **Revista de Derecho**, Barranquilla Colombia, n. 27, 2007. p. 277.

pela pessoa jurídica.

O gestor público, portanto, deve considerar as peculiaridades do caso concreto para a aplicação das sanções. Na lição de Thiago Marrara¹⁵⁸, embora a prática do ato seja obrigatória (vinculada), existe margem de discricionariedade para a Administração Pública escolher o conteúdo do mesmo, desde que observe as balizas legais e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, a Administração Pública também pode se valer da esfera cível para aplicar outras sanções ao infrator. Mediante o ajuizamento de ação judicial, admite-se o perdimento de bens, a suspensão temporária das atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de recebimento de verbas públicas.

Nas palavras de Ricardo Camarotta Abdo¹⁵⁹, as sanções cíveis visam a “inibir qualquer tentativa de atos de corrupção por parte da iniciativa privada”. Portanto, verifica-se que o arcabouço legal da Lei Anticorrupção é amplo e visa a tutelar os interesses da Administração Pública.

3.1.2 A natureza administrativa da Lei Anticorrupção

O caráter repressivo e a gravidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção têm gerado um amplo debate doutrinário sobre a sua natureza jurídica. Isto é, se a lei é de direito penal ou de direito administrativo sancionador. Esse tema não é recente e tem origem na experiência europeia.

Para adentrar na discussão, parte-se da premissa de que ambas as disciplinas emanam de um mesmo poder punitivo estatal. Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez destacam que o mesmo *ius puniendi* do Estado pode se manifestar tanto pela via judicial como pela via administrativa.¹⁶⁰ Nessa linha, há argumentos no sentido de que as sanções administrativas apresentam estruturas parecidas às de natureza penal, “sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos

¹⁵⁸ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012, p. 215.

¹⁵⁹ ABDO, Ricardo Camarotta. **Lei Anticorrupção: o acordo de leniência e seus principais aspectos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2016. p. 65.

¹⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

semelhante”.¹⁶¹

O penalista Luiz Regis Prado¹⁶² acrescenta que o delito e a infração administrativa possuem um conteúdo material similar e uma estrutura lógica idêntica, tendo justificação na relevância da lesão a um bem jurídico determinado e na necessidade de imposição de um juízo de valor ético-social.

Diante da dificuldade de uma separação teórica desses regimes jurídicos, as cortes europeias passaram a aceitar a ideia de que o Estado possui um único poder punitivo.¹⁶³ Esse entendimento se fortaleceu e a aproximação do direito penal com o direito administrativo sancionador adentrou no direito brasileiro, inclusive nas análises da Lei Anticorrupção. Para parte da doutrina, a sua gravidade é indicativa da faceta penal da norma.¹⁶⁴ Pierpaolo Cruz Bottini¹⁶⁵ é um dos juristas que sustenta existir uma “lei penal encoberta”.

Pierpaolo Cruz Bottini¹⁶⁶ salienta que os comportamentos descritos como lesivos e as sanções aplicáveis tem substância muito próxima a penal. Na visão de Bottini¹⁶⁷, a opção legislativa pela natureza administrativa se deu apenas para afastar problemas de constitucionalidade:

Isso porque a norma destina-se a pessoas jurídicas e, nesta seara, há quem refute a adequação constitucional da criminalização destes entes, ou que limite tal hipótese aos âmbitos expressamente previstos na Carta Maior: atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (Constituição Federal, artigo 173, parágrafo 5º) ou contra o meio ambiente (Constituição Federal, artigo 225, parágrafo 3º). Para além disso, a lei trabalha com a *responsabilidade objetiva*, forma de imputação inconcebível na *seara penal*, ao menos em um ordenamento jurídico no qual a pena se assenta na *culpabilidade*.

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 571.

¹⁶² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 58.

¹⁶³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 127-128.

¹⁶⁴ SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptcao-carater-penal>. Acesso em: 20 set. 2022.

¹⁶⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptcao-lei-penalencoberta>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁶⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptcao-lei-penalencoberta>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptcao-lei-penalencoberta>. Acesso em: 15 set. 2022.

Renato Silveira e Eduardo Saad-Diniz¹⁶⁸ reforçam que a Lei Anticorrupção possui um conteúdo material penal, pois “seus efeitos e formas sancionatórias têm forte incidência na restrição de direitos e repercutem seriamente na aplicação de condenações criminais”.

Parece que os juristas aproximam suas críticas aos argumentos de que a similitude entre o direito penal e o direito administrativo sancionador está na gravidade do ilícito e na intensidade da sanção.¹⁶⁹ No entanto, o fato de a lei contemplar punições severas não é suficiente para reputar a penalização da Lei Anticorrupção.

A despeito da aproximação entre os dois campos do direito, entende-se que a suposta confusão é inviável em razão da diferenciação formal existente.¹⁷⁰ Essa corrente entende que o direito penal e o direito administrativo sancionador se distinguem em decorrência da opção legislativa. Nessa direção, Miguel Reale Júnior¹⁷¹ sustenta que a escolha pela qualificação de um ato como ilícito penal ou ilícito administrativo é de política legislativa.

Nas Palavras de Edmir Netto Araújo¹⁷², “o ilícito administrativo tem como condição de existência a ação ou omissão antijurídica, culpável e imputável a agente público, mas tal infração não é obrigatória e cumulativamente catalogada como ilícito penal”.

Os autores hispânicos Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹⁷³ reforçam que o legislador tem liberdade para valorar condutas e autorizar o sancionamento mediante penas ou sanções administrativas. Assim, o

¹⁶⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 308.

¹⁶⁹ ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Los confines de las sanciones: em busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, Madrid (Espanha), v. 195, p. 135-167, 2014.

¹⁷⁰ Outro fator de diferenciação explorado pela doutrina é a responsabilização objetiva (sem análise da culpabilidade) e a responsabilização de pessoas jurídicas, que são admitidas no Direito Administrativo Sancionador e incompatíveis com o direito penal. Cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 141. Aliás, pontua-se que a ordem jurídica brasileira admite a criminalização de pessoas jurídicas apenas em caráter excepcional, como nos crimes contra o meio ambiente, nos termos do artigo 225, §3º da Constituição Federal. Cf.: ABDO, Ricardo Camarotta. **Lei Anticorrupção: o acordo de leniência e seus principais aspectos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2016. p. 75.

¹⁷¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 95.

¹⁷² ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 28.

¹⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Poder Legislativo possui discricionariedade no exercício de sua função para estabelecer qual o regime jurídico a ser adotado para tutelar o bem jurídico em questão.¹⁷⁴

Daniel Ferreira¹⁷⁵ divide desse pensamento, mas ressalta que a opção legislativa deve observar os limites consagrados pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A partir dessa concepção, a professora Helena Regina Lobo da Costa¹⁷⁶ sustenta que o legislador tem liberdade de escolha, mas deve seguir requisitos mínimos para criminalizar condutas e criar ilícitos administrativos.

Parece adequado o posicionamento de que o direito penal e o direito administrativo sancionador possuem características distintas, mas contam com um núcleo comum na Constituição Federal. Para Fábio Medina Osório e Gustavo Binenbojm¹⁷⁷⁻¹⁷⁸, a unidade se encontra limitada aos conteúdos constitucionais mínimos que devem ser observados tanto no direito penal quanto no direito administrativo sancionador.

Nessa direção, o direito administrativo sancionador também exige garantias rigorosas, o que não decorre da identidade com o direito penal, mas da igual intervenção do Estado nos direitos fundamentais.¹⁷⁹ Portanto, existem “duas formas distintas de repressão que são exercidas separadamente e sem que uma prejudique a outra”.¹⁸⁰

Nas palavras de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi¹⁸¹, o legislador andou bem ao utilizar o direito administrativo sancionador para punir a corrupção de pessoas

¹⁷⁴ ABDON, Ricardo Camarotta. **Lei Anticorrupção**: o acordo de leniência e seus principais aspectos. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2016. p. 74.

¹⁷⁵ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa**: a partir da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 179-180.

¹⁷⁶ LOBO DA COSTA, Helena Regina. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese (Doutorado em Direito) – USP, 2013. p. 119.

¹⁷⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 153.

¹⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Estudos de direito público** – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar. 2015, p. 622.

¹⁷⁹ LOBO DA COSTA, Helena Regina. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese (Doutorado em Direito) – USP, 2013. p. 176.

¹⁸⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. t. II. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 803.

¹⁸¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)** – atualizada de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Saraiva: São Paulo. 2015. p. 104.

jurídicas por meio da Lei Anticorrupção. Jorge Munhós de Souza¹⁸² acrescenta que a Lei Anticorrupção se insere “declaradamente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador”, uma vez que disciplina a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos de corrupção e suborno contra a Administração Pública.

Portanto, sem qualquer intenção de esgotar tal tema, conclui-se que a Lei Anticorrupção é uma norma do direito administrativo sancionador que exige a observância de certas garantias constitucionais, em razão da interferência estatal nos direitos fundamentais e da necessidade de proteção dos direitos dos particulares.

3.2 O ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

A Lei Anticorrupção prevê a possibilidade de a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas que atentam contra a Administração Pública, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Essa redação consolida a lógica da consensualidade e afasta da ideia tradicional de que a sanção é a única alternativa à disposição da Administração Pública.¹⁸³

Victor Carvalho Pessoa de Barros e Silva¹⁸⁴ pontua que compreender a sanção administrativa como uma opção é um passo essencial para identificar a lógica dos acordos administrativos. Para tanto, a Administração Pública flexibiliza sua conduta imperativa e estabelece comprometimentos recíprocos com a pessoa jurídica envolvida.¹⁸⁵⁻¹⁸⁶ Igor Tamasauskas¹⁸⁷ destaca que esse instrumento atua como uma “troca” de segurança jurídica ao particular e de eficiência às autoridades públicas com

¹⁸² SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 37.

¹⁸³ CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁸⁴ BARROS E SILVA, Victor Carvalho Pessoa de. **Acordos administrativos substitutivos de sanção**. Dissertação (Mestrado de Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2019. p. 44.

¹⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. A juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, 2014, p. 9-20. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf. Acesso em: 06 abr. 2022.

¹⁸⁶ SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁸⁷ TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. **Acordo de leniência anticorrupção**: uma análise sob o enfoque da teoria de redes. Tese (Doutorado de Direito) – USP, 2020. p. 26.

competência para aplicar a legislação.

Todavia, o acordo de leniência não inova completamente no direito. A estratégia de o Estado ofertar um tratamento mais benéfico em troca de informações que auxiliem a investigação estatal já é adotada há anos.¹⁸⁸ Os Estados Unidos é o país de referência na utilização desta técnica, que desde o século XVII admite acordos de admissão de culpa (*plea bargain*) para conceder benefícios ao infrator que reconhece um ato ilícito e aceita o cumprimento antecipado de uma pena reduzida.¹⁸⁹

Esse modelo negocial se desenvolveu e foi consolidado nos EUA após a Guerra Civil de 1865.¹⁹⁰ Segundo George Fischer¹⁹¹, isso se deu em razão do aumento da criminalidade e da consequente sobrecarga do Poder Judiciário a partir dos anos 1920. Contudo, a consensualidade não ficou restrita à esfera penal e alcançou o direito da concorrência.

Com a pretensão de combater as infrações à ordem econômica, em 1978 o Departamento de Justiça dos EUA passou a estimular a cooperação de empresas através da criação do *Corporate Leniency Program* (Programa de Leniência Corporativa). Após alguns anos, esse modelo foi reformulado para o *Amnesty Program* (Programa de Anistia) e segue sendo utilizado até os dias de hoje.¹⁹² Com os resultados satisfatórios no combate aos cartéis, a política norte-americana foi replicada em diversos países, como Inglaterra, Alemanha, França, Canadá e Irlanda.¹⁹³

O Brasil seguiu a tendência global e criou o acordo de leniência antitruste no

¹⁸⁸ POZZOBON, Roberson Henrique. **A Função Preventiva dos Acordos de Leniência Antitruste no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, 2022. p. 56.

¹⁸⁹ SPAGNOLO, Giancarlo. *Divide et Impera: Optimal Leniency Programs*. **CEPR Discussion Paper**, 2005.

¹⁹⁰ ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and Its History*. **Columbia Law Review**, v. 79, n. 1, jan. 1979. p. 06.

¹⁹¹ FISCHER, George. **Plea Bargaining's Triumph: a history of plea bargaining in America**. Stanford, California: Stanford University Press, 2003, p. 06.

¹⁹² "In August 1993, the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice ("Division") revised its Corporate Leniency Program to make it easier for and more attractive to companies to come forward and cooperate with the Division. Three major revisions were made to the program: (1) amnesty is automatic if there is no preexisting investigation; (2) amnesty may still be available even if cooperation begins after the investigation is underway; and (3) all officers, directors, and employees who cooperate are protected from criminal prosecution. As a result of these changes, the Amnesty Program is the Division's most effective generator of international cartel cases, and it is the Department's most successful leniency program". Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/status-report-corporate-leniency-program>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁹³ GRIFFIN, James M. **A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program**. The modern leniency program after ten years. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201477.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

ano 2000. À época, a Lei n.º 10.149/2000 fez alterações no direito concorrencial e introduziu o art. 35-B na Lei n.º 8.884/1994 para autorizar a União a firmar acordos de leniência com pessoas físicas e jurídicas que tivessem praticado atos contra a ordem econômica.

O particular deveria colaborar com a investigação e o processo administrativo e como consequência seria beneficiado com a extinção da ação punitiva ou a redução de 1/3 a 2/3 da pena aplicável. O primeiro acordo foi celebrado no ano de 2003 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) reconheceu a sua validade em 2007.¹⁹⁴

Essa ferramenta consensual foi aperfeiçoada ao longo dos anos e atualmente é regulamentada pelo art. 86 da Lei n.º 12.529/2011. A nova redação instituiu o Programa de Leniência do CADE, cujos direitos e garantias estão previstos nos artigos 86 e 87 da lei e nos artigos 237 a 251 do Regimento Interno da autarquia.

Vale dizer que o CADE conta com um sistema sofisticado de colaboração que autoriza o particular que primeiro se manifestar a celebrar o acordo de leniência. Entretanto, os infratores que não se beneficiarem pela ordem também poderão colaborar com as investigações por meio da chamada “Leniência Plus”. Essa propicia a redução de 1/3 da penalidade à empresa ou à pessoa física que apresentar informações sobre um novo cartel ainda não identificado.¹⁹⁵

A partir dessa experiência bem-sucedida e do contexto que motivou a edição da Lei Anticorrupção, foi criada uma modalidade consensual análoga para aprimorar o sistema de combate à corrupção no Brasil: o acordo de leniência anticorrupção.¹⁹⁶

3.2.1 Os aspectos teóricos do acordo de leniência anticorrupção

O acordo de leniência anticorrupção tem o objetivo de incrementar a capacidade investigativa da Administração Pública, potencializar a capacidade estatal de recuperação de ativos e fomentar a cultura da integridade no setor privado. Essa é

¹⁹⁴ CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert (eds.). **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. p. 51.

¹⁹⁵ BRASIL. **Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

¹⁹⁶ SALOMI, Maíra Beauchamp. **O Acordo de Leniência e seus Reflexos Penais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2012. p. 147.

a recente redação do artigo 32 do Decreto n.º 11.129/2022, que disciplina a Lei Anticorrupção.

Esse poderá ser celebrado entre a autoridade pública e a pessoa jurídica que cometeu atos lesivos à Administração Pública, nos termos da Lei Anticorrupção e da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (n.º 14.133/2021). A competência para acordar no âmbito do Poder Executivo Federal e em casos contra a administração pública estrangeira é da Controladoria-Geral da União.

Como condição para sua celebração, a empresa infratora deverá se manifestar sobre o interesse em cooperar na apuração do ilícito, sendo a primeira quando isso for relevante; cessar o seu envolvimento na infração; admitir a sua responsabilidade objetiva nos atos lesivos; cooperar plenamente com a investigação e o processo administrativo até o encerramento do mesmo; identificar os demais envolvidos e fornecer comprovações da ilicitude; reparar integralmente o dano causado; e devolver ao ente lesado os valores correspondentes ao acréscimo patrimonial indevido resultado da infração.

Vale dizer que essas exigências são cumulativas e o não preenchimento impossibilita a celebração do acordo. No entendimento de Ricardo Abdo¹⁹⁷, diante da gravidade dos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, é inconcebível admitir a transação e a atenuação de pena se todos os pressupostos não forem atendidos pelo interessado. Entendimento diverso poderia implicar no favorecimento indevido do particular e na ausência de benefícios à Administração Pública.¹⁹⁸

O ente público, por sua vez, compromete-se a conceder os seguintes efeitos em favor da pessoa jurídica signatária do acordo: isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora; isenção da proibição de receber benefícios de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público; redução do valor final da multa aplicável; ou isenção ou atenuação das sanções administrativas.

Logo, conforme dispõe o art. 50 da lei regulamentadora, há a promessa estatal

¹⁹⁷ ABDO, Ricardo Camarotta. **Lei Anticorrupção**: o acordo de leniência e seus principais aspectos. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2016. p. 98.

¹⁹⁸ Maurício Zockun adota um posicionamento diverso e entende que o rol da lei é alternativo, bastando o preenchimento de um dos requisitos para a obtenção do benefício. Cf.: ZOCKUN, Maurício. Vinculação e Discricionariedade no Acordo de Leniência. In: **Direito do Estado**, n. 142, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 24 maio 2022.

de reduzir o valor da multa; não publicar a decisão condenatória; e não proibir o recebimento de incentivos e benefícios por parte dos entes públicos.¹⁹⁹⁻²⁰⁰ No entanto, a redução do valor da multa dependerá da tempestividade da autodenúncia, do ineditismo dos atos lesivos, da efetividade da colaboração e do compromisso de assumir condições relevantes para o cumprimento da avença.

Verifica-se, portanto, que o acordo de leniência configura “um contrato de transferência de informações e documentos, aliada a uma confissão e um compromisso de bom comportamento, por um lado, em contrapartida à redução de penalidades e recomposição de imagem pública, de outro”.²⁰¹ Nas palavras de Carolina Fidalgo e Rafaela Canetti²⁰², o acordo de leniência é um acordo celebrado entre a autoridade pública e um agente envolvido em um ato ilícito, com o objetivo deste colaborar na coleta de provas e aquele diminuir as penalidades aplicáveis.

Para que as tratativas do acordo sejam iniciadas, a pessoa jurídica deverá apresentar proposta escrita de acordo até a conclusão do relatório do Processo Administrativo de Responsabilização. A referida proposta será instruída em processo administrativo específico e submetida à análise de juízo de admissibilidade, a fim de verificar a existência dos elementos mínimos que justifiquem o início da negociação.

Caso o juízo seja positivo, será firmado um memorando de entendimentos para definir os parâmetros de negociação do acordo de leniência. De todo modo, o proponente poderá desistir do acordo antes da sua assinatura e a CGU poderá rejeitá-lo se entender pertinente, sem que isso importe em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado.

A legislação também previu a necessidade de o acordo conter cláusulas que versem sobre a perda dos benefícios pactuados em caso de descumprimento; a natureza de título executivo extrajudicial do acordo; a adoção ou aperfeiçoamento do programa integridade; e o pagamento das multas aplicáveis.

¹⁹⁹ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, 2015, p. 512. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

²⁰⁰ FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: MUNHOS SOUZA, Jorge; PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. [Org.]. **Lei Anticorrupção**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 254.

²⁰¹ TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. Acordo de Leniência e Investigações Internas como Mecanismos Eficazes de Enfrentamento da Corrupção. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 259.

²⁰² FIDALGO, Carolina Barros e CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: MUNHOS SOUZA, Jorge; PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. [Org.]. **Lei Anticorrupção**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 338.

Caso o compromisso seja integralmente observado pela pessoa jurídica, a autoridade pública declarará o cumprimento das obrigações, a isenção e cumprimento das sanções e o atendimento dos compromissos assumidos. Por outro lado, caso seja declarada a sua rescisão em decorrência do descumprimento injustificado, a pessoa jurídica perderá os benefícios pactuados e ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos; haverá o vencimento antecipado das parcelas não pagas; serão executados o valor da multa e os valores referentes aos danos e ao enriquecimento indevido; e serão aplicadas as demais sanções e consequências previstas. Ainda, haverá o registro do descumprimento da avença no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), pelo prazo de 3 (três) anos.

Especial destaque deve ser dado ao artigo 54 do Decreto n.º 11.129/2022, que estabeleceu a possibilidade de as autoridades públicas, excepcionalmente, alterarem ou substituírem as obrigações ajustadas pelas partes. Para tanto, deverão estar presentes os seguintes requisitos:

- I - manutenção dos resultados e requisitos originais que fundamentaram o acordo de leniência, nos termos do disposto no art. 16 da Lei nº 12.846, de 2013;
- II - maior vantagem para a administração, de maneira que sejam alcançadas melhores consequências para o interesse público do que a declaração de descumprimento e a rescisão do acordo;
- III - imprevisão da circunstância que dá causa ao pedido de modificação ou à impossibilidade de cumprimento das condições originalmente pactuadas;
- IV - boa-fé da pessoa jurídica colaboradora em comunicar a impossibilidade do cumprimento de uma obrigação antes do vencimento do prazo para seu adimplemento; e
- V - higidez das garantias apresentadas no acordo.

O parágrafo único acrescenta que a análise do pedido levará em conta o grau de adimplência da pessoa jurídica com as demais condições pactuadas, inclusive as de adoção ou de aperfeiçoamento do programa de integridade. Portanto, restou positivada a possibilidade de as partes renegociarem as condições pactuadas no cenário pós-acordo.

Diante dessas características, essa solução negocial tem potencial para ser eficiente enquanto mecanismo de investigação e de combate às fraudes, uma vez que incentiva a quebra da “regra do silêncio” e a adoção de medidas preventivas de ilicitudes. Mas não é só. O acordo de leniência anticorrupção também serve como um instrumento de defesa dos investigados, garantindo-lhes previsibilidade e benefícios

na aplicação das sanções.²⁰³

3.2.2 A natureza jurídica do acordo de leniência anticorrupção

O acordo de leniência anticorrupção está inserido no direito administrativo sancionador e não comporta um enquadramento único sobre a sua natureza jurídica. A partir da sua inequívoca inserção no gênero “módulo consensual da Administração Pública”, os juristas adotam diferentes abordagens sobre a sua natureza e se dividem no seu enquadramento como acordo substitutivo ou integrativo.

Essa discussão teve início no direito administrativo italiano após a legislação local possibilitar tanto a celebração de compromissos para substituir a prática de um ato (acordo substitutivo) quanto para determinar o conteúdo discricionário do ato administrativo (o que caracteriza um acordo integrativo).²⁰⁴

Ernesto Damiani²⁰⁵ pontua que a doutrina italiana classifica os acordos conforme as suas finalidades. Na modalidade substitutiva, a negociação ocorre com o fim de substituir a sanção administrativa, suspender o processo administrativo ou impedir a sua instauração. Na modalidade integrativa, as tratativas têm o objetivo de condicionar, complementar e adequar o ato administrativo final.²⁰⁶

No Brasil, os juristas adotaram compreensão similar. O acordo substitutivo foi conceituado como aquele que pressupõe o abandono do procedimento sancionatório, da prerrogativa de punir e da aplicação integral da sanção.²⁰⁷ Nas palavras de Juliana Palma²⁰⁸, por meio de um ato bilateral, a Administração Pública “deixa de emitir ato imperativo e unilateral ou encerra consensualmente o procedimento instaurado para tanto”. Ou seja: há a terminação consensual do processo administrativo por meio da celebração de um acordo entre o gestor público e o particular.

²⁰³ RAGAZZO, Carlos; FRANCE, Guilherme; VIANNA, Mariana. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 89-122, 2017. p. 95.

²⁰⁴ CASETTA, Elio. **Manuale di Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2015. p. 564-565.

²⁰⁵ DAMIANI, Ernesto Sticchi. **Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma**. Milão: Giuffrè, 1992. p. 156-157.

²⁰⁶ DAMIANI, Ernesto Sticchi. **Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma**. Milão: Giuffrè, 1992. p. 156-157.

²⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010, p. 3.

²⁰⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2010. p. 190.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara²⁰⁹ entendem que esses acordos são atos bilaterais com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução da sanção administrativa. Desse modo, configuram alternativas aos atos administrativos sancionadores e devem ser adotados quando o ajuste se mostrar mais vantajoso ao interesse público do que o ato unilateral.²¹⁰

Fazendo referência ao Termo de Ajustamento de Conduta, André Saddy e Rodrigo Azevedo Greco pontuam que esses acordos possuem 3 (três) características: a consensualidade, a alternatividade e a finalidade pública.²¹¹ Dessa forma, a natureza substitutiva enseja a mudança na postura da Administração Pública, que deixa de praticar um ato unilateral sancionador para construir um compromisso de conduta com o particular.²¹²

O acordo integrativo, por sua vez, não encerra o processo administrativo e tem por objeto adequar o ato imperativo da Administração Pública ao caso concreto, configurando um “ato processual não terminativo”. Juliana Palma²¹³ considera que esse tipo de acordo é caracterizado pelo exercício da prerrogativa imperativa de forma negociada. Ou seja: não se afasta a prerrogativa estatal, mas as partes firmam acordos para estabelecer o modo de emprego da autoridade estatal.²¹⁴

No entender de Ricardo Abdo²¹⁵, esse tipo de acordo ocorre na fase intermediária do procedimento sancionatório, autorizando a condução do processo administrativo para uma pena mais branda. Portanto, o ato unilateral não é substituído, mas tão somente flexibilizado mediante o consenso das partes.

²⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011. p. 133.

²¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011. p. 133.

²¹¹ SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun., 2015. p. 171.

²¹² BARROS E SILVA, Victor Carvalho Pessoa de. **Acordos administrativos substitutivos de sanção**. Dissertação (Mestrado de Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2019. p. 55.

²¹³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2010. p. 191.

²¹⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2010. p. 191.

²¹⁵ ABDO, Ricardo Camarotta. **Lei Anticorrupção: o acordo de leniência e seus principais aspectos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2016. p. 108.

Um exemplo de acordo integrativo é o termo compromisso previsto no Decreto n.º 99.274/90, que não substitui a multa aplicável, mas autoriza a sua redução em até 90% caso sejam adotadas medidas compensatórias aos danos ambientais causados.²¹⁶

Diante desse cenário, uma parte minoritária da doutrina adota uma perspectiva mais ampla e considera que os acordos de leniência anticorrupção são substitutivos, porque flexibilizam a conduta imperativa da Administração Pública.²¹⁷ Contudo, o entendimento majoritário é que o acordo é integrativo, uma vez que não se extingue a ação punitiva e apenas reduz a penalidade aplicável.²¹⁸

Vale dizer que o ajuste compõe o processo administrativo sancionador com a finalidade de facilitar sua instrução. Thiago Marrara²¹⁹ é preciso ao ensinar que:

Trata-se de acordo administrativo integrativo, ou seja, de ajuste que se acopla a processo administrativo com a finalidade de facilitar sua instrução. É verdade que a leniência pode ser firmada antes da abertura do processo. Daí ser possível diferenciar a leniência concomitante da prévia, cujos efeitos podem ou não ser distintos conforme a legislação aplicável. Sem prejuízo, a natureza integrativa persiste, pois decorre da relação essencial do ajuste com o processo. Sem o processo sancionador, não há sentido ou fundamento para cooperação.

Desse modo, apesar de autorizar a isenção da publicidade da decisão administrativa e a isenção da proibição de receber incentivos públicos, o art. 50 do Decreto n.º 11.129/2022 limita os efeitos do acordo a redução da multa aplicável (inciso III). Logo, ainda que o leniente seja contemplado com o benefício máximo previsto em lei, haverá a necessidade de reparação do dano e pagamento da multa atenuada.

Assim, o acordo não afasta a prerrogativa do Estado, mas tão somente integra o processo administrativo para ajustar o modo de aplicar a sua autoridade. Nesse aspecto, o acordo de leniência anticorrupção se difere do antitruste, porque neste a

²¹⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual**: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2010. p. 197.

²¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Fórum de Direito Administrativo**, v. 14, n. 156, 2013. p. 18.

²¹⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual**: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2010. p. 198.

²¹⁹ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/>. Acesso em: 19 jul. 2022. p. 513.

legislação autoriza a extinção da ação punitiva (art. 86, §4º, I, da Lei n.º 12.529/2011).

Dito de outro modo, o direito concorrencial admite tanto o acordo substitutivo (quando extinguir a ação punitiva) quanto o acordo integrativo (quando reduzir a pena aplicável). Em matéria anticorrupção, a Medida Provisória n.º 703/2015 tentou seguir essa orientação e admitiu temporariamente a remissão completa da multa. Entretanto, essa normativa não foi convertida em lei e teve a sua vigência encerrada em 2016.

Em vista disso, o acordo de leniência anticorrupção deve ser caracterizado como integrativo, pois condiciona o ato administrativo ao cumprimento de uma obrigação complementar e não ao término do procedimento sancionatório ou da prerrogativa de punir.

Ademais, também há divergência na definição da natureza jurídica do acordo de leniência. As principais vertentes doutrinárias sustentam que esse pode ser enquadrado como um contrato administrativo, um acordo administrativo ou um negócio jurídico processual.

A ideia de contrato administrativo é de aproximação da contratualização do direito administrativo com o diálogo das partes. Desse modo, uma definição genérica de contrato poderia levar a essa conclusão equivocada. É o caso do significado formulado por Jacques Chevalier²²⁰, de que o contrato nada mais é do que a “substituição das relações baseadas na imposição e na autoridade por relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso”. Entretanto, uma definição mais detalhada desse instrumento afasta a adequação desta corrente.

Nas palavras de Sérvulo Correia, o contrato é o “acordo, vinculativo por força de lei, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que vise criar, modificar ou extinguir relações jurídicas”.²²¹ A partir dessa concepção, verifica-se que os institutos se diferenciam pela existência de vontades contrapostas na sua originação. Isto é: se houver contraposição de vontades será um contrato e se houver cooperação entre as partes será um acordo.²²² Aliás, esse entendimento já é adotado na Alemanha desde o

²²⁰ CHEVALIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) **La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depts 1980**. Paris: L'Harmattan, 1999. p. 403.

²²¹ CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 343-345.

²²² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008. p. 249.

século XIX.²²³

Ernesto Damiani²²⁴ defende que o acordo pressupõe uma identidade de vontades e visa à satisfação dos interesses comuns das partes; ao passo que o contrato compreende uma diversidade de vontades e tem por finalidade o atendimento dos interesses contrapostos. Portanto, os contratos autênticos não correspondem necessariamente aos acordos bilaterais e muitas vezes adotam apenas a aparência de consensualidade.²²⁵

Os contratos firmados pela Administração Pública, aliás, costumam estar acompanhados de uma veste autoritária em razão do regime exorbitante a ele conferido. A título exemplificativo, citam-se as prerrogativas conferidas à Administração Pública de modificar e extinguir unilateralmente os contratos firmados sob a égide da Lei n.º 14.133/2022.²²⁶

De maneira oposta, o acordo de leniência deve ser caracterizado pela utilização de técnicas e métodos próprios, pautados na paridade e no diálogo.²²⁷ Nessa linha, Gustavo Justino de Oliveira sustenta que é necessário “desenvolver a figura do acordo administrativo em um quadrante dogmático que lhe seja próprio – e não mais tomado emprestado do contrato administrativo”.²²⁸ Segundo o autor:

[...] o acordo administrativo visa disciplinar (i) relações entre órgãos e entidades administrativas e (ii) relações entre a Administração Pública e os particulares, empresas e organizações da sociedade civil, cujo objeto é o desenvolvimento programado de uma atividade administrativa sob um regime de cooperação ou de colaboração entre os envolvidos (bilateralidade ou multilateralidade), a partir de bases previamente negociadas, podendo o ordenamento jurídico conferir efeitos vinculantes aos compromissos eventualmente firmados” (OLIVEIRA, 2008, p. 252). Exemplos de acordos administrativos envolvem o contrato de desempenho (gestão), o convênio, o acordo em processo expropriatório e o acordo de leniência.²²⁹

²²³ RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **Los convênios entre administraciones públicas**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 73.

²²⁴ DAMIANI, Ernesto Sticchi. **Attività amministrativa consensuale e accordi di programma**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 90-91.

²²⁵ LAUBADÈRE, Andre et al. **Traité des contrats administratifs**. V. 1. Paris: LGDJ, 1983. p. 22.

²²⁶ Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei; III - fiscalizar sua execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; [...]

²²⁷ BARROS E SILVA, Victor Carvalho Pessoa de. **Acordos administrativos substitutivos de sanção**. Dissertação (Mestrado de Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2019. p. 62.

²²⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, Antônio Júdice et al. (Coords). **Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 108.

²²⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008. p. 252.

Portanto, outra visão é que o acordo de leniência seria um próprio acordo administrativo, enquanto categoria jurídica autônoma em evolução, apta a retratar o fenômeno do consensualismo na Administração Pública. Logo, estaria posicionado ao lado do ato administrativo e do contrato administrativo.²³⁰

Uma terceira corrente, aceita atualmente pela doutrina e jurisprudência, enquadra o acordo de leniência como um negócio jurídico processual. Esse instituto é regulamentado pelo artigo 190 do Código de Processo Civil e possibilita que as partes estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Para Arruda Alvim²³¹, os negócios jurídicos processuais são “espécies de negócios jurídicos, que se caracterizam, porém, como processuais por terem como finalidade produzir efeitos em um processo, presente ou futuro”. Nesse sentido, o Parecer n.º 231/2018 da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União caracterizam o acordo de leniência anticorrupção como um negócio jurídico processual por configurar um “ato bilateral, decorrente da manifestação da vontade não coincidente das partes, construído mediante consenso e celebrado no bojo de um processo administrativo”.²³²

O referido estudo contextualiza que o ato jurídico *lato sensu* é espécie que se divide nas subespécies (i) ato jurídico *stricto sensu* e (ii) negócio jurídico. Sob esse viés, a classificação do acordo de leniência como um negócio jurídico também pode ser entendida como um ato jurídico (em sentido lato) negocial.²³³ Isto, porque ambos retratam o acordo de vontade das partes, com a finalidade negocial de aquisição, modificação, transferência ou extinção de direitos.²³⁴

Em decorrência dessa lógica, Maurício Zockun e o Estudo Técnico n.º 01/2017

²³⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008. p. 246.

²³¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 20. ed. (5. ed. do e-book). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. RB-14.1

²³² BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Parecer nº 00231/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU**. Agosto de 2018. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45630/3/Parecer%20n%C2%BA%2000231-2018-%20CONJUR-CGU%20-%20CGU-AGU.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.

²³³ Para Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal, a característica comum dos atos jurídicos em sentido lato é a exteriorização da vontade humana para obtenção de um resultado jurídico concreto e que produza efeitos reconhecidos pelo direito. Cf.: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. V. 1. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2014. p. 538.

²³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. V. 1. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2014. p. 542.

do Ministério Público Federal conceituam o acordo de leniência anticorrupção como um ato jurídico negocial.²³⁵⁻²³⁶ Em sentido análogo, o artigo 32 do Decreto n.º 11.129/2022 reputa o acordo de leniência como um ato administrativo negocial. No entanto, apesar da terminologia adotada, deve restar claro que o ato jurídico negocial não se confunde com o ato jurídico em sentido estrito, uma vez que neste último o fundamento é a declaração unilateral de vontade e a ausência de consenso.²³⁷

Dessa forma, a intenção dos autores certamente é emoldurar o acordo de leniência anticorrupção como o produto de manifestações bilaterais de vontade, aptos a produzir os efeitos jurídicos desejados pelas partes, no bojo de um processo. Ademais, merece destaque que o Supremo Tribunal Federal já enfrentou esse tema e conceituou o acordo de colaboração premiada – instrumento consensual utilizado pelas pessoas físicas em matéria penal – como negócio jurídico processual.

Na ocasião, o Ministro Dias Toffoli²³⁸ entendeu que o objeto do acordo é a “cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”.

Apesar da decisão se referir a outro instrumento consensual, essa inteligência se aplica integralmente ao acordo de leniência anticorrupção, uma vez que esse é celebrado no âmbito do processo administrativo e possui por finalidade o ajuste de vontades entre a Administração Pública e a pessoa jurídica investigada.

Desse modo, pode-se concluir que o acordo de leniência anticorrupção configura um negócio jurídico processual celebrado no âmbito do processo administrativo, na modalidade de acordo integrativo, uma vez que determina o

²³⁵ ZOCKUN, Maurício. Vinculação e Discricionariedade no Acordo de Leniência. In: **Direito do Estado**, n. 142, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 24 maio 2022.

²³⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. **Estudo Técnico n.º 01/2017**. Setembro de 2017, p. 49. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

²³⁷ Nas palavras de Marcos Bernades de Mello, o ato em sentido estrito tem como suporte fático a “declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas”. Cf.: MELLO, Marcos Bernades de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. V. 1. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2014. p. 539.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/SP. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ: 27/08/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 25 ago. 2022.

conteúdo discricionário do ato administrativo final.

3.2.3 Os acordos de leniência celebrados pela Controladoria-Geral da União

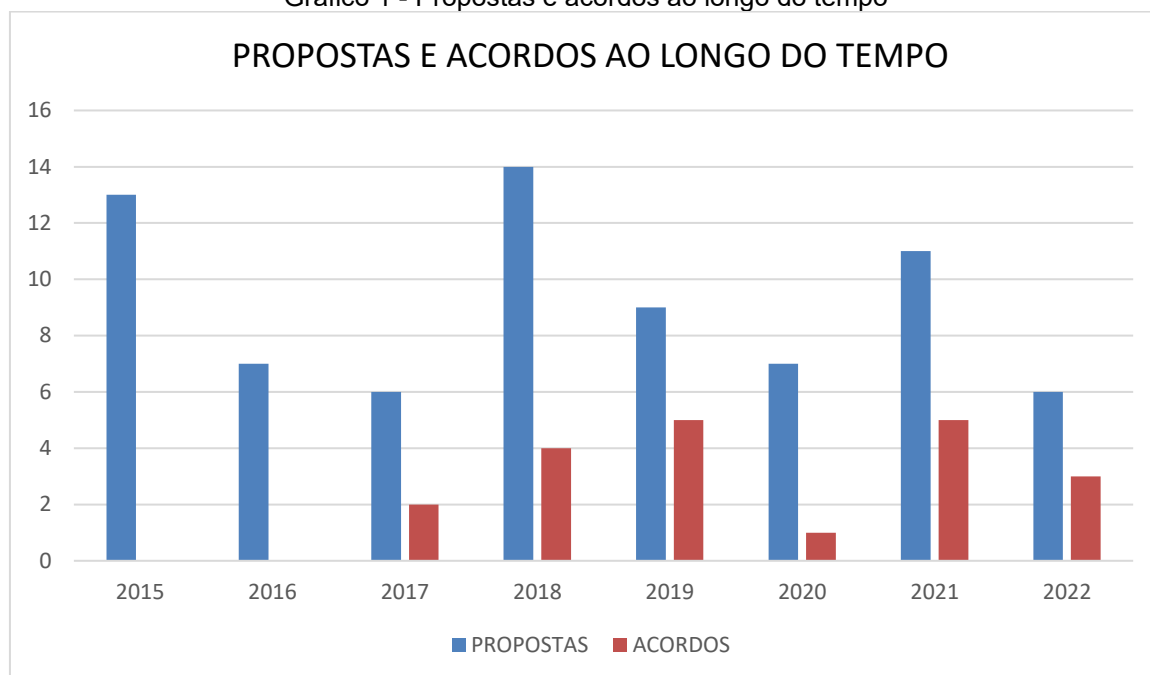
Desde a vigência da Lei Anticorrupção e do seu decreto regulamentador, 17 acordos de leniência anticorrupção foram celebrados junto à Controladoria-Geral da União. Apesar do número reduzido de compromissos, os acordos envolvem a cifra de 15 bilhões de reais, sendo que mais de 6 (seis) bilhões de reais já foram restituídos aos cofres públicos nos últimos anos. Essas informações são públicas e estão disponíveis no Painel de Acordos de Leniência da Controladoria-Geral da União.²³⁹

É curioso destacar que o percentual de acordos celebrados não é alto. Uma visão histórica demonstra que 69 propostas foram encerradas sem acordo no hiato de 8 (oito) anos. Isso significa que a cada 4 (quatro) propostas apenas 1 (um) acordo é celebrado pela CGU.

Vale dizer que as estatísticas da CGU não permitem confirmar se há crescimento ou redução na utilização dos acordos, pois o número de propostas recebidas anualmente e o número de acordos celebrados não guardam uma proporcionalidade específica. O gráfico abaixo apresenta a relação dos últimos 8 (oito) anos:

²³⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de Leniência**. S.d. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/combate-a-corrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em: 22 set. 2022.

Gráfico 1 - Propostas e acordos ao longo do tempo



Fonte: Controladoria-Geral da União

Conforme indicado no gráfico, o primeiro acordo foi celebrado pela CGU em 2017, com o Grupo UTC. Apesar dos fatos que originaram o acordo serem sigilosos, verifica-se que após a instauração do Processo Administrativo de Responsabilização foi firmado um memorando de entendimentos para criar balizas para o processo de negociação. Essa fase durou cerca de 2 (dois) anos e em 2017 as partes chegaram a um consenso.

Na sequência, foram adotados critérios de eficiência para calcular os valores a serem pagos a título de multa e ressarcimento ao patrimônio público. Em suma, foi ajustado que as empresas pagariam o valor global de R\$ 574.658.165,21 à União Federal, em 22 parcelas anuais, com previsão de término em 2038.

O acordo estabelece que no caso de inadimplemento haverá o período de tolerância de 60 dias e, não havendo o pagamento, o acordo de leniência será rescindido. Vale dizer que a rescisão do acordo implica na perda integral dos benefícios pactuados e no vencimento antecipado da dívida, com o consequente processo de execução sobre o valor total das multas previstas na Lei Anticorrupção (sem a incidência das reduções pactuadas).

No entanto, o Painel de Acordos de Leniência da CGU indica que até o mês de outubro de 2022 apenas R\$ 36.600.038,93 foram pagos. Ou seja: pouco mais do que o valor de uma única parcela. E mais, em julho de 2017, o Grupo UTC requereu a sua

recuperação judicial e alegou que sua dificuldade financeira decorria, dentre os vários motivos, do fato de os escândalos identificados impossibilitarem a empresa de participar de novas concorrências até a celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção.²⁴⁰

Fato é que o acordo contemplou prestações de execução diferida (em 22 anos) e meses depois o Grupo UTC entrou em recuperação judicial por dificuldades financeiras, colocando em xeque a sua possibilidade de arcar com as obrigações pactuadas e encerrar a controvérsia de forma consensual.

Situações análogas aconteceram com outras empresas investigadas. Como exemplo, o Grupo Odebrecht firmou um acordo de leniência para pagamento do valor global de R\$ 2,72 bilhões ao longo de 22 anos.²⁴¹ Todavia, após um ano, o grupo também entrou em recuperação judicial e colocou sob suspeita a sua condição financeira para cumprir com o acordo.

O Painel de Acordos de Leniência da CGU aponta que até o presente momento apenas R\$ 149 milhões foram pagos, o que equivale a cerca 5,5% do valor total pactuado. E mais, no caso do Grupo Odebrecht, já foram firmados 3 (três) termos aditivos para modificar os termos do compromisso.

Portanto, salvo casos específicos, constata-se que os mesmos padrões são mantidos nos acordos celebrados pela Controladoria-Geral da União: a existência de obrigações de execução diferida para pagamento da multa e reparação do dano; a rescisão do contrato em caso de inadimplemento; e a ausência de cláusulas de renegociação, mesmo que em caso de eventos supervenientes que alterem as condições originalmente pactuadas.

Aliás, verifica-se que a CGU caminha em sentido contrário às soluções consensuais de repactuação da avença. A minuta padrão dos acordos prevê que o não pagamento tempestivo das parcelas implica em um período de tolerância de 60 dias a contar do respectivo vencimento, devendo (i) na hipótese de pagamento, incidir multa moratória de 2% do valor da parcela em atraso; e (ii) na hipótese de atraso,

²⁴⁰ SÃO PAULO. **Processo n. 1069420-76.2017.8.26.0100**. Petição Inicial. UTC Participações S.A. 16/07/2017. Disponível em:

https://utcparticipacoes.com.br/conteudo/docs_2020/Pedido_Inicial_da_Recuperacao_Judicial.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁴¹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/07/acordo-de-leniencia-com-a-odebrecht-preve-ressarcimento-de-2-7-bilhoes>. Acesso em: 10 set. 2022.

haver a rescisão do acordo e a aplicação das sanções cabíveis.

Ainda, há previsão expressa de que os créditos não podem ser inseridos em plano de recuperação judicial e incluídos em programas de renegociação, abatimento ou parcelamento de débitos, devendo a empresa renunciar antecipadamente a qualquer pretensão nesse sentido. Os compromissos também disciplinam que o eventual descumprimento será apurado pelas autoridades celebrantes em processo administrativo e acarretará a perda dos benefícios pactuados, o vencimento antecipado da dívida e a execução dos valores devidos (sem a incidência das reduções pactuadas).

Por fim, prevê o ajuizamento das demais medidas judiciais necessárias, a inclusão da empresa no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública e a impossibilidade de celebração de novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos.

3.3 O DESEQUILÍBRIO SUPERVENIENTE DO ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO

Em decorrência da sua aplicação recente em matéria anticorrupção, o acordo de leniência possui fragilidades que merecem ser analisadas.²⁴²⁻²⁴³ Muito disso se deve ao fato de que esse instrumento está sendo aprimorado pela técnica *learning by doing*. Ou seja: as boas práticas estão sendo construídas conforme os casos estão sendo solucionados.

Nesse contexto, diversos desafios ainda precisam ser superados para que o acordo seja efetivo e proporcione a segurança jurídica que todos os celebrantes esperam. Caso isso não ocorra, apesar dos potenciais benefícios, a utilização do acordo de leniência anticorrupção estará fadada ao fracasso. Para se limitar a apenas 3 (três) exemplos, citam-se a descoordenação institucional existente, a indefinição sobre o controle posterior dos acordos e a dificuldade de conservação da avença em razão da ocorrência de circunstâncias supervenientes.

Os dois primeiros temas já foram objeto de diversos estudos e teses, motivo

²⁴² CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei n. 12.846 de 2013. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 370.

²⁴³ FERRARI, Isabela Rossi Cortes. **Transadministrativismo**: dinâmica e complexidade. Dissertação (Mestrado em Direito) – UERJ, Faculdade de Direito, 2017. p. 21-22.

pelo qual apenas o último, respectivamente, – que ainda não é explorado largamente pela doutrina – será analisado de forma aprofundada nesta dissertação.

3.3.1 As obrigações de execução diferida no acordo de leniência anticorrupção

Os acordos recentemente celebrados pela Controladoria-Geral da União comprovam que as obrigações pecuniárias de reparação do dano e de pagamento da multa se projetam no tempo e se caracterizam como de execução diferida. Essa modalidade tem como característica o fato de que a prestação não se exaure de modo imediato e exige certo lapso temporal para o seu adimplemento.

A obrigação de execução diferida, portanto, enseja a postergação do adimplemento da prestação para um momento futuro.²⁴⁴ Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo²⁴⁵:

Nos contratos de execução diferida, há interesse ou necessidade de que o adimplemento ocorra em um determinado momento, após a celebração da avença. O tempo funciona, assim, como fator de fixação da 'sede temporal', um termo assinalado à execução da prestação, marcando a distância entre o ato constitutivo da relação jurídica e o ato de adimplemento.

A título de exemplo, menciona-se a compra e venda celebrada com previsão de pagamento de preço a termo futuro.²⁴⁶ Uma parte significativa da doutrina entende que a obrigação é instantânea, na modalidade de execução diferida (e não imediata), uma vez que o cumprimento futuro e fracionado não desconfigura a singularidade da prestação. É o caso dos professores Orlando Gomes, Gustavo Tepedino e Sílvio de Salvo Venosa.²⁴⁷⁻²⁴⁸⁻²⁴⁹

Os referidos autores entendem que a prestação até poderia ser adimplida de uma só vez, mas as partes optam por dividi-la no tempo para que possam ser safisteitas conforme o interesse mútuo. Ou seja: a obrigação de execução diferida

²⁴⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 96.

²⁴⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço de mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil em contrato unilateral. In: **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 207.

²⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 210.

²⁴⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 96.

²⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo Tepedino; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Contratos**. V. 3, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 81.

²⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 110.

pode ser realizada em um só momento ou em diversas prestações, a depender da vontade das partes ou da característica do compromisso pactuado (que pode exigir um momento posterior para o adimplemento).²⁵⁰⁻²⁵¹

É isso que ocorre com as obrigações pecuniárias do acordo de leniência anticorrupção. Apesar de o pagamento do valor da multa e da reparação do dano poder ser feito de uma só vez (execução imediata), os celebrantes optam por estabelecer prestações anuais para viabilizar o adimplemento integral dos valores devidos (execução diferida).

Inclusive, por envolverem valores muito altos, até o presente momento poucos acordos foram celebrados sem o diferimento da execução. Uma exceção é o caso da empresa Amec Foster Wheeler, que pagou o valor global de aproximadamente 86 milhões de reais em uma única prestação.²⁵²

Entretanto, a característica de postergar o seu cumprimento ao longo do tempo sujeita as obrigações de execução diferida às “incertezas inevitáveis, próprias e imanes do futuro”.²⁵³ São, portanto, atos de comprometimento do futuro que estão sujeitos aos efeitos do tempo.²⁵⁴

Judith-Martins Costa²⁵⁵ pontua que os compromissos duradouros estão suscetíveis ao risco do desequilíbrio econômico por diversos fatores, tais como “financeiros, climáticos, estratégicos, ecológicos, fiscais, políticos, e, inclusive, o risco do inadimplemento de outros contratos, especialmente quando integram cadeias contratuais complexas”.

Assim, circunstâncias supervenientes podem vir a afetar o equilíbrio das prestações originalmente pactuadas pelas partes. A superveniência deve ser

²⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro, Roma e América. **Diritto Romano Comune**, n. 16, Roma: Università di Roma, 2003, p. 157.

²⁵¹ ZANETTI, Andrea Cristina. Delineamentos do contrato de execução diferida. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

²⁵² BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordos celebrados**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/combate-a-corrupcao/acordo-leniencia/acordos-celebrados>. Acesso em: 14 ago. 2022.

²⁵³ WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. V. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283.

²⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 7, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2010, p. 12.

²⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 7, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2010, p. 2.

entendida como a ocorrência de um acontecimento futuro, após a formalização da relação sinalagmática. Essa conceituação não gera dúvidas e é aceita pela doutrina de forma uníssona. No entanto, os juristas canalizam seus estudos aos elementos da extraordinariedade e da imprevisibilidade – que estão diretamente relacionados a esses fatos “posteriores”.

Para parte dos civilistas, os termos extraordinário e imprevisível são sinônimos e retratam um acontecimento “fora do comum, imprevisto ou inesperado”.²⁵⁶ Araken de Assis²⁵⁷ se filia a essa corrente e entende que ambos constituem uma situação de anormalidade no curso natural dos acontecimentos. Na mesma direção, Adalberto de Souza²⁵⁸ sustenta que o termo “extraordinário é lançado em reforço ao que é imprevisível, o que justifica, inclusive, a utilização conjunta das duas expressões”.

Outros estudiosos, no entanto, enxergam o direito de outro modo e reputam que as palavras possuem conceitos jurídicos distintos.²⁵⁹ Para esses, a definição de extraordinariedade exige um critério objetivo de probabilidade e se refere ao acontecimento que foge à regra da vida ordinária. Alguns exemplos desse fenômeno são as catástrofes naturais, as guerras e as epidemias em locais que não acontecem com frequência.²⁶⁰

A imprevisibilidade, por sua vez, ocorre quando as partes não conseguem antever o acontecimento de forma subjetiva. Maria Cândida Kroetz²⁶¹ ressalta que a imprevisibilidade é consubstanciada no momento em que ocorre o fato, a partir dos critérios de anormalidade, raridade ou repentinidade. Assim, é considerada imprevisível a circunstância que não seria antevista por uma pessoa diligente (homem médio).

Portanto, contém natureza relativa e observa a capacidade de os celebrantes

²⁵⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Forense: Rio de Janeiro, 1958. p. 244.

²⁵⁷ ASSIS, Araken de. Da Resolução por Onerosidade Excessiva. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 716-717.

²⁵⁸ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco Contratual, Onerosidade Excessiva & Contratos Aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 156.

²⁵⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 215.

²⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 217.

²⁶¹ KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Covid-19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade civil extracontratual. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 28 set. 2022.

preverem a ocorrência do fato de forma antecipada.²⁶² Luiz Olavo Baptista²⁶³ acrescenta que as circunstâncias imprevisíveis são sempre exteriores à vontade das partes e “não se devem às forças da natureza ou a fatos de terceiros, mas a movimentos do ambiente do contrato, especialmente os da economia”.

Nessa toada, a imprevisibilidade deve ser entendida a partir da possibilidade de representação de um acontecimento incerto em eventos ordinários. Entretanto, não se pode afirmar que eventos extraordinários são sempre imprevisíveis, pois muitas vezes podem ser antevistos pelas partes.²⁶⁴

Anderson Schreiber²⁶⁵ destaca que a doutrina alienígena tem enfrentado a distinção da extraordinariedade e da imprevisibilidade com base na objetividade do primeiro e na subjetividade do segundo. Isso, porque a técnica de aferição da imprevisibilidade gera controvérsias se o meio mais adequado é avaliar a capacidade subjetiva dos contratantes ou a impossibilidade de previsão por qualquer pessoa.

Ainda, há situações em que os eventos podem ser previstos anteriormente, mas as consequências geradas são incalculáveis. É o que pode ocorrer com o caso fortuito e a força maior, tendo em vista que estão ligados muito mais à inevitabilidade do que à imprevisibilidade do acontecimento.²⁶⁶ Aliás, o art. 393 do Código Civil disciplina que o caso fortuito e a força maior verificam-se “no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Logo, o critério objetivo para aferição é a inevitabilidade e irrestibilidade do evento. Nas Palavras de José dos Santos Carvalho Filho²⁶⁷, a força maior é o evento originário da vontade do homem, como a greve; e o caso fortuito é o acontecimento produzido pela natureza, como o terremoto e a tempestades. A despeito da (im)previsibilidade, fato é que essas ocorrências são aptas a gerar consequências incalculáveis às partes.

²⁶² DIAS, Antônio Pedro Medeiros. **Revisão e Resolução do Contrato por Excessiva Onerosidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013. p. 45.

²⁶³ BAPTISTA, Luiz Olavo. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). **Revista de Direito Público**, n. 66, São Paulo: RT, 1983. p. 270.

²⁶⁴ FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos Contratos**: Elementos para sua Construção Dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123.

²⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 218-219.

²⁶⁶ KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Covid-19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade civil extracontratual. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 28 set. 2022.

²⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 458.

De toda forma, não há dúvidas que as prestações de execução diferida possibilitam que eventos supervenientes, extraordinários, imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis afetem o equilíbrio originalmente combinado entre as partes.

3.3.2 As consequências jurídicas do desequilíbrio superveniente do acordo de leniência

O equilíbrio de um compromisso não se limita aos contratos propriamente ditos e deve abranger toda forma de solução consensual sinalagmática. Não à toa, Anderson Schreiber²⁶⁸ adota a nomenclatura “equilíbrio das prestações”. Essa harmonia entre as prestações exige a análise do complexo de direitos, faculdades, obrigações e ônus derivados do ajuste firmado entre as partes.

Na visão de Fernanda Paes Leme²⁶⁹, os efeitos dessas condições se presumem equivalentes e compreendem “não só as prestações principais, mas também as ditas secundárias e instrumentais, ônus, prerrogativas, enfim, todas as situações jurídicas derivadas do contrato e, também a coligação contratual”.

Desse modo, o equilíbrio das prestações não se limita às dimensões financeiras, mas envolve também as posições jurídicas estabelecidas. A doutrina italiana ensina que o equilíbrio engloba tanto a dimensão econômica como a dimensão normativa, que inclui os direitos e obrigações diretamente relacionados à prestação.²⁷⁰ Assim, o equilíbrio final da avença contempla todas as vantagens e concessões feitas pelos celebrantes e não somente as prestações econômicas.

Nesse sentido, o objetivo de manter o equilíbrio do acordo é impedir que um contratante sofra um prejuízo desproporcional ao cumprir as obrigações resultantes do processo prévio de negociação. Caso isso aconteça, haverá a quebra da correspectividade firmada entre as partes. Vale dizer que o desequilíbrio pode ser originário ou superveniente, a depender do momento de sua ocorrência.

²⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 69.

²⁶⁹ RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. **Princípio do Equilíbrio Funcional dos Contratos**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2016. p. 256.

²⁷⁰ BENEDETTI, Giuseppe. L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori. In: FERRONI, Lanfranco (coord). **Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002. p. 41.

Será originário quando existir desde a formação da avença, em decorrência de defeito no negócio jurídico por vício de vontade, notadamente nas situações de estado de perigo e lesão. O estado de perigo é disciplinado pelo artigo 156 do Código Civil e ocorre quando uma pessoa assume obrigação excessivamente onerosa para salvar a si ou a sua família de grave dano conhecido pela outra parte. A lesão, por seu turno, é prevista no artigo 157 do mesmo diploma e configura-se quando uma pessoa, em condição de necessidade ou inexperiência, obriga-se a uma prestação manifestamente desproporcional.

No entanto, essas hipóteses são excepcionais e as obrigações ajustadas pelas partes são consideradas paritárias e simétricas até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção. Por sua vez, o desequilíbrio será superveniente quando ocorrer eventos que alterem as condições originalmente pactuadas.

Esses acontecimentos são comuns nos compromissos que se estendem no tempo e as partes geralmente empregam técnicas jurídicas para disciplinar a repactuação das prestações. Entretanto, apesar de os acordos de leniência anticorrupção contemplarem obrigações de execução diferida, a Controladoria-Geral da União não prestigia o direito administrativo consensual e não contempla soluções para os casos que acarretam o desequilíbrio da avença.

E mais: após um breve período de tolerância, a metodologia empregada pela CGU direciona o inadimplemento à apuração do fato em um processo administrativo. Dessa forma, caso a pessoa jurídica não comprove o regular cumprimento das obrigações, o acordo será rescindido e haverá a perda integral dos benefícios pactuados.

A bem da verdade, os acordos até então publicizados foram celebrados sob a vigência do Decreto n.º 8.420/2015, que não contemplava qualquer possibilidade de renegociação das prestações no cenário pós-acordo. Todavia, o advento do Decreto n.º 11.129/2022 aproximou o acordo de leniência das soluções negociais e autorizou a modificação excepcional das obrigações pactuadas.

Contudo, o artigo 54 da referida lei condicionou essa alteração ao preenchimento de 5 (cinco) requisitos: (i) a ocorrência de um evento imprevisível ou que impossibilite o cumprimento das prestações; (ii) a manutenção dos resultados da Administração Pública na identificação dos infratores e na coleta de informações e documentos; (iii) a obtenção de consequências melhores do que a rescisão do acordo;

(iv) a boa-fé do particular (evidenciada através da informação antecipada do inadimplemento); e (v) a firmeza das garantias apresentadas.²⁷¹

Dessa forma, a redação do artigo limitou a possibilidade de modificação aos eventos imprevisíveis ou que tornem impossível o cumprimento das obrigações. Ou seja, restringiu a incidência normativa aos fatos não antevistos pelas partes ou que inviabilizam o adimplemento integral das prestações.

Além disso, o legislador focou sua atenção nas prestações pecuniárias do acordo de leniência. Por um lado, andou bem, pois essas certamente se estendem no tempo e estão sujeitas aos eventos do futuro; por outro lado, deixou de considerar que o equilíbrio do acordo também é composto por obrigações de fazer.

Conforme já elencado, para além da reparação do dano e do pagamento da multa, o particular se compromete a cooperar com as investigações e o processo administrativo; a comparecer nos atos processuais; a fornecer informações e documentos que comprovem o ilícito; e a implementar um programa de integridade.

Embora muitas dessas prestações sejam cumpridas como uma condição anterior a celebração do acordo, algumas delas também podem se estender no tempo e se sujeitar a eventos supervenientes, como ocorre com obrigações de prestar declarações em outros processos ou auxiliar na instrução com o fornecimento de provas. Contudo, a legislação se refere muito mais às prestações pecuniárias do que às obrigações colaborativas e preventivas da pessoa jurídica.

A nova lei também não disciplinou as balizas para a renegociação, deixando uma grande margem de discricionariedade ao gestor público. Com o devido respeito, essa superficialidade gera insegurança para o administrador aplicar a norma e incentiva desentendimentos entre as partes.

Uma simples comparação entre o Decreto n.º 11.129/2022 e a Lei de Licitações e Contratos Administrativo evidencia que a primeira adota uma redação tímida e não detalha a etapa de repactuação dos contratos. A título exemplificativo, o artigo 124 desta normativa prevê que a modificação será admitida, por acordo entre as partes, quando conveniente para alterar a forma de pagamento por imposição de circunstância supervenientes e para reestabelecer o equilíbrio-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou em decorrência de

²⁷¹ Entende-se que o legislador acertou ao se preocupar em satisfazer o interesse público no caso concreto e prestigiar os colaboradores de boa-fé.

fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato como pactuado.²⁷²

Os dispositivos subsequentes estabelecem outras exigências e caminhos para a repactuação do contrato em casos específicos. Dessa forma, o legislador foi assertivo e fez constar redação abrangente sobre o reequilíbrio das prestações afetadas por eventos supervenientes na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

De outro lado, a normativa anticorrupção foi sucinta e ignorou a possibilidade de um acontecimento previsível dificultar o cumprimento das obrigações ajustadas. Essa situação ocorre com os eventos de consequências incalculáveis, que apesar de previsíveis pelas partes, geram efeitos não estimados nas prestações do acordo.

Nesses casos, a Lei Anticorrupção não admite a alteração do acordo de leniência e disciplina a sua imediata rescisão pela Administração Pública. Logo, existe uma extensa lacuna legislativa para a renegociação do acordo em circunstâncias que não se classifiquem como imprevisíveis ou não impossibilitem o cumprimento das prestações originárias.

3.3.3 A teoria da imprevisão e o desafio para conservação do acordo de leniência anticorrupção

Diante das possibilidades de desequilíbrio superveniente das prestações pactuadas, a doutrina desenvolveu diversas teorias para dar respostas adequadas e resguardar os interesses dos contratantes. A principal a ser estudada neste trabalho é a teoria da imprevisão, que foi adotada pelo Código Civil brasileiro no artigo 478.

Essa teoria teve origem na França, a partir da análise de um contrato de concessão envolvendo um ente público. À época, com a intenção de viabilizar a continuidade do serviço público, a jurisprudência decidiu que circunstâncias imprevisíveis poderiam afetar o equilíbrio econômico do contrato. Como consequência, permitiu-se, em caráter excepcional, a flexibilização do *pacta sunt servanda* para autorizar a indenização do particular ante a variação de custos que excederam a álea econômica do contrato.²⁷³

²⁷² BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

²⁷³ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 191.

A teoria sofreu uma resistência inicial e se desenvolveu após a primeira guerra mundial. Em razão dos efeitos físicos e econômicos do embate, a doutrina civilista passou a defender a necessidade de uma alteração legislativa para a incidência da teoria da imprevisão em contratos privados.

Entretanto, somente em 2016 a referida teoria foi introduzida no artigo 1.195 do código francês. A redação do artigo é bem traduzida por Anderson Schreiber²⁷⁴:

Se uma mudança das circunstâncias imprevisível ao tempo da conclusão do contrato torna a execução excessivamente onerosa para uma parte que não tenha aceitado assumir o respectivo risco, pode tal parte demandar uma renegociação do contrato à contraparte. Ela continua a executar suas obrigações durante a renegociação. Em caso de recusa ou fracasso da renegociação, as partes podem acordar pela resolução do contrato, na data e nas condições que determinem, ou demandar de comum acordo ao juiz que proceda à sua adaptação. Na falta de acordo dentro de um prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma parte, revisar o contrato ou extingui-lo na data e nas condições que determine.

O legislador francês seguiu a orientação construída pela jurisprudência e positivou 3 (três) principais requisitos para esta teoria: a ocorrência de circunstâncias imprevisíveis, a mudança nas condições do contrato e a execução excessivamente onerosa para uma das partes. Além disso, é salutar reconhecer que o dispositivo privilegia expressamente a renegociação da avença como a primeira medida a ser adotada entre as partes no caso de onerosidade excessiva.

O ordenamento jurídico brasileiro introduziu esta teoria no artigo 478 do Código Civil e disciplinou a extinção do vínculo contratual nos casos de prestações de execução continuada ou diferida, quando a prestação se torna excessivamente onerosa a uma das partes e cria uma vantagem extrema para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Logo, exigiu a ocorrência de 4 (quatro) elementos para sua incidência: (i) um evento imprevisível; (ii) a existência de prestações de longa duração; (iii) a onerosidade excessiva; e (iv) a vantagem extrema de uma das partes. Ainda, o direito pátrio indicou a resolução da avença como a primeira *ratio* para solução desse problema.

Ademais, deve-se mencionar que a teoria da imprevisão foi incorporada à legislação que disciplina as licitações e os contratos administrativos há bastante tempo. A Lei n.º 8.666/1993 já previa que os prazos de início de etapas de execução,

²⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 195.

de conclusão e de entrega admitem prorrogação no caso de superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato (§ 1º, II). Além disso, conforme já mencionado no tópico 3.3.2, a recente Lei n.º 14.133/2021 também contemplou a possibilidade de modificação do contrato para reestabelecer o equilíbrio financeiro inicial, por acordo entre as partes, nos casos de eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis.

Os conceitos de execução continuada ou diferida e de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis já foram enfrentados acima, razão pela qual não serão analisados novamente. De todo modo, faz-se necessário analisar os conceitos de onerosidade excessiva e de vantagem extrema para bem compreender o tema.

A onerosidade excessiva pode ser identificada como a dificuldade de a parte cumprir com a prestação estipulada. Apesar de não possuir um conceito único, resta evidente que esta não se confunde com a impossibilidade absoluta de cumprimento da obrigação.²⁷⁵ No entender da doutrina italiana, a onerosidade configura uma “impossibilidade atenuada”.²⁷⁶ Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁷⁷ se aproxima dessa linha de pensamento e reputa que a onerosidade equivale a um “agravo quantitativo notável no custo da prestação”.

Nesse sentido, sustenta-se haver a perda da equivalência entre as prestações de um contrato. Assim, a onerosidade revela uma “desproporção macroscópica e injustificada” no equilíbrio do compromisso firmado.²⁷⁸ Com efeito, essa situação desequilibrada pode acarretar o benefício indevido da outra parte da relação sinalagmática.²⁷⁹ Trata-se, portanto, de um cenário em que uma parte sofre prejuízo e a outra auferir uma vantagem extrema.

Em um primeiro momento, essa vantagem exagerada foi atrelada pela doutrina ao enriquecimento sem causa de um dos contratantes. Todavia, essa relação reduz o

²⁷⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.178

²⁷⁶ PISU, Luciana Cabella. I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta. In: VISINTINI, Giovanna. **Trattato della responsabilità contrattuale**. Pádua: Cedam, 2009, p. 537-570. V. I, p. 551.

²⁷⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil: Da Extinção dos Contratos, v. VI, t. II. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 908.

²⁷⁸ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **A Revisão Judicial dos Contratos no Novo Código de Processo Civil, Código do Consumidor e Lei 8.666/93**: a onerosidade excessiva superveniente. São Paulo: Atlas, 2006. p. 73.

²⁷⁹ DIAS, Antônio Pedro Medeiros. **Revisão e Resolução do Contrato por Excessiva Onerosidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013. p. 71.

campo de incidência da proteção contra a onerosidade excessiva, uma vez que os fatos modificativos podem incidir igualmente sobre as partes e não criar uma vantagem abundante para uma delas.²⁸⁰

Desse modo, esse conceito passou a ser visto como um reflexo da onerosidade excessiva. Ou seja: a existência e a manutenção da avença nas condições alteradas, por si só, podem constituir uma situação de extrema vantagem a uma das partes.²⁸¹ Nas palavras de Nelly Potter²⁸², isso ocorre, porque “qualquer obrigação com a mesma natureza, em vista do novo contexto, jamais seria celebrada com aqueles termos”.

Anderson Schreiber²⁸³ reforça que a vantagem extrema poderá ser verificada quando um dos celebrantes obter uma prestação por valor inferior ao que é ofertado no mercado. Diante dessas características, verifica-se que a teoria da imprevisão incide quando uma prestação se torna notavelmente mais gravosa para uma das partes do que era no momento em que foi estipulada.²⁸⁴

Para Enzo Roppo²⁸⁵, diante da onerosidade excessiva e da extrema vantagem, haverá desequilíbrio econômico dos termos estabelecidos e o fato superveniente será causa de resolução da avença. Os artigos 479 e 480 do Código Civil acrescentam que a resolução poderá ser evitada caso o réu tenha interesse em modificar equitativamente as condições da avença ou pleiteie a redução da prestação ou a alteração do modo de executá-la. À vista disso, se não houver boa vontade da parte beneficiada para renegociar, o direito brasileiro adota como regra a extinção da obrigação.

Entretanto, entende-se que a resolução do compromisso celebrado rompe o interesse anteriormente estabelecido e fomenta um litígio entre as partes. Anderson Schreiber salienta que “a resolução produz a ruptura da relação contratual, com retorno das partes ao *status quo ante*”. Esse retorno, contudo, não é de fácil implementação e agride a vontade das partes.²⁸⁶

²⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 152.

²⁸¹ DIAS, Antônio Pedro Medeiros. **Revisão e Resolução do Contrato por Excessiva Onerosidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013. p. 71.

²⁸² WELTON, Nelly Maria Potter. **Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil: Conforme Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 149.

²⁸³ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 231.

²⁸⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.180.

²⁸⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 259.

²⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 321.

Ademais, a resolução pode configurar uma solução desproporcional aos casos de desequilíbrio das prestações, na medida em que este passa a ser visto como algo natural às relações contratuais que se estendem no tempo. Nesse sentido, a resolução dos compromissos certamente não é a única e nem a melhor solução à disposição das partes.

No caso do acordo de leniência anticorrupção, iniciar um processo administrativo voltado à rescisão do acordo certamente não será a solução mais adequada em todos os casos. Primeiro, pois a própria Administração Pública perde a oportunidade de coletar evidências complementares de atos ilícitos, de celebrar obrigações de fazer alternativas e de receber os valores devidos de forma célere, ainda que diferentemente das condições pactuadas anteriormente.

Segundo, porque o fato de a rescisão do acordo ser a única solução ofertada ao gestor público desacredita as partes sobre a consensualidade no acordo de leniência. A imagem que impera é que o acordo beneficia apenas o ente público e reforça a atuação imperativa da Administração. Ou seja, coloca a pessoa jurídica em uma situação de fragilidade e vulnerabilidade, de modo a desincentivar a celebração da avença por outras empresas.

Terceiro, é visível a desproporcionalidade da rescisão do acordo em eventual descumprimento de uma parcela da prestação pecuniária. Para ilustrar a situação, imagina-se que a empresa X celebrou um acordo de leniência anticorrupção com a CGU e se obrigou a pagar o valor global de R\$ 100 milhões, dividido igualmente em 10 parcelas anuais. Na ocasião, a pessoa jurídica admitiu a participação no ilícito, cooperou com a investigação e o processo administrativo, apresentou informações e provas contundentes, implementou um programa efetivo de integridade e pagou pontualmente as primeiras 7 (sete) prestações.

No entanto, antes do pagamento da oitava parcela, ocorre um evento de consequências incalculáveis e abala a sua condição financeira de arcar com as 3 (três) últimas prestações. Seria juridicamente adequado rescindir o acordo e impossibilitar o benefício da leniência a uma empresa que já cumpriu mais de 70% do pactuado (considerando as obrigações pecuniária e as de fazer)?

Aparentemente não. A afetação de uma parte reduzida das prestações pecuniárias não pode desestabilizar todo o acordo, uma vez que o particular já cumpriu diversas outras obrigações que compõe o equilíbrio ajustado. Nesse sentido, a rescisão imediata ignora o contexto global e desincentiva qualquer empresa a confiar

na condução a ser adotada pela Administração Pública caso um evento superveniente venha a ocorrer.

Aliás, em casos similares ao narrado acima, a rescisão da avença iria de encontro à teoria do adimplemento substancial do contrato, que impede o uso desequilibrado do direito de resolução quando uma quantia considerável da obrigação já foi adimplida pelo devedor. De origem inglesa, essa teoria está assentada nos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da vedação ao abuso de direito e da vedação ao enriquecimento sem causa.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior ensina que a doutrina internacional formula três requisitos para admitir a aplicação da referida teoria: (i) a insignificância do inadimplemento; (ii) a satisfação do interesse do credor; e (iii) a diligência por parte do devedor no desempenho da sua prestação.²⁸⁷ Esses parâmetros foram acolhidos pela Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência é no seguinte sentido:

1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". 2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.²⁸⁸

Por fim, deve-se pontuar que a rescisão do acordo terá grandes chances de acabar em uma eterna discussão judicial, que se arrastará por anos e certamente

²⁸⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos**: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72.

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial nº 1.051.270-RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 05/09/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=837488&num_registro=200800893455&data=20110905&formato=PDF. Acesso em: 07 dez. 2022.

atrasará o pagamento da multa e o ressarcimento do dano pelo particular. Dessa forma, em vista da ausência de disciplina legal mais detalhada sobre o acordo de leniência anticorrupção, o desafio a ser superado é como as partes podem conservar o acordo de leniência anticorrupção no tempo e viabilizar o seu adimplemento integral?

4 A VIABILIDADE JURÍDICA DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP* PARA PRESERVAR O ACORDO DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO

Os capítulos anteriores evidenciam que a lógica consensual se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro e que o acordo de leniência anticorrupção proporciona benefícios mútuos aos celebrantes. Entretanto, ainda existem desafios a serem enfrentados para assegurar a sua conservação no tempo e o seu adimplemento integral pelo particular.

Um dos principais obstáculos é assegurar o equilíbrio das condições pactuadas após a ocorrência de eventos supervenientes que afetam as bases originalmente convencionadas pelas partes. Diante desse cenário, verifica-se que a disciplina normativa se limita a tutelar os casos de imprevisibilidade e não cria soluções para outros eventos futuros que possam vir a ocorrer, tais como os previsíveis e de consequências incalculáveis.

Uma possível solução é buscar respostas no direito privado, que já possui um arcabouço teórico consolidado para evitar a resolução do compromisso e conservar o mesmo através de alternativas dialógicas. Especificamente, o direito civil e o direito internacional disciplinam a cláusula de *hardship* como um instrumento que possibilita o reequilíbrio das prestações afetadas por fatos supervenientes por meio da renegociação direta entre as partes.

Em uma tradução livre, a cláusula de *hardship* deve ser compreendida como uma *cláusula de dificuldade* que pactua um meio para resolução de eventuais conflitos que surjam no decorrer do contrato, decorrentes de fatores diversos como a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos.

Nessa conjuntura, o presente capítulo se propõe a analisar a adequação da cláusula de *hardship* para conservar o acordo de leniência anticorrupção até o adimplemento de todas as prestações. Para tanto, o tópico 4.1. define a cláusula de *hardship* e apresenta as suas características; o tópico 4.2. destaca a sua compatibilidade com a ordem jurídica brasileira; e o tópico 4.3. enfrenta o dever de renegociação para conservação do acordo de leniência anticorrupção.

4.1 A DEFINIÇÃO DE *HARDSHIP*

O desenvolvimento do comércio internacional foi marcado pela ascensão da

globalização e da tecnologia, fatos que impulsionaram o alargamento dos mercados e das transações comerciais. Como consequência desse fenômeno, surgiram conflitos relativos ao embate de legislações e à oscilação da economia mundial.

Nesse contexto, coube ao Direito criar normas e práticas para trazer segurança aos acordos e contratos internacionais de longa duração, que usualmente estavam expostos a eventos supervenientes. Em 1983, Dietrich Maskow²⁸⁹ propôs regras de adaptação dos contratos para integrar a Codificação Progressiva do Direito do Comércio Internacional.

As alterações de circunstâncias ganharam relevância em razão do prazo de duração dos contratos comerciais internacionais e da complexidade do contexto político, econômico e social em que estão inseridos. Por conseguinte, aprofundou-se o estudo sobre os eventos capazes de alterar as condições originalmente celebradas e as soluções que seriam dadas a esses casos.²⁹⁰

Para contornar essa dificuldade, a cláusula de *hardship* foi sugerida como uma regra para a readaptação da avença. Débora Visconte²⁹¹ destaca que esse remédio jurídico se aplica às “alterações de circunstâncias que não poderiam ter sido previstas ou evitadas, que fogem ao controle da parte, bem como aos riscos por ela assumidos”.

Em abril de 1986, um Grupo de Estudos analisou esse tema e reforçou a necessidade de regras sobre a *hardship* nos Princípios do UNIDROIT. Inclusive, consignou que a resolução da avença não é a melhor opção às partes, mas sim a sua adaptação.²⁹² Entretanto, limitou a aplicação da *hardship* às modificações significativas que não estivessem contempladas na álea ordinária do contrato.

Na sequência, outra reunião de estudo foi realizada e novas propostas foram formalizadas. Um dos pontos centrais do debate foi que a *hardship* não deve abranger somente eventos supervenientes à celebração do contrato, mas também fatos anteriores desconhecidos. Como resultado desses estudos, a *hardship* foi inserida no

²⁸⁹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. **Progressive Codification of International Trade Law**. Proposed rules on *Hardship* with Introduction and Explanatory Report. Rome, February 1983, p. 5-6. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/documents/1983/study50/s-50-024-e.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

²⁹⁰ VISCONTE, Debora. **Contratos de Longa Duração: Alterações de Circunstâncias no Direito Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2017. p. 99.

²⁹¹ VISCONTE, Debora. **Contratos de Longa Duração: Alterações de Circunstâncias no Direito Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2017. p. 100.

²⁹² INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. **Working Group for the preparation of Principles for International Commercial Contracts**. Rome, april 1986, p. 13. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/documents/1986/study50/s-50-misc09-e.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

artigo 6.2.2 dos Princípios do UNIDROIT, com a seguinte redação:

Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e

- (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
- (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;
- (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e
- (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.²⁹³

O artigo subsequente acrescenta que a parte em desvantagem deverá indicar as razões que fundamentam o desequilíbrio do contrato e poderá pleitear a renegociação da avença. No entanto, a normativa não estabelece em que medida deverá ser o desequilíbrio a ponto de alterar significativamente o contrato. Aliás, Stefan Vogenauer²⁹⁴ faz esta provocação e não encontra uma resposta uniforme.

De acordo os comentários dos Princípios do UNIDROIT, a alteração será fundamental quando for igual ou superior a 50% do valor da prestação.²⁹⁵ Ademais, há quem sustente que existem 4 (quatro) situações que autorizam a flexibilização do contrato: (i) quando o aumento ou a diminuição do valor da prestação não puder ser mensurado numericamente; (ii) quando a alteração do custo da prestação for significativamente reduzida ou aumentada; (iii) quando o aumento ou a diminuição dos custos for indireto; ou (iv) quando ocorrer a *frustration of purpose*.²⁹⁶

Pelo viés da jurisprudência, Débora Visconte enfrenta esse tema e verifica que a medida do “desequilíbrio” é adotada casualmente pelos tribunais internacionais. Para se limitar a um único exemplo, o Tribunal Comercial Regional da Lituânia entende que haverá desequilíbrio quando as circunstâncias demonstrarem que as partes não teriam firmado o contrato se pudessem antever a alteração no momento da sua

²⁹³ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. Rome, 2016, p. 218. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

²⁹⁴ VOGENAUER, Stefan. **Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 816.

²⁹⁵ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. **Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais Unidroit. Versão provisória publicada em língua portuguesa**. Publicada pelo Ministério da Justiça. Roma, 1995, p. 175.

²⁹⁶ DANTAS, Carla de Calvo. **A Cláusula de Hardship numa Visão Comparada**. Dissertação (Mestrado de Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018. p. 85.

formalização.²⁹⁷

Esse posicionamento é bastante razoável e pode ser aplicado em diferentes situações. De todo modo, a questão foge ao objeto deste trabalho e comporta diferentes entendimentos sobre os limites de sua aplicação. Fato é que verificada a alteração das circunstâncias, as partes deverão alcançar um acordo em “tempo razoável”, nos termos do artigo 6.2.3 da UNIDROIT. Alternativamente, caso o consenso não seja possível, os contratantes poderão recorrer ao tribunal para pleitear a extinção do contrato ou o seu reequilíbrio.

Essa redação inovou no ordenamento jurídico e orientou o estudo sobre a alteração de circunstâncias no direito. Não à toa, os Princípios da UNIDROIT permanecem vigente até os dias atuais e são aplicáveis aos diferentes contratos internacionais. Mas não é só, essa disciplina também influencia a utilização da *hardship* em outras esferas do direito, como será visto nesta dissertação.

4.1.1 As características da *hardship*

A partir da publicação dos Princípios da UNIDROIT, a doutrina internacional construiu o entendimento de que a *hardship* consiste em uma situação fática que permite a renegociação do compromisso ajustado após a ocorrência de eventos futuros que alterem as condições originalmente pactuadas.²⁹⁸⁻²⁹⁹

O objetivo da *hardship* é assegurar a recomposição das prestações ao novo contexto gerado pelo fato superveniente e evitar uma situação de onerosidade para uma das partes.³⁰⁰ Nas palavras de Luiz Olavo Batista³⁰¹:

[...] permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alterem substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual alguns querem reconduzir a referida cláusula [...]. Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de fatos que alterem a economia das

²⁹⁷ VISCONTE, Debora. **Contratos de Longa Duração: Alterações de Circunstâncias no Direito Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2017. p. 114.

²⁹⁸ SORNARAJAH, M. Supremacy of the renegotiation clause in international contracts. **Journal of International Arbitration**, v. 5, n. 2, 1988, p. 106.

²⁹⁹ FABRE, Régis. Les clauses d'adaptation dans les contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1983, p. 30.

³⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2010. p. 3.

³⁰¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos Contratos Internacionais – Uma Visão Teórica e Prática**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 143-144

partes, para manter [...] sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato.

Vicenzo Cesàro³⁰² acrescenta que a *hardship* é um modelo convencional vinculante, por meio do qual os contratantes se obrigam a renovar a relação constituída para adequá-la aos interesses originários. Assim, configura um elemento de construção do compromisso, moldado pelos eventos perturbadores e pelos interesses das partes no direcionamento das negociações.³⁰³

Dessa forma, a *hardship* assume duas principais finalidades: a de possibilitar a renegociação das prestações quando houver a quebra do equilíbrio (positiva) e a de evitar e resolução do contrato (negativa).³⁰⁴ De forma mais ampla, há quem sustente que as 4 (quatro) principais funções da *hardship* são (i) assegurar a preservação do equilíbrio econômico e a continuação do contrato; (ii) atuar como meio de repartição dos custos resultantes do evento superveniente; (iii) impedir a extinção contratual pela onerosidade excessiva; e (iv) encontrar um novo regime que atenda aos interesses mútuos.³⁰⁵

Nesse sentido, a *hardship* atua como uma ferramenta de flexibilização do contrato, destinada à sua manutenção e longevidade.³⁰⁶ Entretanto, essa flexibilidade não é absoluta e as partes devem acordar sobre os elementos essenciais para a readaptação da avença.³⁰⁷

Assim, primeiramente, as partes devem instrumentalizar a *hardship* em uma

³⁰² CESÀRO, Vincenzo Maria. **Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 21. No original: “[...] modello convenzionale già vincolante per i contraenti, ma non definito in un contenuto rigido o schematizzato, attraverso il quale le parti, [...], sono obbligate ad accertare la consistenza e la rilevanza sul rapporto già costituito, per rinnovarlo nel punto critico ponendo mano ad una soluzione non preventivamente individuata, ma adottandone una coerente con l'originaria composizione di interessi.”

³⁰³ MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A Cláusula de Hardship e o Contrato Interno e Internacional**. S.d. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/artigos/Luiz%20Gustavo%20Meira%20Moser%20Comercio.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

³⁰⁴ GOMES, Orlando. A ‘*hardship* clause’ no contrato de empreitada. In: **Novíssimas questões de Direito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984. p. 187-188.

³⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 7, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2010. p. 20.

³⁰⁶ COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de “*hardship*” nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil**, n. 97, São Paulo: RT, 1995. p. 77.

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 7, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2010. p. 3.

cláusula escrita para estipular as circunstâncias merecedoras de readaptação e o caminho a ser seguido para a renegociação do compromisso. Logo, deve contemplar tanto a possibilidade de renegociar, quanto os acontecimentos aptos a gerar esse efeito.³⁰⁸

Aliás, a doutrina já se desamarrou do entendimento de que a *hardship* deve estar atrelada necessariamente a um fato imprevisível. Hoje, entende-se que a *hardship* pode dizer respeito não apenas a circunstâncias imprevisíveis, mas “a circunstâncias previstas no *an*, mas incertas no *quantum*”.³⁰⁹

Ana Maria Nusdeo e José Augusto Costa³¹⁰ afirmam que as hipóteses da *hardship* geralmente fazem referência às circunstâncias qualificadas pelas consequências que possam influenciar a economia do contrato e não necessariamente a um evento excepcional. No mesmo sentido, Rodrigo Uribe³¹¹ ensina que a aplicabilidade da cláusula envolve a descrição das circunstâncias que irão ensejar a sua incidência e as suas consequências na relação contratual.

Diante desses aspectos, é essencial que a redação da cláusula seja estipulada de forma detalhada e em estrita conformidade com as peculiaridades da avença. Débora Visconte³¹² ressalta que a “base para o sucesso da aplicação da cláusula está em definir de forma adequada os eventos que irão ensejar o dever de renegociar”. As partes gozam de liberdade para indicar uma fórmula genérica, um rol exemplificativo ou descrever minuciosamente as hipóteses de incidência da *hardship*.³¹³

Para apresentar alguns exemplos de redação genérica, as partes podem expressar a alteração de circunstâncias indicando “se houver a ocorrência de um evento interveniente ou mudança de circunstâncias” ou “um evento interveniente ou mudança de circunstâncias fora do referido controle da parte, agindo como um

³⁰⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**: regime jurídico e parâmetros funcionais para a sua fixação. 2015. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 51.

³⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 7, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2010. p. 4.

³¹⁰ COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. **Revista dos Tribunais**, v. 4, p. 633-672, jun, 2011. p. 6.

³¹¹ URIBE, Rodrigo Andrés Momberg. **The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts**. Comparative perspectives. Cambridge: Intersentia, Metro, 2011. Disponível em: <http://intersentia.com/en/pdf/viewer/download/id/9781780680057>. Acesso em: 25 set. 2022. p. 225

³¹² VISCONTE, Debora. **Contratos de Longa Duração**: Alterações de Circunstâncias no Direito Internacional. Tese (Doutorado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2017. p. 153.

³¹³ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação**. Estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 83

operador prudente e razoável”.

A redação aberta confere menos certeza aos contratantes e possibilita conflitos de interpretação, mas permite maior espaço para as partes dialogarem e administrarem os efeitos das modificações no caso concreto.³¹⁴

Por outro lado, as partes podem adotar uma redação específica e estabelecer, por exemplo, que haverá o desequilíbrio das prestações “devido a mudanças de circunstâncias como, mudanças de valores monetários ou regulações ou ações governamentais discriminatórias ou tarifas aduaneiras diferenciadas”.³¹⁵ Além disso, podem fixar os prazos, as hipóteses de incidência, o procedimento de renegociação e até mesmo contemplar uma cláusula escalonada com a prévia exigência de mediação para auxiliar na recomposição do ajuste.

Para além de descrever as hipóteses que podem ensejar a alteração de circunstâncias, uma cláusula adequada deve determinar a consequência da circunstância modificada, como o prejuízo material, a quebra do equilíbrio contratual, a injustiça ou a desproporcionalidade. Nessa toada, Frederico Glitz³¹⁶ sustenta que a ocorrência do fato em si não invoca a *hardship*, sendo imprescindível que as suas consequências afetem a prestação contratual.

Aliás, estabelecer regras procedimentais mínimas é essencial para assegurar o interesse das partes e diminuir o risco de conflitos. A *International Chamber of Commerce* (ICC) elaborou um modelo orientativo de *hardship* para auxiliar os contratantes na previsão da *hardship*.³¹⁷ Conforme aponta Carla Dantas³¹⁸, a cláusula deve indicar que:

[1]. A parte de um contrato é obrigada a cumprir com o seu dever contratual mesmo nos casos em que eventos tenham tornado o cumprimento do contrato mais onerosos do que, razoavelmente, poderia se ter antecipado no momento da conclusão do contrato. [2] Não obstante o parágrafo 1º desta cláusula, quando a parte de um contrato comprovar: a) o cumprimento dos seus deveres contratuais tiver se tornado excessivamente onerosos em razão de um evento que esteja razoavelmente fora do seu controle, que não poderia ser razoavelmente esperado de ser tomado em consideração no momento da

³¹⁴ CESÀRO, Vincenzo Maria. **Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 129.

³¹⁵ COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. **Revista dos Tribunais**, v. 4, p. 633-672, jun. 2011. p. 6.

³¹⁶ GLITZ, Frederico. Contrato Internacional na Crise: Reflexões sobre as Cláusulas de Força Maior e *Hardship* em Tempos de Covid-19. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 48, n. 2, pp. 11-42, jul./dez, 2020. p. 18.

³¹⁷ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC. **Hardship Clause**. Paris, 2003.

³¹⁸ DANTAS, Carla de Calvo. **A Cláusula de Hardship numa Visão Comparada**. Dissertação (Mestrado de Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018. p. 98.

conclusão do contrato e que, b) não poderia ser razoavelmente evitado ou superado, seja o evento ou suas consequências, a parte é obrigada, com um tempo razoável de invocação desta cláusula, de negociar alternativas para os termos do contrato que razoavelmente permitam superar as consequências do evento. [3] Quando o parágrafo 2º desta cláusula se aplicar, mas quando uma alternativa contratual aos termos do contrato que seja razoável para permitir as consequências do evento não for acordada pela outra parte do contrato como provado no parágrafo, a parte que invoca esta cláusula pode concluir o contrato.

Adverte-se que essa “cláusula-tipo” se propõe a apresentar uma versão inicial e deverá ser complementada pelos contratantes conforme o caso concreto. Por conseguinte, independentemente do modelo adotado, resta claro que as partes gozam de liberdade criativa para estipular as condições para a readaptação da avença.³¹⁹

4.1.2 A individualização da cláusula de *hardship*

Diante das características acima apresentadas, é importante destacar que a cláusula de *hardship* não se confunde com as soluções já previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Para atestar essa singularidade, apresentam-se as diferenças entre a *hardship* e as cláusulas de revisão consensual (de indexação, de caso fortuito ou força maior e de reajuste ou repactuação) e de revisão judicial.

Giovanni Ettore Nanni³²⁰ pontua que a obrigação de renegociar não se confunde com as cláusulas contratuais que acarretam a alteração automática da avença, como a indexação de preços, a cláusula de escala móvel, a correção monetária por índice econômico, a variação cambial e os chamados gatilhos.

A cláusula de indexação, também conhecida como de readaptação automática, decorre da autonomia das partes e é utilizada para disciplinar o impacto de eventos antevistos e que geralmente são controlados pelas partes.³²¹ A indexação atua como um instrumento para atenuar mecanicamente os efeitos do evento previsto.³²² José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo³²³ ensinam que:

Cláusulas monetárias (ouro, dólar), de revisão automática de preços, de

³¹⁹ MELO, Jairo Silva. **Contratos Internacionais e Cláusulas Hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 110.

³²⁰ NANNI, Giovanni Ettore A obrigação de renegociar no Direito Contratual Brasileiro. **Revista do Advogado**, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXII, jul. 2012, nr. 116., p. 88-96. p. 89.

³²¹ PRADO, Maurício Almeida. **Le hardship dans le droit du commerce international**. Bruxelas, Paris: Bruylant, 2003. p. 119.

³²² BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex, 2010. p. 241.

³²³ COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. **Revista dos Tribunais**, v 4, p. 633-672, jun. 2011.

ajuste quantitativo (com a previsão de que se reduza a obrigação de fazer de uma parte, em função de uma queda de preços) e first refusal clause (impõe ao comprador o dever de ajustar o preço combinado à margem praticada no mercado) referem-se a eventos previsíveis e já trazem em si a solução, não dependendo de renegociação.

Entretanto, a cláusula de *hardship* não comporta essas características, pois tutela eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, de modo que é impossível prever uma fórmula automática para reequilibrar a avença. Aliás, deve restar claro que a *hardship* se propõe a estabelecer os parâmetros objetivos para conduzir a renegociação do acordo e não a sua recomposição automática.

A cláusula de caso fortuito ou força maior, por sua vez, é aquela que possibilita a suspensão da prestação ou a resolução da avença, com a exoneração da responsabilidade do devedor pelo inadimplemento diante da impossibilidade do cumprimento das obrigações.³²⁴

O artigo 393 do Código Civil trata o caso fortuito e a força maior de forma equivalentes e disciplina que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. O parágrafo único acrescenta que esses casos se verificam no fato cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Portanto, os requisitos dessa cláusula são a inevitabilidade do evento superveniente, a necessariedade e a impossibilidade de cumprimento das prestações. Todavia, no entender de Costa e Nusdeo³²⁵, a incidência dessa cláusula não configura causa de extinção das obrigações, mas de exoneração do dever de indenizar pelo inadimplemento.

Logo, é evidente a diferença entre a cláusula de caso fortuito ou força maior e a de *hardship*, uma vez que esta última incide sobre os casos em que a prestação é possível e se tornou mais onerosa para uma das partes e disciplina o caminho a ser percorrido para a renegociação da avença.³²⁶

Judith Martins-Costa³²⁷ ensina que a *hardship* estabelece o dever de renegociar em circunstâncias que acarretem excessiva onerosidade superveniente, não sendo

³²⁴ COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. **Revista dos Tribunais**, v 4, p. 633-672, jun. 2011.

³²⁵ COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. **Revista dos Tribunais**, v 4, p. 633-672, jun. 2011.

³²⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos Contratos Internacionais** – Uma Visão Teórica e Prática. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 143-144

³²⁷ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e perturbações no cumprimento da prestação**. Estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 82.

aplicável para as situações em que há a impossibilidade de prestar. Nádia de Araújo³²⁸ também leciona nessa direção.

Desse modo, a distinção entre as duas situações é que na *hardship* a parte não está impedida de adimplir a prestação, mas o faria em situação de prejuízo exacerbado – o que pode violar os ditames da justiça, da autonomia da vontade e da própria boa-fé.³²⁹

A *hardship* também não se confunde com as alternativas de reajuste e repactuação conferidas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Conforme já mencionado, essa legislação prevê o direito de alteração dos contratos administrativos, por acordo das partes, quando uma circunstância superveniente afetar a forma de pagamento ou o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

No entanto, ambos os casos tratam de situação em que o pagamento é feito da Administração Pública ao particular para o fornecimento de bens ou para a execução de obra ou serviço. Nesse contexto, a cláusula de reajuste consiste na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato (que deve retratar a variação efetiva do custo) e a cláusula de repactuação contempla uma forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato para os serviços contínuos de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais.

Logo, apesar da aparente aproximação das soluções dos contratos administrativos com a inteligência da cláusula de *hardship*, os instrumentos não se confundem, pois esta estabelece o caminho a ser percorrido pelas partes para a renegociação da avença e a referida lei apenas menciona a possibilidade de as partes indexarem um índice de correção ou celebrarem um acordo para reajustar as prestações.

Portanto, limitam-se a prever a forma de alteração das condições pactuadas e não o procedimento para negociar tais mudanças. Além disso, um eventual acordo ficará à boa vontade das partes e não terá um procedimento específico a ser seguido, criando dificuldades para que as partes cheguem a um denominador comum.

Deve-se lembrar que a *hardship* não exige necessariamente a ocorrência de um evento de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, imprevisível ou de

³²⁸ ARAUJO, Nádia de. **Contratos Internacionais**: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 319.

³²⁹ GLITZ, Frederico. Contrato Internacional na Crise: Reflexões sobre as Cláusulas de Força Maior e *Hardship* em Tempos de Covid-19. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 48, n. 2, pp. 11-42, jul./dez, 2020. p. 18.

consequências incalculáveis. Basta o fato superveniente corresponder às hipóteses de incidência previstas pelas partes como aptas a ensejarem a renegociação do acordo. Judith Martins-Costa³³⁰ leciona que é suficiente que os efeitos do acontecimento sejam imprevisíveis ou fujam do controle das partes.

De igual modo, as cláusulas que direcionam a alteração das circunstâncias à revisão judicial do compromisso não substituem a *hardship* e proporcionam resultados diferentes do que o esperado pelas partes. Apesar de o Código Civil abrir espaço à revisão judicial quando sobrevier desproporção manifesta das prestações (art. 317), acredita-se que a interferência do Poder Judiciário não é a opção mais desejável aos contratantes em razão do custo, do tempo e das consequências envolvidas.

Para se limitar a apenas dois exemplos, há que se falar na incerteza das respostas judiciais e nas eventuais externalidades negativas. Vale dizer que o Poder Judiciário é composto por magistrados aprovados em concurso público de provas e títulos. Esses servidores devem agir com independência e serenidade, nos termos do artigo 35 da Lei Orgânica da Magistratura. Dessa forma, cabe a eles avaliar as provas produzidas pelas partes e tomar a decisão adequada para o conflito.

Entretanto, cada juiz contém uma bagagem formativa específica e enxerga o direito de diferentes maneiras. O exercício da função judiciária, por conseguinte, possibilita decisões conflitantes sobre um mesmo tema. Esse fato se soma à inexistência de uma corte de precedentes e de uniformização na aplicação do direito.

Esse cenário gera insegurança e incerteza aos envolvidos. Ademais, deve-se falar no elevado tempo de tramitação dos processos e na infinidade de recursos possíveis de tramitação. Assim, não é raro existir decisões judiciais que não satisfazem o interesse de nenhuma das partes. Ou seja: todas saem prejudicadas com o término do litígio, caracterizando uma solução *lose-lose*.

Em interessante artigo, Omri Bem-Shahar³³¹ explora as opções que um tribunal tem para preencher a lacuna decorrente da revisão de um contrato. Para o autor, desde que o contrato não tenha vícios de coerção ou fraude, cada parte deverá arcar

³³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, b. 7, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2010. p. 22.

³³¹ BEN-SHAHAR, Omri. How to repair unconscionable contracts. **Law & Economics Working Papers Archive**, 2003-2009. University of Michigan Law School: 2007. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=law_econ_archive. Acesso em: 01 set. 2022.

com as consequências da sua má negociação. A partir dessa linha de pensamento, os tribunais deverão intervir apenas quando as cláusulas levarem a termos abusivos.

Trata-se de uma lógica para resguardar o poder de barganha das partes e manter o “equilíbrio negocial” estabelecido. Sob outra perspectiva, a revisão judicial poderá adotar a técnica do *cheapest cost avoider*, em que a responsabilidade é atribuída à parte que poderia ter previsto o risco a um menor custo.³³² A título exemplificativo, cita-se o caso em que houve a quebra do contrato de venda de petróleo saudita para uma refinaria inglesa em razão da guerra no golfo pérsico.

Na ocasião, a Corte de Haia utilizou esse método para condenar a produtora a arcar com o prejuízo, pois conhecia melhor a geopolítica do oriente médio. Em suma, o tribunal reputou que o custo de previsão do risco da produtora era inferior ao da outra parte.³³³ No entanto, essa orientação não formula respostas para os casos em que os riscos não são previsíveis por nenhuma das partes.

Ademais, a revisão judicial de um compromisso poderá resultar em externalidades negativas.³³⁴ Essas dizem respeito aos reflexos gerados a terceiros alheios ao processo. Desse modo, uma decisão inadequada, ainda que com efeitos interpartes, poderá impactar negativamente toda a sociedade.

É o que aconteceu com a majoração dos valores das apólices de seguro residencial nos Estados Unidos. Após a destruição proporcionada pelo furacão Katrina, o Poder Judiciário interveio para obrigar as seguradoras a honrarem os danos que não estavam previstos nas apólices de seguro.³³⁵ Em função disso, as empresas tiveram grandes prejuízos e pararam de atuar na referida localidade, prejudicando indiretamente inúmeras famílias que necessitavam dos seguros residenciais. Por essas razões, reafirma-se que a intervenção de terceiros deve ocorrer apenas em

³³² SZTAJN, Rachel; VERA, Flavia Santinoni; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; SORRENTINO, Luciana Yuki Fugishita. Contratos em Tempos de COVID-19. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 6, n. 4, 2020.

³³³ SZTAJN, Rachel; VERA, Flavia Santinoni; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; SORRENTINO, Luciana Yuki Fugishita. Contratos em Tempos de COVID-19. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 6, n. 4, 2020.

³³⁴ ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e Revisão dos Contratos de Consumo em Função da Pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do direito. **Revista de direito do consumidor**, v. 29, n. 132, p. 57-87, nov./dez. 2020.

³³⁵ ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e Revisão dos Contratos de Consumo em Função da Pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do direito. **Revista de direito do consumidor**, v. 29, n. 132, p. 57-87, nov./dez. 2020.

situações de cláusulas ambíguas, sob pena de criar externalidades negativas.³³⁶

Diante desses exemplos, demonstra-se que a revisão judicial de um acordo de leniência pode não ser a melhor opção às partes, visto que o juiz poderá adotar o método que melhor lhe convier e a eventual proteção de uma das partes poderá resultar em externalidades negativas para toda a sociedade. Além disso, Anderson Schreiber³³⁷ bem ensina que:

Não se trata apenas de lamentar os custos envolvidos, as formalidades inerentes e o tempo exigido pela solução judicial – ônus que se verificam, de resto, também nas demandas voltadas à anulação ou resolução do contrato –, mas de destacar a particular desarmonia entre o caminho da judicialização e a ideia de reequilíbrio contratual. A propositura de uma demanda judicial, por si só, é usualmente percebida por ambas as partes como um fato perturbador da sua relação contratual e produz, não raro, um acentuado efeito de desestímulo à obtenção do consenso, na medida em que, por sua própria estrutura e por uma certa cultura beligerante do contencioso, o processo costuma acirrar divergências entre as partes.

Nessa direção, os próprios litigantes reconhecem que o processo judicial conturba as suas vidas e pode produzir um resultado que torna as partes mais polarizadas do que estavam antes do ajuizamento da ação.³³⁸ Por esse e outros fatores, a Lei de Liberdade Econômica declarou a excepcionalidade da revisão dos contratos firmados no exercício da autonomia da vontade das partes.³³⁹

Essa construção teórica reforça a importância de as partes adequarem os pactos celebrados a um modelo que proporcione a conservação do equilíbrio das prestações. Giovanni Ettore Nanni³⁴⁰ destaca que esse caminho consensual é muito mais eficiente às partes, pois a solução é construída por meio do diálogo e não por um terceiro estranho ao compromisso.

Portanto, a doutrina reconhece que a tentativa de renegociação da avença comporta o remédio mais adequado dentre os disponíveis para solucionar a alteração

³³⁶ SZTAJN, Rachel; VERA, Flavia Santinoni; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; SORRENTINO, Luciana Yuki Fugishita. Contratos em Tempos de COVID-19. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 6, n. 4, p. 2325-2389, 2020.

³³⁷ SCHREIBER, Anderson. Construindo um Dever de Renegociar no Direito Brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 1, pp. 13-42, Faculdade de Direito de Valença, jan./jun, 2018. p. 15.

³³⁸ COOLEY, John W. **A advocacia na Mediação. Tradução René Loncan**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 30.

³³⁹ A Lei de Liberdade Econômica (n. 13.874/2019) acrescentou o parágrafo único no art. 421 do Código Civil, disciplinando que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

³⁴⁰ NANNI, Giovanni Ettore. A Obrigação de Renegociar no Direito Contratual Brasileiro. **Revista do Advogado**, v. 116. São Paulo: AASP, 2012, p. 96.

superveniente das prestações.³⁴¹ Entretanto, diante da ausência de disciplina normativa sobre a *hardship*, deve-se investigar se essa cláusula é compatível com o direito brasileiro.

4.2 A COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA DE *HARDSHIP* COM A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A utilização da *hardship* no direito privado, especificamente no direito comercial internacional, pode indicar erroneamente a sua incompatibilidade com o direito administrativo. Essa percepção decorre da dicotomia criada entre o direito público e o direito privado, como se os instrumentos de um prestassem exclusivamente para as relações estatais e os do outro para as relações particulares.

André Luiz Freire destaca que a distinção entre essas matérias sempre foi muita debatida e que existem 3 (três) critérios de maior destaque: o do interesse, o do sujeito e o da subordinação.³⁴² Sob o critério do interesse, o direito público se refere aos interesses do Estado e o direito privado aos interesses dos sujeitos privados. Pontes de Miranda, Hely Lopes Meirelles e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello se filiam a essa perspectiva.³⁴³⁻³⁴⁴⁻³⁴⁵

O enfoque do sujeito diferencia as disciplinas a depender de quem figura na relação jurídica. Se uma das partes for o Estado, incidirá o direito público; se ambas as partes forem sujeitos privados, será aplicado o direito privado. Otto Mayer sustenta que o direito administrativo se presta a tutelar as relações entre o administrador e os administrados ao passo que o direito civil serve para disciplinar os limites do poder jurídico entre os indivíduos.³⁴⁶ Outro jurista que defende essa lógica é Agustín Gordillo.³⁴⁷

³⁴¹ SEROZAN, Rona. **General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision**. Nova Iorque: Springer, 2016, p. 23.

³⁴² FREIRE, André Luiz. Direito público e direito privado. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito. 4. ed., 2017.

³⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 72.

³⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 20.

³⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. V. I. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44.

³⁴⁶ MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**. Vol. 1. Berlin: Duncker & Humblot, 1969. p. 93.

³⁴⁷ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. T. I. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. V-15 e V-16.

Por sua vez, a perspectiva da subordinação diz respeito à existência de uma relação de autoridade entre as partes. Segundo o posicionamento de Fernando Andrade de Oliveira³⁴⁸, no regime de direito público o Estado se apresenta como autoridade superior e no regime de direito privado as partes se apresentam como paritárias e iguais.

Uma parte da doutrina ainda entende ser necessário unir mais de um critério para diferenciar o direito público e o privado. Como exemplo, Miguel Reale³⁴⁹ sugere reunir o critério do interesse e o critério da subordinação para enquadrar a relação jurídica.

Verifica-se, portanto, que as diferentes concepções clássicas enquadram os ramos do direito em posições contrapostas, de modo a dificultar a busca por um espaço comum entre elas. No entanto, o advento do Estado Social e o consequente aumento da prestação de serviços pela Administração Pública exigiu uma atuação mais célere e eficiente por parte do Estado.

Segundo Maria João Estorninho, a ampliação das atividades estatais impulsionou a utilização do meio de atuação mais típico do direito privado pela Administração Pública: o contrato.³⁵⁰ Com efeito, despontou um movimento para aproximar as disciplinas e legitimar a utilização de ferramentas do direito civil para execução das atividades estatais. Nas palavras de Sérvulo Correia³⁵¹, esse movimento representou a privatização do direito público e a publicização do direito privado.

4.2.1 A aproximação do direito público e do direito privado

A nova forma de atuação da Administração Pública exigiu um enquadramento teórico que não dividisse a disciplina em direito público e direito privado. Desde a

³⁴⁸ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **Direito administrativo**: origens, perspectivas e outros temas. Curitiba: Juruá, 2003. p. 142-145.

³⁴⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 339.

³⁵⁰ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Almeida: Coimbra, 2009. p. 42.

³⁵¹ CORREIA, J. M. Sérvulo. Fundações e Associações de direito privado. In: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 301-302.

década de 1950, Wolfgang Siebert³⁵² já sustentava que a Administração Pública deveria se socorrer do direito civil, pois não dispunha das ferramentas necessárias para tutelar os direitos dos cidadãos.

Como ponte para superar essa dicotomia, foi elaborada a teoria dos “dois níveis”, unindo ambos os domínios jurídicos e afastar a necessidade de escolha prévia entre um ou outro. Esse raciocínio sustenta que a aplicação do direito público e do direito privado ocorre em dois momentos distintos: primeiro há uma decisão jurídico-pública sobre a concessão de uma prestação e depois ocorre a sua execução por meio de uma relação jurídico-privada.³⁵³

Na sequência, ganhou destaque a ideia do direito privado administrativo. A partir da lição de dois juristas europeus, surgiu o entendimento de que as duas disciplinas se misturam. Sob a ótica do direito público, Wolff entende haver um direito privado administrativo quando um ente da Administração atua sob a forma jurídico-privada para satisfazer o interesse público.³⁵⁴ Pelo viés do direito privado, Wolfgang Siebert sustenta haver uma aproximação das regulamentações jurídico-pública e jurídico-privada no exercício da atividade típica do Estado Social.

Nessa conjuntura, Fritz Fleiner³⁵⁵ adotou a expressão “fuga para o direito privado” para fazer referência à técnica de utilizar instrumentos do direito civil para solucionar questões de direito administrativo. Como consequência desse estudo, Maria João Estorninho³⁵⁶ publicou o livro “A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública”.

A autora portuguesa sustenta a necessidade de a Administração Pública recorrer às formas de atuação jurídico-privadas em determinadas situações, considerando que o interesse público é absolutamente indissociável de qualquer atividade administrativa, seja ela jurídico-pública ou jurídico-privada.³⁵⁷ Para

³⁵² SIEBERT, Wolfgang. Privatrecht im Bereich Oeffentlicher Verwaltung – zur Abgrenzung und Verflechtung von Oeffentlichem Recht und Privatrecht. **Festschrift far Hans Niedemeyer**, zum 70. Goettingen: Otto Schwartz & Co, 1953. p. 215.

³⁵³ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Almeida: Coimbra, 2009. p. 126.

³⁵⁴ WOLFF, Hans. Der Unterschied zwischen oeffentlichem und privatem recht. In: **Archiv des oeffentlichen rechts**. Vol. 76. Tubingen: Mohr (Paul Siebeck), 1950/1951. p. 206.

³⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 185.

³⁵⁶ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Almeida: Coimbra, 2009. p. 17.

³⁵⁷ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Almeida: Coimbra, 2009. p. 17.

Estorninho³⁵⁸, atualmente é indispensável escolher a forma jurídica mais apropriada para o caso concreto, devendo-se levar em conta a proteção do particular e o cumprimento eficiente das tarefas públicas.

A partir dessas considerações, entende-se que não há prejuízo em recorrer aos instrumentos de direito privado para solucionar as lacunas do direito público. Trata-se de medida necessária diante da impossibilidade de o direito administrativo regular sozinho a atuação do Estado, sem a aplicação subsidiária de outros ramos do direito.³⁵⁹ A própria autorização legal para celebrar acordos é um exemplo de que o direito privado pode ensinar práticas eficientes à Administração Pública e fazê-la acompanhar as transformações sociais.

Vivian López Valle³⁶⁰ pontua que os acordos não se enquadram exclusivamente no direito público ou privado. Para ela, a contemporaneidade pressupõe diferentes relações contratuais com regimes jurídicos distintos, em que a questão público e privado sequer se discute. Nessa direção, Gustavo Justino de Oliveira³⁶¹ provoca a reflexão sobre a aplicabilidade das regras de direito privado aos acordos administrativos e questiona sobre a possibilidade de admitir uma racionalidade jurídico-normativa público-privada nos acordos administrativos.

Sob a ótica de Marcelo Rebelo de Sousa, a resposta a essa pergunta é afirmativa. O atual Presidente de Portugal entende que as influências entre os ramos do direito são crescentes, de modo que “o direito público está a privatizar-se ao introduzir esquemas conceptuais do Direito Privado e este a publicizar-se, por força do alargamento dos fins do Estado e da sua intervenção na vida económica, social e cultura”.³⁶²

³⁵⁸ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Almeida: Coimbra, 2009. p. 366.

³⁵⁹ GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. **O contrato administrativo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 2.

³⁶⁰ LÓPEZ VALLE, Vivian Cristina Lima. O acordo administrativo entre o Direito Público e o Direito Privado: emergência de uma racionalidade jurídico normativa público-privada? In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020. p. 76.

³⁶¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, António Júdice et al. (Coords). **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020. p. 110.

³⁶² SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia. **Introdução ao Estudo do Direito**. Lisboa: Europa America, 1991. p. 227.

Nesse contexto, Pedro Gonçalves³⁶³ é assertivo ao sustentar que a dicotomia entre o direito público e o direito privado segue existindo, mas inexiste uma separação absoluta entre eles. O professor lusitano retrata esta aproximação em três circunstâncias: (i) a evolução do direito público para um direito mais consensual e do direito privado para um direito mais regulatório; (ii) a utilização de formas jurídico-privadas pelo Estado e a aplicação de princípios do direito público nas relações entre particulares; e (iii) a mistura de normas de direito público e de direito privado nas relações jurídicas.³⁶⁴

Dessa forma, conclui-se que ambas as matérias estão diretamente relacionadas e o simples fato de a *hardship* ter origem no direito privado não impede que esta seja utilizada no acordo de leniência anticorrupção.

4.2.2 A autonomia da Administração Pública na celebração do acordo de leniência anticorrupção

O avanço na verificação da adequação da *hardship* com a ordem jurídica-administrativa exige entender se o seu principal fundamento é compatível com a atuação da Administração Pública: a autonomia da vontade.

A vontade das partes tem origem na evolução do contratualismo e pode ser definida como a faculdade de pactuar livremente seus compromissos.³⁶⁵⁻³⁶⁶ Portanto, sob a perspectiva do direito privado, a autonomia é a liberdade de os particulares estabelecerem a disciplina vinculativa dos seus interesses na relação com as outras pessoas.³⁶⁷

Humberto Theodoro Júnior³⁶⁸ destaca que esta faculdade se manifesta de 3 (três) formas: (i) a liberdade de contratar; (ii) a liberdade de escolher com quem

³⁶³ GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 271-275.

³⁶⁴ GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005. p. 271-275.

³⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. II. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

³⁶⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 99

³⁶⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. Vol. I, 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 236.

³⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 17.

contratar; e (iii) a liberdade de fixar o conteúdo do contrato. Nessa direção, as partes possuem amplo espaço para negociar e celebrar negócios jurídicos que atendam aos seus interesses, de modo que os termos pactuados passam constituir uma lei privada entre os celebrantes.³⁶⁹⁻³⁷⁰

Essa liberdade, entretanto, deve observar os preceitos legais e constitucionais na pactuação das obrigações. Aliás, mesmo em um cenário de liberdade plena vigoram as limitações de observar a ordem pública e os bons costumes.³⁷¹ Como exemplo, cita-se o *caput* do artigo 421 do Código Civil, que prevê que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

O art. 422 acrescenta que os contratantes devem observar os princípios da probidade e da boa-fé e o art. 2.035 estabelece que nenhum ajuste prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública. Dessa maneira, prospera a ideia de que as relações privadas devem observar os direitos constitucionais fundamentais, tais como a liberdade, igualdade, segurança, propriedade, entre outros.

Nesse cenário, se a autonomia privada está sujeita a diversas restrições, há de se reconhecer que a autonomia da Administração Pública também estará. Inclusive, deve-se esclarecer que as duas autonomias apresentam significativas diferenças e não podem ser confundidas. No entendimento de Marcelo Alexandrino³⁷², a autonomia “pública” é resultado de uma norma específica e não de uma abertura legislativa. Sérvulo Correia³⁷³ vai além e destaca que:

A abertura ou indeterminação da Lei significa normalmente a vontade do legislador de deixar à administração poderes de decisão adaptativa. É um modo de o legislador distribuir tarefas entre ele próprio e o aplicador ou executor das leis. [...] No âmbito da margem de autodeterminação que lhe é deixada, o titular do poder tem de comparar e valorar todos os interesses públicos e privados que possam ser satisfeitos pela decisão e hierarquizá-los à luz do interesse público específico em termos de escolher um ou alguns em detrimento dos restantes.

Desse modo, a autonomia da vontade da Administração Pública está limitada à execução das finalidades previstas em lei, a fim de conferir a sua ótima aplicação

³⁶⁹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

³⁷⁰ RODRIGUES, Silvío. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.17.

³⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 17-18.

³⁷² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 191.

³⁷³ CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 473-480.

no caso concreto.³⁷⁴ Isso é dizer que a vontade administrativa é um complemento de um interesse público previsto em lei.³⁷⁵

De toda sorte, a legislação anticorrupção contempla uma abertura para o agente público celebrar o acordo de leniência no formato que melhor atender ao interesse público. A redação do artigo 16 da Lei Anticorrupção estabelece que “o acordo de leniência estipulará as condições para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo” e o artigo 44 do Decreto n.º 11.129/2022 acrescenta que o acordo “conterá as cláusulas e obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, repute-se necessárias”.

E mais, conforme já mencionado, deve-se lembrar que o artigo 26 da LINDB autoriza amplamente que o gestor público celebre compromissos na aplicação do direito, dispondo do juízo prévio de conveniência e oportunidade para analisar a adequação e as consequências práticas do acordo de leniência anticorrupção.

Logo, o administrador está autorizado a dialogar com o particular e sugerir as cláusulas que reputar mais adequadas para o caso em tela. Gustavo Schiefler³⁷⁶ sustenta que há flexibilidade procedimental para a negociação estabelecer as condições do acordo de leniência e considera natural que o seu conteúdo “seja construído por intermédio de diálogos público-privados”.

Diante dessa faculdade, o fato de um dos celebrantes ser a Administração Pública não impossibilita a etapa prévia de negociação, mas apenas a reforça como condição necessária para construção do resultado esperado pelas partes. Nesse sentido, é inequívoco que os celebrantes têm liberdade para sugerir cláusulas que venham a incentivar a confiança e o cumprimento das obrigações.

Além disso, caso a redação da cláusula seja indicada pelo particular, o gestor público poderá exercer o seu juízo discricionário de conveniência e oportunidade para avaliar se o acordo sob análise admite a inclusão da *hardship*. Quer dizer: a Administração Pública poderá fazer as diligências necessárias e inserir os contornos legais pertinentes para assegurar a observância do direito e a satisfação do interesse

³⁷⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 11, Salvador, 2007. p. 2.

³⁷⁵ CARVALHO E SOUSA, Guilherme. A Liberdade de Contratar para a Administração Pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 260, Rio de Janeiro, 2012. p. 197.

³⁷⁶ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos Público-Privados**: da opacidade à visibilidade na Administração Pública. Tese (Doutorado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2016. p. 297.

público.

Por conseguinte, verifica-se que a autonomia da vontade da Administração Pública não é um óbice e confere ampla liberdade para as partes trocarem informações e ajustarem o dever de renegociação no acordo de leniência anticorrupção.

4.3 A CLÁUSULA DE *HARDSHIP* PARA A RENEGOCIAÇÃO DA AVENÇA

A disciplina normativa do acordo de leniência anticorrupção não oferta soluções adequadas para as partes renegociarem as condições pactuadas em caso de circunstâncias supervenientes que venham a afetá-las. Anderson Schreiber³⁷⁷ adverte que o modelo equitativo se revela inadequado, pois restringe o reequilíbrio da avença à vontade exclusiva de um dos contratantes, restando ao outro o ônus de pleitear a sua resolução e “torcer” pela aceitação.

Essa lógica de dependência do reequilíbrio à aceitação de uma das partes é reproduzida no Decreto n.º 11.129/2022 ao exigir a solicitação da repactuação pelo particular e a boa vontade da Administração Pública para aceitá-la. Essa unilateralidade certamente não reflete o viés dialógico que se espera da atuação administrativa em um instrumento consensual como o acordo de leniência anticorrupção.

Inclusive, o caminho proposto pela legislação não contempla uma relação dialógica na apuração de eventual descumprimento ou na solicitação da repactuação pela pessoa jurídica, deixando-o à liberalidade do ente público. Nesse sentido, a cláusula de *hardship* se apresenta como uma alternativa adequada para salvaguardar o compromisso ajustado no caso de eventos estranhos às partes, sob a roupagem de um dever de renegociação.³⁷⁸

Anderson Schreiber³⁷⁹ defende que a renegociação da avença consiste em um dever das partes com a finalidade de assegurar o equilíbrio contratual e atender ao

³⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. Construindo um Dever de Renegociar no Direito Brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 1, pp. 13-42, Faculdade de Direito de Valença, jan./jun. 2018, p. 14.

³⁷⁸ OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de *hardship*. **Journal du Droit International**, n. 4, 1974. p. 797.

³⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 390.

interesse dos contratantes.

O professor acrescenta que a renegociação emerge como dever implícito à boa-fé objetiva enquanto função integrativa e criadora de deveres de conduta aos contratantes. Consiste, portanto, no desdobramento dos deveres de cooperação e lealdade.³⁸⁰ Nessa direção, consoante lição de Luiz Edson Fachin³⁸¹, esse dever integra o objeto do contrato independentemente de previsão expressa uma vez que a “probidade e boa-fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim em sua execução, e mesmo depois do término exclusivamente formal dos pactos”.

Por esse viés, a obrigação de quem contrata não estaria limitada à redação prevista, mas estaria sujeita a uma nova forma de encarar a relação entre as partes e a ordem pública. De todo modo, entende-se que a redação adequada da cláusula de *hardship* é essencial para disciplinar o dever de renegociação e proporcionar segurança aos contratantes.

4.3.1 O dever de renegociar e a conservação do acordo de leniência anticorrupção

A renegociação configura uma obrigação lateral de diálogo e esforço de superação do desequilíbrio contratual. Schreiber³⁸² destaca que o conteúdo desse dever deve ser especificado no caso concreto e pode contemplar os seguintes comportamentos:

(a) pronta e detalhada comunicação à contraparte sobre o desequilíbrio contratual; (b) resposta da contraparte em tempo razoável a essa comunicação, informando pronta e fundamentalmente se não considerar presentes aqueles pressupostos; (c) qualquer proposta, bem como contraproposta de revisão extrajudicial do contrato deve ser apresentada de modo detalhado e justificado, evitando-se a lógica do “pegar ou largar”; (d) no curso da renegociação cada parte deve fornecer à outra todas as informações úteis para avaliar a oportunidade e o conteúdo de uma eventual revisão extrajudicial do contrato; (e) as partes devem igualmente manter reserva sobre dados e informações obtidos no curso da renegociação, evitando sua

³⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 375.

³⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. Contratos na Ordem Pública do Direito Contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O Direito e o Tempo**: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 460.

³⁸² SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 383.

divulgação a terceiros; (f) nenhuma das partes deve se recusar injustificadamente a manter renegociações ou interrompê-las de modo abrupto e imotivado; e (g) o insucesso da renegociação não deve ser considerado por qualquer das partes como razão para se recusar a analisar propostas de solução consensual no âmbito de eventual processo judicial ou arbitral subsequente.

Essa obrigação de renegociar se divide em duas etapas: a primeira engloba o dever de uma parte comunicar a outra sobre o desequilíbrio das prestações; a segunda trata do dever de sugerir uma renegociação para reequilibrá-las.³⁸³ Para uma parte, constitui a obrigação de iniciar o diálogo, informar a alteração das circunstâncias e propor a revisão da avença; e para outra parte, cria o compromisso de analisar a proposta e respondê-la com seriedade e boa-fé.³⁸⁴

Nessa toada, não se admite que um contratante beneficiado por um evento superveniente ignore a proposta de renegociação diante da inequívoca onerosidade excessiva da outra parte. O que deve ocorrer é a tentativa de viabilizar a readequação da avença. Logo, não se trata de uma faculdade da parte, mas de um dever de tentar a renegociação.³⁸⁵

Entretanto, o dever deve estar diretamente ligado às hipóteses de incidência convencionadas pelas partes na cláusula de *hardship*. Logo, não se impõe o dever instrumental de ingressar em renegociação às causas não relacionadas ao contrato, como aquelas subjetivas atreladas à queda de receitas ou outras situações particulares.³⁸⁶ A hipótese que enseja a renegociação deve acontecer no mundo dos fatos e corresponder àquilo que foi pactuado pelos contratantes.

Com efeito, o dever de renegociar proporciona benefícios de diversas ordens às partes, como a não fixação de regras incorentes para eventos que não se tem certeza da ocorrência e da intensidade. Essa flexibilidade é essencial para os compromissos de execução diferida, diante da assimetria de informações e da incapacidade de as partes anteverem todas as circunstâncias que podem vir a afetar as obrigações pactuadas.

³⁸³ MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione. In: VISINTINI, Giovanna. **Trattato della responsabilità contrattuale**. Pádua: Cedam, 2009. p. 599

³⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 380.

³⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2010. p. 5.

³⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 461.

Essa técnica viabiliza a conservação do compromisso e é adotada nos “contratos incompletos”. Na visão de Rachel Sztjan³⁸⁷, a incompletude reflete “a capacidade limitada de se descrever os infinitos estados da natureza, predispor medidas para execução da operação, se ou quando, sofrerem alterações”. No mesmo sentido, Armando Castelar Pinheiro³⁸⁸ diz que as razões para redigir contratos incompletos envolvem a dificuldade de prever as futuras contingências e a complexidade de especificar por escrito todas as regras para cada evento que possa vir a ocorrer.

Ademais, a renegociação da avença implica na redução dos custos de transação e evita despêndios adicionais exigidos para a revisão judicial ou para a rescisão do compromisso. Rona Serozan³⁸⁹ afirma que o custo de uma solução extrajudicial é muito inferior e consome menos tempo do que o recurso ao Poder Judiciário. Por esses e outros motivos, Giulio Napolitano³⁹⁰ sustenta que a ação administrativa consensual permite a redução do custo de transação e a viabilização de soluções satisfatórias às partes.

A principal benesse, entretanto, é que a renegociação permite a conservação do acordo ao longo do tempo. Isso, porque, mesmo que a renegociação não retrate os termos originalmente convencionados, as novas condições permitirão a manutenção do ajuste e o cumprimento de todas as obrigações pelas partes.

Vale ressaltar que as circunstâncias renegociadas não implicam em qualquer prejuízo. Muito pelo contrário, em muitas ocasiões o novo cenário poderá proporcionar benefícios aos dois contratantes. Como exemplo, retoma-se o caso hipotético mencionado no item 3.3.3, em que uma empresa sofre um abalo na sua condição financeira e não consegue arcar com a oitava prestação firmada no acordo de leniência anticorrupção (de um total de 10).

Em um primeiro momento, pode-se cogitar que a renegociação da avença trará prejuízos à Administração Pública, pois haverá o atraso no recebimento da oitava

³⁸⁷ SZTJAN, Rachel. **Supply chain e incompletude contratual**, p. 14. Disponível em: www.revistassistemas.com.br/index.php/systemas/article/viewPDFInterstitial/10/11. Acesso em: 12 out. 2022.

³⁸⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. In: **IPEA**, 2005. Disponível em: www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

³⁸⁹ SEROZAN, Rona. **General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision**. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 24.

³⁹⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 89-141.

parcela. Contudo, as partes podem renegociar as condições de pagamento e acordar que as 3 (três) últimas parcelas anuais serão adimplidas de uma só vez, na data indicada para o pagamento da nona parcela.

Dessa forma, apesar da impontualidade do pagamento, a renegociação poderia beneficiar tanto o ente público quanto o particular, pois o primeiro receberá a integralidade do valor pecuniário de forma antecipada a condição original e o segundo terá um ano para reorganizar suas finanças e adimplir as prestações.

Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior³⁹¹, nos negócios que admitem o cumprimento posterior da obrigação e o tempo serve apenas para marcar a época da exigibilidade, a “impossibilidade temporária somente assumirá a feição de incumprimento definitivo se no entretempo ficar destruído o interesse do credor em receber a prestação”.

Além disso, caso não haja a previsão do dever de renegociação, uma das partes poderá ficar insegura com o reequilíbrio do acordo e limitar a sua atuação ao cumprimento formal das obrigações. Nesse caso, a parte deixará de colaborar efetivamente com as prestações convencionadas e visará exclusivamente a evitar o ônus de um processo judicial.³⁹²

Situação análoga poderá ocorrer no acordo de leniência anticorrupção. Diante da dificuldade de arcar com as prestações financeiras, a empresa leniente poderá pagar pontualmente suas parcelas, mas deixará de investir no programa de prevenção de ilicitudes (*compliance*) e poderá não colaborar efetivamente com as investigações. Caso isso aconteça, apesar do pagamento da multa e da reparação do dano, os objetivos da Lei Anticorrupção não estarão sendo atendidos, pois as medidas preventivas e investigativas estarão sendo deixadas de lado em função das condições de pagamento.

Desse modo, entende-se que a renegociação deve ser inserida nos acordos como um dever das partes, indicando o caminho a ser percorrido para a conservação do acordo e o cumprimento das prestações.

³⁹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil: Da Extinção dos Contratos, v. VI, t. II. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 578.

³⁹² SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 385-386.

4.3.2 As consequências jurídicas do dever de renegociar

O dever de renegociar exige a observância do princípio da boa-fé objetiva.³⁹³ Em seu aspecto subjetivo, contrapõe-se à má-fé enquanto estado de consciência pela ignorância de estar lesando direitos ou interesses de terceiros. Em sua perspectiva objetiva, contempla um critério de interpretação e de conduta aos negócios jurídicos impostos aos contratantes, exigindo-se lealdade e cooperação por parte dos envolvidos.³⁹⁴

A boa-fé atua como força que produz a definição da estrutura negocial e a configuração da responsabilidade dos celebrantes.³⁹⁵ Portanto, o liame obrigacional entre as partes é visto como uma ordem de cooperação, cujo objetivo é a satisfação do interesse de ambas as partes através da manutenção da avença.

Teresa Negreiros³⁹⁶ assinala que a boa-fé objetiva “impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato”.

Dessa forma, a inserção da cláusula de *hardship* não enseja uma relação antagônica entre os celebrantes, mas um laço colaborativo para promover a renegociação das obrigações. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Thiago Rodovalho³⁹⁷ lecionam que:

O adimplemento das obrigações decorrentes do dever de renegociar se verifica no comportamento sério, ativo e de boa-fé das partes-contratantes no curso do procedimento de readequação do contrato. Sendo assim, da mesma forma que o próprio dever de renegociação nasce do princípio da boa-fé na execução das obrigações, essa mesma boa-fé se apresenta como o critério fundamental para indicar se o comportamento da parte durante o procedimento de readequação do contrato consubstanciou-se em comportamento cooperativo efetivo (sério e ativo) ou não.

Logo, a *hardship* atua como um instrumento de conservação do negócio jurídico por meio da estipulação de uma obrigação de fazer consubstanciada no dever de

³⁹³ COUTO E SILVA, Clóvis. V. **A obrigação como processo**. J. Bushatsky: São Paulo, 2009. p. 36.

³⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 612

³⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 116.

³⁹⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 122-123.

³⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson; RODOVALHO, Thiago. Renegociação Contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 906, p. 113-156, abr. 2011. p. 126.

renegociar.³⁹⁸ Entretanto, o dever não é de alcançar um acordo, mas de seguir o procedimento estipulado e participar das tratativas de renegociação nas hipóteses previstas.

Aliás, o dever não é de apenas iniciar a renegociação, mas de participar nessa etapa de forma colaborativa. Nesse sentido, José Emilio Nunes Pinto³⁹⁹ afirma que o abandono da negociação por uma das partes também implica na violação do princípio da boa-fé objetiva.

Dessa forma, as partes devem conduzir o processo de renegociação de forma séria, a fim de tentar efetivamente reequilibrar as prestações impactadas por eventos supervenientes. Se essa obrigação-meio não for observada, a parte violará uma das prestações contratuais e estará sujeita às repercussões de direito material e processual.

No plano material, o prejudicado pela ausência da renegociação faz jus à indenização por perdas e danos cumulada com a pretensão de revisar ou resolver a obrigação. Débora Visconte⁴⁰⁰ reforça que a parte prejudicada poderá reivindicar indenização em razão do atraso e dos custos incorridos por confiar que a outra parte colaboraria para tentar alcançar um acordo.

Essa lógica está inserida no artigo 6:111 dos Princípios do Direito Contratual Europeu, que assinala que “a corte pode conceder indenização pelos danos sofridos em virtude de recusa de uma das partes a negociar ou de ruptura das negociações contrariamente à boa-fé e aos bons usos do comércio”.⁴⁰¹

Na mesma direção, o artigo 927 do Código Civil prevê que quem praticar um ato ilícito e causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. O parágrafo único acrescenta que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Sobre o tema, Anderson Schreiber⁴⁰² alega que o descumprimento da

³⁹⁸ OLIVEIRA, Fernando Baptista de. **Contratos privados**: das noções à prática judicial. V. I, 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2015. p. 339.

³⁹⁹ PINTO, José Emilio Nunes. O Mecanismo Multietapas de Solução de Controvérsias. In: **Camarb**, s.d. Disponível em: http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=33. Acesso em: 10 set. 2022.

⁴⁰⁰ VISCONTE, Debora. **Contratos de Longa Duração**: Alterações de Circunstâncias no Direito Internacional. Tese (Doutorado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2017. p. 156.

⁴⁰¹ Princípios do Direito Contratual Europeu.

⁴⁰² SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 399.

renegociação enseja o dever de reparar, sem prejuízo do “pleito de revisão judicial por parte do contratante que não teve retorno em sua tentativa extrajudicial”. Para dar utilidade prática a esse dever de reparar, as partes podem inserir parâmetros objetivos e até mesmo acrescentar uma cláusula penal para estabelecer a pré-liquidação da indenização ou o mínimo indenizatório.⁴⁰³

Sob outra ótica, uma parte minoritária da doutrina sustenta que o descumprimento do dever de renegociar possibilita a invocação da exceção do contrato não cumprido ou do direito de sua resolução.⁴⁰⁴ Entretanto, entende-se que essa solução não é adequada para os fins pretendidos, uma vez que vai em sentido contrário à conservação da avença e ao cumprimento integral das obrigações.

Em qualquer caso, a responsabilidade civil está atrelada ao interesse negativo da parte: é o dano decorrente da renegociação frustrada e não do ganho que teria se houvesse a modificar a relação contratual. Assim, a indenização se consubstancia no reembolso das despesas realizadas e dos ganhos potencialmente perdidos com a tentativa de renegociar.⁴⁰⁵

De toda sorte, se houver demora da parte para comunicar a intenção de renegociação do acordo, o beneficiado não arcará com os prejuízos que a outra parte vier a suportar. Nas palavras de Anderson Schreiber⁴⁰⁶, quem atrasa o início das renegociações paga o preço de sua hesitação.

No plano processual, há quem entenda que a tentativa prévia de renegociar configura condição essencial para buscar o Poder Judiciário. Sob esse viés, as partes têm o ônus de comprovar que tentaram renegociar o acordo para atender as condições do ajuizamento da ação (interesse de agir).⁴⁰⁷ Catarina Monteiro Pires⁴⁰⁸ salienta que a parte afetada pela alteração de circunstâncias deverá buscar uma solução extraprocessual antes de ingressar no Poder Judiciário, sob pena de ver precluso o seu interesse em agir.

⁴⁰³ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 401.

⁴⁰⁴ MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione. In: VISINTINI, Giovanna. **Trattato della responsabilità contrattuale**. Pádua: Cedam, 2009. p. 602.

⁴⁰⁵ GENTILI, Aurelio. La Replica dela Stipula: Riproduzione, Rinnovazione, Rinegoziazione del Contratto. In: **Contratto e impresa**, 2003, p. 719.

⁴⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 313.

⁴⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 473.

⁴⁰⁸ PIRES, Catarina Monteiro. Efeitos da Alteração das Circunstâncias. In: **O Direito**, v. 145, 2013, I-II, p. 205.

Aliás, esse entendimento pode ser extraído da redação do artigo 6.2.3 dos Princípios da UNIDROIT, que condiciona o acesso ao tribunal à tentativa de celebração de um acordo em tempo razoável (“à falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal”).

Ademais, a parte poderá executar judicialmente a cláusula de *hardship* para impor o cumprimento do procedimento prévio de renegociação. Segundo Nápoles e Judice⁴⁰⁹, não há como obrigar uma parte a celebrar um acordo, mas faz sentido obrigá-la a participar do processo de negociação.

Isso se dá, porque a renegociação configura obrigação de fazer e admite a adoção das medidas necessárias para sua satisfação. O italiano Cosimo D’Arrigo⁴¹⁰ defende que o juiz de direito pode substituir a vontade do contratante por meio de uma sentença que reforce a obrigação de renegociar, como forma de executar a obrigação pactuada e tutelar a boa-fé objetiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 536 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a determinar as medidas necessárias para a “efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. E o parágrafo primeiro acrescenta que o magistrado poderá determinar a imposição de multa e outras medidas para estimular o cumprimento da obrigação de fazer.

Nesse contexto, ainda que o resultado não seja a celebração de um acordo, o dever de renegociação estimula as partes a reavaliarem suas posições e empregarem esforços para a readequação do acordo de leniência anticorrupção. Primeiro, porque o descumprimento da cláusula de *hardship* implica diferentes consequências jurídicas às partes. Segundo, pois essas consequências desincentivam a postura indiferente da parte beneficiada e instigam condutas proativas por parte dos contratantes. Terceiro, pois o dever de renegociar permite que as partes coloquem suas diferenças de lado e dialoguem para encontrar uma solução adequada para conservação da avença.

Logo, enquanto não houver uma disciplina legislativa abrangente sobre a

⁴⁰⁹ NÁPOLES, Pedro Metello de; JÚDICE, José Miguel. **Cláusula que impõe mecanismos de prévia conciliação** – da sua executoriedade e das consequências da sua violação. Disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/Clausulas_de_conciliacao_previa_a_arbitragem_Livro_Acuerdo_Arbitral_Peru_2010.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁴¹⁰ D’ARRIGO, Cosimo. Il Controllo dele Sopravvenienze nei Contratti a Lungo Termine. In: TOMMASINI, Raffaele (coord.). **Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale**. Turim: G. Giappichelli, 2003. p. 491-569.

renegociação do acordo de leniência anticorrupção, os celebrantes devem incluir cláusulas detalhadas de *hardship* para direcionar a alteração de circunstâncias ao dever de renegociar. Com isso, as partes poderão evitar a resolução antecipada do acordo e a interferência prematura do Poder Judiciário, de modo a permitir a sua conservação no tempo e a assegurar o cumprimento de todas as prestações.

5 CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou apresentar uma alternativa adequada para a preservação dos acordos de leniência anticorrupção que contemplam obrigações de execução diferida, uma vez que estas estão sujeitas às incertezas do futuro e podem ser impactadas por eventos supervenientes imprevisíveis ou de consequências incalculáveis.

A partir da análise das mudanças do direito público, constatou-se o fracasso da atuação exclusivamente impositiva da Administração Pública para atender as demandas da sociedade. Como consequência, surgiu a necessidade de uma nova administração focada na paridade e no consenso, cuja condução da coisa pública deverá observar a igual sujeição das partes à legislação e prestigiar a colaboração do cidadão na prática do ato administrativo.

Esse novo formato dialógico foi positivado em diversas normativas do ordenamento jurídico brasileiro, a destacar o Código de Processo Civil, a Lei de Mediação, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período entre 2020 e 2031. Assim, a agenda dos acordos administrativos se consolidou como uma excelente alternativa para as relações jurídico-administrativas e está projetada para o futuro do país.

Todavia, é importante destacar que o mero uso da ferramenta consensual não proporciona os atributos de segurança, celeridade e economicidade às partes. Para que isso aconteça, deve existir uma negociação efetiva no cenário pré-acordo e pós-acordo. Isto é dizer que a elaboração dos compromissos exige uma atuação administrativa processualizada, fazendo com que as partes respeitem o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa na troca de propostas e informações.

A lógica consensual também apresentou reflexos na Lei Anticorrupção. Essa legislação foi publicada em um cenário de pressão internacional para o aperfeiçoamento do sistema de combate à corrupção e autorizou a celebração de acordos de leniência entre a pessoa jurídica investigada por atos contra a Administração Pública e o ente lesado.

Nesses compromissos, o particular se compromete a transferir informações, confessar o ilícito e a implementar um programa de integridade; enquanto a autoridade pública se obriga a reduzir as penalidades aplicáveis. Trata-se de um acordo integrativo, com natureza jurídica de negócio jurídico processual, celebrado no bojo

de um processo administrativo para ajustar o conteúdo do ato imperativo, sem que haja a extinção da ação punitiva.

No entanto, a análise dos acordos já celebrados pela Controladoria-Geral da União evidenciam que as cláusulas utilizadas contemplam um mesmo padrão: há o diferimento das obrigações pecuniárias, a previsão de rescisão do acordo no caso de inadimplemento e a ausência de cláusulas de renegociação.

Nesse contexto, os compromissos estão sujeitos aos eventos do futuro e o seu eventual desequilíbrio acarretará a sua imediata rescisão. Inclusive, salvo se houver boa vontade de uma das partes para realizar a modificação equitativa das prestações, a aplicação da teoria da imprevisão também levará à resolução do acordo, o que não se mostra a melhor solução para os acordos de leniência..

Primeiro, porque a Administração Pública deixará de coletar informações e documentos para aprimorar as investigações, de celebrar obrigações alternativas de fazer e de receber as prestações pecuniárias de forma célere. Segundo, porque a rescisão inibirá o interesse de outras pessoas em celebrar o acordo, reforçando a ideia de unilateralidade dos atos administrativos. Terceiro, porque haverá uma desproporcionalidade muito grande em rescindir os acordos que já foram adimplidos substancialmente. E quarto, pois a rescisão possivelmente irá gerar um litígio judicial, trazendo insegurança às partes e possibilidade de externalidades negativas.

Dessa forma, a cláusula de *hardship* se apresenta como um instrumento adequado e de aplicabilidade imediata para conservar os acordos de leniência anticorrupção por meio da instrumentalização do dever de renegociar. O objetivo dessa cláusula é assegurar a continuidade do compromisso, atuar como um meio de repartição de custos, impedir a extinção do acordo e encontrar um novo regime que atenda o interesse mútuo.

Além disso, os celebrantes poderão construir a redação da cláusula de forma conjunta, estabelecer quais são as hipóteses de incidência e qual é o caminho a ser seguido para a renegociação do compromisso. Assim, essa sistemática se diferencia das demais soluções do direito brasileiro pois não prevê um método automático de readaptação (como as cláusulas de indexação e de reajuste), a resolução do compromisso (como as cláusulas de caso fortuito e de força maior) ou a interferência do Poder Judiciário para decidir o conflito (como a revisão judicial).

Ademais, deve-se pontuar que a *hardship* é compatível com o direito brasileiro porque encontra fundamento na autonomia da vontade e há previsão expressa para

o gestor público adotar as cláusulas que melhor atendam a Administração Pública em cada acordo. Portanto, a sua origem no direito comercial internacional não é um óbice ao seu uso no direito administrativo brasileiro e a técnica de buscar soluções em outra área do direito para resolver problemas do direito administrativo (a fuga para o direito privado) já é amplamente aceita pela doutrina.

Por fim, diante da inexistência de regramento específico pela legislação que disciplina os acordos de leniência anticorrupção e da autorização expressa para celebração de acordos que atendam o interesse público no caso concreto, entende-se que a *hardship* se mostra uma solução juridicamente viável para conservar os acordos de leniência anticorrupção, uma vez que instrumentaliza o dever de as partes renegociarem as obrigações afetadas por fatos supervenientes, sob pena de consequências processuais e materiais referentes ao inadimplemento de uma obrigação de fazer.

Desse modo, a presente dissertação pretende estimular o estudo deste tema e sugerir uma solução de aplicabilidade imediata aos acordos de leniência anticorrupção, de modo a proporcionar maior segurança jurídica aos particulares e melhores resultados à Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ABDO, Ricardo Camarotta. **Lei Anticorrupção**: o acordo de leniência e seus principais aspectos. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2016.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao Novo Código Civil: Da Extinção dos Contratos, v. VI, t. II. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. Los confines de las sanciones: em busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, Madrid (Espanha), v. 195, 2014.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Método, 2012.

ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficácia y Administración**. Tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1995.

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. **Columbia Law Review**, v. 79, n. 1, jan. 1979.

ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do processo de responsabilização através do Acordo de Leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA**, São Paulo, v. 4, n. 1, 2017.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. Vol. I, 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública Pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 131-150, jan./mar 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A Consensualidade no Direito Administrativo: acordo regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Direito do Estado**, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O Ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais**: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AROSO DE ALMEIDA, Mario. Princípio da legalidade e boa administração: dificuldades e desafios. In: **Teoria Geral do Direito Administrativo**: temas nucleares. Coimbra: Almedina, 2012.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 20. ed. (5. ed. do e-book). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ASSIS, Araken de. Da Resolução por Onerosidade Excessiva. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 163, p. 50-59, set. 2018.

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 11, Salvador, 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço de mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil em contrato unilateral. In: **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Conceito do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 74, p. 33-44, jun. 1963.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed., v. 1. São Paulo: Malheiro, 2007.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos Internacionais**. São Paulo: Lex, 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos Contratos Internacionais** – Uma Visão Teórica e Prática. São Paulo: Saraiva, 1994.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). **Revista de Direito Público**, n. 66, São Paulo: RT, 1983.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BARROS E SILVA, Victor Carvalho Pessoa de. **Acordos administrativos substitutivos de sanção**. Dissertação (Mestrado de Direito) – PUC-SP, Faculdade de Direito, 2019.

BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. **Doutrina Civil – Primeira Seção**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 88, v. 769, nov. 1999.

BASSO, Maristela. **Contratos internacionais do comércio**: negociação, conclusão, prática. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

BENEDETTI, Giuseppe. L'equilibrio normativo nella disciplina del contratto dei consumatori. In: FERRONI, Lanfranco (coord). **Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BEN-SHAHAR, Omri. **How to repair unconscionable contracts**. **Law & Economics Working Papers Archive**: 2003-2009. University of Michigan Law School: 2007. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=law_econ_archive. Acesso em: 01 set. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. **Estudos de direito público** – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**. São Paulo: Almedina, 2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Coord.). **Dicionário de política**. 3. ed. Brasília: UnB, 1991. v. 1.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penalencoberta>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de Leniência**. S.d. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/combate-a-corrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordos celebrados**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/combate-a-corrupcao/acordo-leniencia/acordos-celebrados>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Parecer nº 00231/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU**. Ago. 2018. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45630/3/Parecer%20n%c2%ba%2000231->

2018-%20CONJUR-CGU%20-%20CGU-AGU.pdf. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/07/acordo-de-leniencia-com-a-odebrecht-preve-ressarcimento-de-2-7-bilhoes>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.531, de 26 de outubro de 2020**. Institui a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11129.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade**, 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre

particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. **Estudo Técnico n.º 01/2017**. Setembro de 2017, p. 49. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota Técnica nº 01, de 20 de novembro de 2017**. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. p. 2. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.826, de 8 de fevereiro de 2010**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. Apresentação: 18/02/2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial nº 1.051.270-RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 05/09/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=837488&num_registro=200800893455&data=20110905&formato=PDF. Acesso em: 07 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483/SP**. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ: 27/08/2015. Disponível em: Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 25 ago. 2022.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. t. II. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, P. T. de. Comentários à Lei n.º 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/80943>. Acesso em: 14 abr. 2022.

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo; CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. **Derecho administrativo sancionador**. 2. ed. Madrid: Editoriales Reunidas, 1995.

CARVALHAL, Eugenio do. et al. **Negociação e administração de conflitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

CARVALHO E SOUSA, Guilherme. A Liberdade de Contratar para a Administração Pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 260, Rio de Janeiro, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Jopert (eds.). **Defesa da Concorrência no Brasil**: 50 anos. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei n. 12.846 de 2013. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CASSETTA, Elio. **Manuale di Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2015.

CASTANHEIRO, Ivan Carneiro; OLIVEIRA, Andreia Mara. A regularização fundiária de condomínios e ranchos de lazer. In: **Conjur**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-15/mp-debate-regularizacao-fundiaria-condominios-ranchos-lazer>. Acesso em: 14 set. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CESÀRO, Vincenzo Maria. **Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale**. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

CHEVALIER, Jacques. Synthese. In: FORTIN, Yvonne (Dir.) **La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés de 1980**. Paris: L'Harmattan, 1999.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. 3. ed.

Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

COOLEY, John W. **A advocacia na Mediação**. Tradução René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CORREIA, J. M. Sérvulo. Fundações e Associações de direito privado. In: **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra, 2001.

CORREIA, J. M. Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de "*hardship*" nos contratos internacionais. In: **Revista de Direito Mercantil**, n. 97. São Paulo: RT, 1995.

COUTO E SILVA, Clóvis. V. **A obrigação como processo**. São Paulo: J. Bushatsky, 2009.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Administração Pública e mediação: notas fundamentais**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%2C%20leila%3B%20moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf. Acesso em: 15 set. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DAMIANI, Ernesto Sticchi. **Attività amministrativa consensuale e accordi di programma**. Milano: Giuffrè, 1992.

DANTAS, Carla de Calvo. **A Cláusula de Hardship numa Visão Comparada**. Dissertação (Mestrado de Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018.

D'ARRIGO, Cosimo. Il Controllo delle Sopravvenienze nei Contratti a Lungo Termine. In: TOMMASINI, Raffaele (coord.). **Soppravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale**. Turim: G. Giappichelli, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 191. Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar, 1993.

DIAS, Antônio Pedro Medeiros. **Revisão e Resolução do Contrato por Excessiva Onerosidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

DIDIER JR., Fredie. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: (Coord. geral). **Justiça multiportas**. Salvador: JusPodium, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 9. ed., vol. II. Madrid: Civitas, 2004.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1990.

ESTELLITA, Heloísa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros de empresas. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Almeida: Coimbra, 2009.

FABRE, Regis. Les clauses d'adaptation dans les contrats. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1983.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos na Ordem Pública do Direito Contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **O Direito e o Tempo**: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIA, Luzardo. **O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e a Consensualidade no Direito Administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2014.

FERNANDES, Wanderley. O Processo de Formação do Contrato. In: FERNANDES, W (Org.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRARI, Isabela Rossi Cortes. **Transadministrativismo**: dinâmica e complexidade. Dissertação (Mestrado em Direito) – UERJ, Faculdade de Direito, 2017.

FERREIRA, Daniel. **Infrações e sanções administrativas**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>. Acesso em: 07 dez. 2022.

FERREIRA, Gustavo Costa. **Responsabilidade Sancionadora da Pessoa Jurídica**: critérios para aferição da sua ação e culpabilidade no direito administrativo sancionador brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, 2019.

FERREIRA, Gustavo Costa. Regime de Responsabilização Sancionadora Administrativa da Pessoa Jurídica. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva et al (coord). **Direito Administrativo em Transformação**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

FIDALGO, Carolina Barros e CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: MUNHOS SOUZA, Jorge; PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo. [Org.]. **Lei Anticorrupção**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FISCHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**: a history of plea bargaining in America. Stanford, California: Stanford University Press, 2003.

FISS, Owen M. Against Settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, p. 1073-1090, 1984. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em: 22 jul. 2021.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Forense: Rio de Janeiro, 1958.

FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos Contratos**: Elementos para sua Construção Dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREIRE, André Luiz. Direito público e direito privado. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, 4. ed., 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, II, 9. ed. Madrid: Civitas, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GENTILI, Aurelio. La Replica dela Stipula: Riproduzione, Rinnovazione, Rinegoziazione del Contratto. In: **Contratto e impresa**, 2003.

GLITZ, Frederico. Contrato Internacional na Crise: Reflexões sobre as Cláusulas de Força Maior e *Hardship* em Tempos de Covid-19. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 48, n. 2, pp. 11-42, jul./dez, 2020.

GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 58, jan./jun. 2011.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. **O contrato administrativo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

GOMES, Orlando. A '*hardship* clause' no contrato de empreitada. In: **Novíssimas questões de Direito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005.

GONÇALVES, Pedro. **O contrato administrativo**: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo. Almedina: Coimbra, 2003.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. T. I. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAUSO, Pierpaolo. **Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati**. Milão: Giuffrè, 2007.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A imputação dos atos lesivos na lei de responsabilidade das pessoas jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013). In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). **Comentários ao direito penal econômico brasileiro**. Belo Horizonte: D'Placido, 2018.

GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)** – atualizada de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Saraiva: São Paulo. 2015.

GRIFFIN, James M. **A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program**. The modern leniency program after ten years. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201477.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Minissistema Brasileiro de Justiça Consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Revista Publicações da Escola da AGU**, Belo Horizonte, v. 8, n. 01, p. 15-36, jan./mar. 2016.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **RDA**, ed. especial LINDB, nov. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**. Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, 2014.

HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: a cure for malaise. **The Georgetown Law Journal**, v. 71, 1982.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC. **Hardship Clause**. Paris, 2003.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. **Progressive Codification of International Trade Law**. Proposed rules on *Hardship* with Introduction and Explanatory Report. Rome, February 1983, p. 5-6. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/documents/1983/study50/s-50-024-e.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. **Working Group for the preparation of Principles for International Commercial Contracts**. Rome, april 1986, p. 13. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/documents/1986/study50/s-50-misc09-e.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. Rome, 2016, p. 218. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. **Princípios relativos aos Contratos Comerciais Internacionais Unidroit**. Versão provisória publicada em língua portuguesa. Publicada pelo Ministério da Justiça. Roma, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **A Revisão Judicial dos Contratos no Novo Código de Processo Civil, Código do Consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente**. São Paulo: Atlas, 2006.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Covid-19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade civil extracontratual. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 28 set. 2022.

LAUBADÉRE, Andre et al. **Traite des contrats administratifs**. Vol. 1. Paris: LGDJ, 1983.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. **Princípio do Equilíbrio Funcional dos Contratos**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2016.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. Tese (Doutorado em Direito) – USP, 2013.

LÓPEZ VALLE, Vivian Cristina Lima. O acordo administrativo entre o Direito Público e o Direito Privado: emergência de uma racionalidade jurídico normativa público-privada? In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de Macedo. Democracia participativa na Constituição Brasileira. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 178, p. 181-193, abr./jun. 2008.

MACHETE, Pedro. **Estado de direito democrático e administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.

MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione. In: VISINTINI, Giovanna. **Trattato della responsabilità contrattuale**. Pádua: Cedam, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson. **Problemas emergentes da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/>. Acesso em: 19 jul. 2018.

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

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. Crise e perturbações no cumprimento da prestação. **Estudo de direito comparado luso-brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro, Roma e América. In: **Diritto Romano Comune**, n. 16. Roma: Università di Roma, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. Crise e perturbações no cumprimento da prestação. **Estudo de direito comparado luso-brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MASUCCI, Alfonso. **Transformazione dell'Amministrazione e Moduli Convenzionali**: Il Contratto di Diritto Pubblico. Napoli: Jovene, 1988.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. Il Rapporto Autorità-Libertà e Il Diritto Amministrativo Europeo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 4., 2006.

MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**. Vol. 1. Berlin: Duncker & Humblot, 1969.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, ODETE. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodvm, 2014.

MELO, Jairo Silva. **Contratos Internacionais e Cláusulas Hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

MENKEL-MEADOW, Carrie. The Limits of Adversarial Ethics. In: RHODE, Deborah

L. (ed.). **Ethics in Practice: Lawyer's Roles, Responsibilities, and Regulation**. New York: Oxford University Press, 2000.

MICHAELIS. **Paridade**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/paridade>. Acesso em: 10 set. 2022.

MODESTO, Paulo. Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr./jun., 2005, p. 7. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 set. 2022.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e FREITAS, Rafael Vêras. A juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, 2014. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf. Acesso em: 06 abr. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, vol. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A segurança jurídica na Administração Pública: breves notas sobre a Lei n.º 13.655, de 20 de abril de 2018. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro. Edição Especial de Infraestrutura. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=a-seguranca-juridica-na-administracao-publica-breves-notas-sobre-a-lei-n-o-13-655-de-20-de-abril-de-2018&HTML>. Acesso em: 23 maio 2022.

MOSER, Luiz Gustavo Meira. **A Cláusula de Hardship e o Contrato Interno e Internacional**. S.d. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/artigos/Luiz%20Gustavo%20Meira%20Moser%20Comercio.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

NANNI, Giovanni Ettore. A Obrigação de Renegociar no Direito Contratual Brasileiro. **Revista do Advogado**, v. 116. São Paulo: AASP, 2012.

NÁPOLES, Pedro Metello de; JÚDICE, José Miguel. **Cláusula que impõe mecanismos de prévia conciliação** – da sua executóriedade e das consequências da sua violação. Disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/Claulas_de_conciliacao_previa_a_arbitragem__Livro_Acuerdo_Arbitral__Peru__2010.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. Bologna: Il Mulino, 2014.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; RODOVALHO, Thiago. **Renegociação Contratual**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 906, p. 113-156, abr. 2011.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. Para além do controle repressivo da Administração Pública. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico; MOTTA, Fabricio. (Org.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição Brasileira de 1988: um diálogo luso-brasileiro**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2018.

NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations of authority. **Wisconsin Law Review**, 1977.

OCDE. **Grupo de Trabalho de combate ao Suborno em Transações Comerciais Internacionais**. Brasil: fase 2. Relatório sobre a Aplicação da Convenção sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Recomendação Revisada de 1997 sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Brasil, 2007. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br>. Acesso em: 19 set. 2022.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas**. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Fernando Baptista de. **Contratos privados: das noções à prática judicial**. Vol. I, 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, António Júdice et al. (Coords). **Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; Barros Filho, Wilson Accioli de. Inquérito Civil e Acordo Administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; Gonçalves, Claudio Cairo. Justiça Multiportas, Desjudicialização e Negociação na Administração Pública: novos caminhos para o consensualismo administrativo à luz da processualística civil. In: WATANABE, kazuo et al. (Coord.). **Desjudicialização, Justiça conciliativa e poder público**. São

Paulo: RT, 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; RAZZINI, Felipe. Em busca da desjudicialização dos litígios públicos. In: **Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/oliveira-razzini-buscadesjudicializacao-litigios-publicos>. Acesso em: 29 jun. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo. Diretos do particular no processo de negociação dos acordos administrativos. In: **Conjur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-22/publico-pragmatico-direitos-particular-processo-negociacao-acordos-administrativos>. Acesso em: 24 ago. 2021.

OPPETIT, Bruno. L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de *hardship*. **Journal du Droit International**, n. 4, 1974.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNODC e Corrupção**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>. Acesso em: 17 set. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revis-ta dos Tribunais, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSÓRIO, Medina Fábio. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. In: **Migalhas**, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticri meeimprobid.pdf. Acesso em 16 abr. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração pública e seu controle judicial. In: GABBAY, Daniela Monteiro et al. (Coords.). **Justiça federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual**: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRIATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PENA, Eduardo Chemale Selistre. Punição às empresas é diferencial da Lei

Anticorrupção. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferenciallei-anticorrupcao>. Acesso em: 10 abr. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. II. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREZ, Marcos Augusto. **Administração Pública Democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. In: **IPEA**, 2005. Disponível em: www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

PINTO, José Emílio Nunes. O Mecanismo Multietapas de Solução de Controvérsias. In: **CamARB**, s.d. Disponível em: http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=33. Acesso em: 10 set. 2022.

PIRES, Catarina Monteiro. Efeitos da Alteração das Circunstâncias. In: **O Direito**, v. 145, 2013, I-II.

PISU, Luciana Cabella. I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta. In: VISINTINI, Giovanna. Trattato della responsabilità contrattuale. Pádua: Cedam, 2009, p. 537-570. V. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. T. I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

POZZOBON, Roberson Henrique. **A Função Preventiva dos Acordos de Leniência Antitruste no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Maurício Almeida. **Le hardship dans le droit du commerce international**. Bruxelas, Paris: Bruylant, 2003.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RAGAZZO, Carlos; FRANCE, Guilherme; VIANNA, Mariana. Regulação consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 89-122, 2017.

RAMÍREZ TORRADO, Maria Lourdes. La sanción administrativa y su diferencia con otras medidas que imponen cargas a los administrados em el contexto español. **Revista de Derecho, Barranquilla Colombia**, n. 27, 2007.

RANGEL, Roberta Maria. As Regras da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) para a Administração Pública. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). **Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBAS JÚNIOR, Salomão. **Corrupção Pública e Privada: quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Julia Lavigne. **O Acordo de leniência da lei anticorrupção e a descoordenação institucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) – FGV, Escola de Direito do Rio de Janeiro, 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **Los convênios entre administraciones públicas**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e Revisão dos Contratos de Consumo em Função da Pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do direito. **Revista de direito do consumidor**, v. 29, n. 132, p. 57-87, nov./dez. 2020.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun., 2015.

SALOMÃO, Luís Felipe. O marco regulatório para a mediação no Brasil. In: **Justiça e Cidadania**, 2015. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-marco-regulatorio-para-a-mediacao-no-brasil/>. Acesso em: 16 set. 2022.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O Acordo de Leniência e seus Reflexos Penais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2012.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SÃO PAULO. **Processo n. 1069420-76.2017.8.26.0100**. Petição Inicial. UTC Participações S.A. 16/07/2017. Disponível em: https://utcparticipacoes.com.br/conteudo/docs_2020/Pedido_Inicial_da_Recuperacao_Judicial.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>. Acesso em: 20 set. 2022.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos Público-Privados: da opacidade à visibilidade na Administração Pública**. Tese (Doutorado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2016.

SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. **La teoria general del derecho administrativo como sistema**. Madrid, Barcelona: INAP, Marcial Pons, 2003.

SCHREIBER, Anderson. Construindo um Dever de Renegociar no Direito Brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 16, n. 1, pp. 13-42, jan./jun 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na LINDB: normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

SEROZAN, Rona. **General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision**. Nova Iorque: Springer, 2016.

SIEBERT, Wolfgang. Privatrecht im Bereich Oeffentlicher Verwaltung – zur Abgrenzung und Verflechtung von Oeffentlichem Recht und Privatrecht. In: **Festschrift für Hans Niedemeyer**. zum 70. Goettingen: Otto Schwartz & Co, 1953.

SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos. In: GONÇALVES, Pedro (Org.). **Estudos de contratação pública – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo, Saraiva, 2015.

SORNARAJAH, M. Supremacy of the renegotiation clause in international contracts. **Journal of International Arbitration**, v. 5, n. 2, 1988.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia. **Introdução ao Estudo do Direito**. Lisboa: Europa America, 1991.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco Contratual, Onerosidade Excessiva & Contratos Aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015.

SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2015.

SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et Impera: Optimal Leniency Programs. **CEPR Discussion Paper**, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. BH: Fórum, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

SZTAJN, Rachel; VERA, Flavia Santinoni; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; SORRENTINO, Luciana Yuki Fugishita. Contratos em Tempos de COVID-19. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 6, n. 4, 2020.

SZTJAN, Rachel. **Supply chain e incompletude contratual**, p. 14. Disponível em: www.revistassistemas.com.br/index.php/systemas/article/viewPDFInterstitial/10/11. Acesso em: 12 out. 2022.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. **Acordo de leniência anticorrupção**: uma análise sob o enfoque da teoria de redes. Tese (Doutorado de Direito) – USP, 2020.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. Acordo de Leniência e Investigações Internas como Mecanismos Eficazes de Enfrentamento da Corrupção. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira (Coord.). **Acordos administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. Responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. **Revista dos Tribunais**, v. 974. São Paulo: RT, 2014, p.134-135.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo Tepedino; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Contratos**. V. 3, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula resolutiva expressa**: regime jurídico e parâmetros funcionais para a sua fixação. 2015. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

URIBE, Rodrigo Andrés Momberg. **The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts**. Comparative perspectives. Cambridge: Intersentia, Metro, 2011. Disponível em: http://intersentia.com/en/pdf/viewer/download/id/9781780680057_0/. Acesso em: 25 set. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

VISCONTE, Debora. **Contratos de Longa Duração**: Alterações de Circunstâncias no Direito Internacional. Tese (Doutorado em Direito) – USP, Faculdade de Direito, 2017.

VOGENAUER, Stefan. **Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

WALD, Arnaldo. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. V. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WELTON, Nelly Maria Potter. **Revisão e Resolução dos Contratos no Código Civil**: Conforme Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WOLFF, Hans. Der Unterschied zwischen oeffentlichem und privatem recht. In: **Archiv des oeffentlichen rechts**. Vol. 76. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1950/1951.

ZANETTI, Andrea Cristina. Delineamentos do contrato de execução diferida. In: **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

ZANETTI, Christiano de Souza. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZOCKUN, Maurício. Vinculação e Discricionariedade no Acordo de Leniência. In: **Direito do Estado**, n. 142, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 24 maio 2022.