

Contratos empresariais e Lei Anticorrupção Sobre os efeitos do nulo em avenças alcançadas por acordos de leniência

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Marcelo Barbosa Sacramone*²
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Acordos de leniência e uma nova visão sobre o processo estatal sancionador. 3. Contratos empresariais maculados pela corrupção. 3.1. Os efeitos do reconhecimento da invalidade do negócio jurídico e a possibilidade de sua confirmação. 3.2. A possibilidade de o negócio jurídico nulo produzir efeitos. 3.3. Da confirmação do contrato nulo pelo acordo de leniência. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

Questão de alta indagação nos dias que correm é saber que efeitos podem ser dados para as avenças firmadas entre Administração e empresas privadas cujas tratativas tenham sido maculadas pela corrupção.

O vício de motivo conduziria à nulidade do contrato, o que normalmente acarretaria a cessação de efeitos do pacto e a restituição das partes ao *status quo ante*.

Quanto ao que foi executado previamente à declaração de nulidade do negócio jurídico, a tendência seria a de preservação do que for possível, em atendimento não só à realidade (que teima em ter vida

¹ Doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

² Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito da 2ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo.

para além do Direito) como em homenagem à vedação do enriquecimento sem causa, à socialidade e à funcionalização dos direitos³.

Ilustrando o ponto, teríamos aproximadamente o seguinte cenário: ressalvadas as consequências que devem advir aos criminosos (pessoas físicas ou jurídicas) em razão do ilícito, o que envolve a necessidade de composição do dano que eventual superfaturamento tenha acarretado ao erário, a construção de uma obra já incorporada ao patrimônio público ou a prestação de um serviço já fruído pela Administração são dados do mundo fenomênico que não podem ser desfeitos.

Por outro lado, não é legítimo que o Estado pretenda simplesmente o reembolso de tudo o que despendeu com a execução da avença.

A responsabilidade do particular quanto ao ilícito cometido será avaliada na sede adequada para tanto (que entre nós pode ser o juízo criminal, o da ação de improbidade ou o competente para a aplicação da Lei n. 12.846/2013⁴), mas a singela perda de tudo o que este recebeu, considerando que houve acréscimo ao acervo ou utilidade às atividades do Poder Público, implicaria confisco.

Situação complexa se dá com os contratos que, em vias de execução, são alcançados pela declaração de nulidade. A Administração deverá sempre suspender sua execução? Em havendo acordo de leniência com a empresa envolvida, em que condições tal instrumento poderá operar a convalidação da avença?

Eis as questões que buscaremos responder com o presente estudo.

2. Acordos de leniência e uma nova visão sobre o processo estatal sancionador

O acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846/2013 - LAE é reflexo de uma nova forma de se encarar o processo estatal sancionador, que em maior ou menor medida avança em nossa legislação desde 1990, quando passou a ser expressamente admitido entre nós o estabelecimento de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC entre agentes

³ GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 141.

⁴ Para ficarmos em três das principais esferas de responsabilização previstas em nosso ordenamento para casos de corrupção, as quais ainda convivem com outras, como apurações junto ao CADE ou Tribunais de Contas.

estatais e os atores a quem se imputa a agressão a qualquer interesse difuso ou coletivo⁵, entre os quais está a moralidade pública⁶.

Certamente, seria melhor se tais avenças não fossem necessárias para a persecução de pautas de interesse geral.

Em um mundo ideal, criada a lei, vedadas condutas deletérias ao bem comum, estas seriam seguidas pelos integrantes de uma dada comunidade. Se não voluntariamente, via imposição da organização política que, através de seus órgãos de controle, apuraria a ocorrência de infrações e a respectiva autoria, atribuindo aos seus responsáveis as sanções previstas no ordenamento jurídico para quem viole os seus termos.

A sanção, entendida como consequência afliativa aplicada ao infrator da lei, funcionaria como um desestímulo especial e geral para a prática de comportamentos antissociais.

Nada obstante a lógica que se extrai de tal construção teórica, sua insuficiência para garantir que as pessoas não cometessem ilícitos acabou levando à reflexão sobre outras formas de se buscar o cumprimento das regras estatais para além da ameaça de uso da força contra quem desobedece-las.

Emerge, assim, a importância da contratualização do exercício da função pública⁷ e do chamado Direito Premial⁸ como instrumentos de

⁵ O § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85, incluído em tal diploma pela Lei n. 8.078/1990, prevê: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>, acesso em: 24 out. 2017).

⁶ Thiago Marrara identifica na MP n. 2.055 de 11.8.2000 o marco inicial da leniência em nosso sistema jurídico, diploma que alterou a Lei de Defesa da Concorrência de 1994 (Lei n. 8.884), nela inserindo os arts. 35-B e 35-C, que tratavam do instituto (MARRARA, 2017, p. 201). No mesmo sentido ver Taffarello (2017, p. 214).

⁷ Dentre os estudos mais atuais que tratam do tema, tendo por foco a contratualização da competência de controle estatal, ver PALMA, Juliana Bonacorsi de, *Sanção e acordo na administração pública*, São Paulo, Malheiros, 2015; MARRARA, Thiago, *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. *Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

⁸ Rogério Fernando Taffarello observa que, apesar de a celebração de acordo entre acusação e defesa como meio de se extinguir processos punitivos ser fato relativamente novo no nosso ordenamento, já que remonta a dispositivos da Lei n. 9.099/95 para crimes de menor potencial ofensivo, o Código Penal de 1940 já previa casos em que a conduta posterior do agente poderia redundar em abatimento ou isenção das penas cominadas ao crime que este praticou, do que são exemplos as figuras do arrependimento posterior em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (art. 16, com a redação que lhe foi dada pela reforma de 1984) e da reparação do dano no peculato culposo (§ 3o do art. 312) (Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmica e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira da Advocacia – RBA*, São Paulo, ano 2, v. 4, p. 212, jan.-mar. 2017.).

uma Administração mais eficiente, que, sem abdicar da prerrogativa de agir unilateralmente quando necessário, persiga a adesão voluntária dos particulares às suas políticas⁹.

Nesse contexto é que, no âmbito do combate à corrupção, nossa legislação passa a prever a celebração de contratos entre investigadores e investigados com a finalidade de propiciar uma apuração de ilícitos mais célere e eficaz¹⁰.

O processo estatal sancionador, vocacionado à identificação de episódios de mercancia da função pública, assume seu caráter instrumental de gerar bons resultados no funcionamento da máquina administrativa, com o pronto desmantelamento de redes criminosas e depuração dos quadros do funcionalismo e do mercado, condição não só para que cessem atividades ímprobas como para que se evite sua repetição no futuro.

A tarefa certamente não é fácil e a introdução de módulos de ação convencional de forma mais ampla em nosso sistema jurídico traz novos desafios para os que são chamados a operar tais ferramentas.

O primeiro é cultural.

⁹ Renato de Mello Jorge Silveira, comentando a disciplina prevista para o acordo de leniência na Lei n. 12.529/2011 (Defesa da Concorrência), que revogou a Lei n. 8.884/94, discorre sobre a lógica do instrumento: “A racionalidade aplicada ao instituto do Acordo de Leniência, portanto, segue o primado da teoria dos jogos, em especial a lógica da “cenoura e do porrete” (stick-and-carrot approach). Assim, dar-se-iam benefícios ao leniente que decidisse pôr fim à conduta e deletar prática ilícita, sob pena de, caso não o faça, sofrer sanções severas. Não se trata de um simples abrandamento de sanção administrativa pela própria Administração, mas, sim, de uma anistia penal dada pela Administração por mera colaboração nas investigações. Por se tratar de medida de extinção de punibilidade penal ofertada por um órgão do Executivo, muito se questionou sobre sua constitucionalidade.” (SILVEIRA, 2014, p. 164).

¹⁰ Esse aspecto é reiteradamente lembrado na literatura que trata do tema. A respeito, confira-se, a título ilustrativo, MARTINS, Ives Gandra da Silva, Acordos de Leniência - evolução do instituto na legislação brasileira - abrangência, legalidade e atualidade da M.P. n. 703/2015, *Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano XII, n. 70, p. 130, 2016; MARRARA, Thiago, Comentários ao art. 16, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Z., MARRARA, Thiago (Coord.), *Lei anticorrupção comentada*, Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 196; MORAIS, Flaviane de Magalhães B. B. de; BONACCORSI, Daniela Villani, A colaboração por meio de acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro - um estudo a partir da “Operação Lava a Jato”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas - RBCCrim*, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 94 e ss., ago. 2016; MARTINEZ, Ana Paula, Desafios do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013, *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 125, p. 26-27, dez. 2014; PEREZ, Marcos Augusto, Acordos de leniência no processo administrativo anticorrupção brasileiro, in: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.), *48 visões sobre a corrupção*, São Paulo, Quartier Latin, 2016, p. 656-660; TAFARELLO, Rogério Fernando, Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro (op. cit., p. 220 e ss.).

Ainda é comum encontrar críticos que, apegados a bordões do tipo “não se negocia com criminosos”¹¹, resistem a ver nos acordos de leniência um caminho adequado para a realização do Direito para além da tradicional fórmula da subsunção do fato ilícito ao dispositivo legal que preordena uma punição ao infrator, dentro de balizas bem discriminadas pelo legislador para tanto¹².

A incorporação do acordo como meio à disposição do Estado para fazer cessar o ilícito acaba por significar uma rendição deste à realidade, ao fato de que nem sempre políticas fundadas em técnicas de “*comando e controle*” são as mais aptas a gerar bons resultados no mundo fenomênico¹³.

Assim, a previsão de um agir estatal dialogado e disposto a transacionar com o particular que incorra nas condutas discriminadas na LAE pode ser interpretada como uma tentativa de se repensar nosso arcabouço jurídico tendo por foco sua função, sua capacidade para, no dia a dia, cumprir os fins a que este se destina.

¹¹ “Há certas décadas seria impensável imaginar que uma autoridade pública dialogaria com um infrator confesso, responsável por desvios bilionários de recursos financeiros ou infrações econômicas com altíssimo impacto lesivo a interesses públicos primários. Perante o suspeito, à Administração tradicional se abria um único caminho: inaugurar os devidos processos acusatórios e esforçar-se para levantar provas a fim de punir os reais infratores” (MARRARA, 2015, p. 511).

¹² Sob uma perspectiva distinta da ora indicada por nós quanto à causa, mas apontando para o aspecto cultural como um dos principais entraves para o êxito do emprego dos acordos de leniência previstos na LAE, Ana Paula Martinez vê na estigmatização do delator um obstáculo a ser superado para o sucesso do instituto. Nas palavras da autora: “Um dos maiores desafios para o Programa de Leniência no Brasil é a resistência cultural à delação, pelo estigma do delator. Com efeito, a delação premiada — da qual o Programa de Leniência da Lei no 12.826/2013 é espécie — recebe críticas por incentivar a traição, o que traria implicações ético-morais. Segundo visão disseminada no Brasil, seja para a delação em geral, seja para o acordo de leniência (da Lei Antitruste), não é desejável que o Estado incentive conduta — traição — que gere desconfiança e desordem social” (Desafios do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013, 2014, p. 28). Tal óbice também é abordado e rechaçado por Rogério Fernando Taffarello (2017, p. 222-224).

¹³ Sobre o ponto, vale lembrar que a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) é expressa ao vedar “transação, acordo ou conciliação” nas ações disciplinadas por tal diploma (art. 17, § 1o), o que, ao menos sob uma perspectiva retórica, levaria os indivíduos a não violar os respectivos termos, já que o Estado seria implacável na punição dos agentes ímprobos. Nada obstante a intenção legal, a experiência em Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo revela que muitas dessas lides, em especial quando envolvem ocupantes de cargos públicos de alto escalão, acabam não tendo desfecho adequado em prazo razoável. As razões para tanto são diversas e já tivemos oportunidade de discorrer sobre algumas delas em outra oportunidade (CUNHA FILHO, 2016, p. 261 e ss.). De qualquer modo, nos parece que também em tal sede a possibilidade de estabelecimento de acordos investigadores e investigados, de modo análogo ao que hoje existe na seara penal (através das delações premiadas) e nas da Lei Anticorrupção Empresarial e de Defesa da Concorrência (por meio dos acordos de leniência), poderia ampliar a capacidade de a LIA contribuir para evitar atos desonestos que impliquem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou violação aos princípios da Administração.

E quanto ao referido aspecto, a quantidade de fatos ilícitos, que nos últimos anos só veio a público em razão da colaboração dos investigados com as autoridades, não deixa dúvidas acerca da importância do emprego dos acordos de leniência para a eficiência da missão pública de controle da probidade administrativa¹⁴.

Atestada a utilidade da via consensual para ampliar o conhecimento dos órgãos de fiscalização acerca das ilegalidades, que maculam o exercício do Poder entre nós, o segundo desafio que vemos no manejo de tais instrumentos é sua adequada procedimentalização.

Nossa legislação dirigida a prevenir e reprimir a corrupção é esparsa e assistemática, atribuindo a diversos agentes competências que, por vezes, são sobrepostas para apuração dos mesmos fatos¹⁵.

Logo, para que os acordos de leniência possam de fato contribuir para a cessação de novas infrações, que tenham por objeto a mercantilização da função pública, o ideal seria que o processo para sua

¹⁴ Marcos Augusto Perez nos dá notícia que nos Estados Unidos a prática da leniência assumiu recentemente o papel de principal instrumento de combate a crimes empresariais, sendo que através de acordos entre investigadores e investigados foram recuperados US\$ 9 bilhões em 2012, US\$ 2.9 bilhões em 2013 e US\$ 5.1 bilhões em 2014 (2016, p. 656-657). Entre nós, no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, sede em que os acordos de leniência vêm sendo usados desde os anos 2000, há notícia de celebração de mais de 50 avenças do tipo, o que é visto de forma positiva pela instituição (disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>, acesso em: 2 nov. 2017). No âmbito da operação Lava Jato, que por ainda estar em curso ainda não permite um balanço conclusivo sobre o seu significado para combate à corrupção no país, a imprensa divulga que um único acordo de leniência resultou em compromisso de uma grande empreiteira em restituir R\$ 700 milhões de reais às vítimas de seu envolvimento em crimes como formação de cartel, fraude à licitação, corrupção e lavagem de dinheiro (disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/08/camargo-correa-firma-acordo-para-devolucao-de-r-700-milhoes.html>>, notícia publicada em 21/08/2015, acesso em: 4 nov. 2017). Imaginamos que só este último fato já evidencia as vantagens do emprego da técnica negocial em comparação com o tradicional agir unilateral da Administração para apuração de crimes e de seus responsáveis, sendo que as críticas que existem acerca do modo em que tais avenças são formuladas devem ser usadas para aprimoramento do instituto (e não sua eliminação, o que viria na contramão da necessidade de maior eficiência na missão estatal de detectar e reprimir delitos praticados por organizações criminosas).

¹⁵ Sobre as incongruências das disciplinas previstas para os acordos de leniência firmados nos termos da Lei de Defesa da Concorrência e da LAE, que podem incidir sobre os mesmos fatos, ver apontamentos feitos por Moraes e Bonaccorsi (2016, p. 101 e ss.) e Marrara (2015, p. 218 e ss.). Flaviane Moraes e Daniela Bonaccorsi, ao analisarem a experiência advinda da negociação entre Ministério Público Federal e algumas empresas envolvidas no célebre caso da Lava Jato, concluem: “o excesso de esferas de poder e de órgãos que atuam de forma sobreposta na questão do controle e punição de atos corruptivos gera insegurança jurídica para as empresas, riscos de *‘bis in idem’*, pela imposição de múltiplas sanções em esferas diferentes. Mas pode, também, ser sintoma de impunidade, pois o controle de muitos pode gerar um espaço em que ninguém controla, a princípio invisível, mas que estará claro na análise de riscos do mercado” (2016, p. 111). O problema de sobreposição de instâncias de responsabilização e risco de *bis in idem* também é alertado por Marcos Augusto Peres (2016, p. 662 e ss.).

celebração envolvesse todos os órgãos potencialmente interessados na apuração do ilícito, entre os quais se destaca o Ministério Público¹⁶, que tem competência para judicialmente buscar a responsabilização penal, civil e administrativa dos respectivos infratores.

Para garantir estabilidade a tal tipo de sinergia, que a nosso ver depende mais de boa vontade por parte dos servidores (e respectivas chefias) e da superação de uma cultura de insulamento de repartições públicas do que de lei, poderiam ser firmados convênios a disciplinar a atuação conjunta de todos aqueles que são responsáveis por apurar ilícitos, que tenham por vítima o erário e o exercício isento da função estatal em prol dos cidadãos¹⁷.

Um terceiro desafio seria o da observância da proporcionalidade e da isonomia na aplicação dos acordos de leniência.

Em especial, em razão de alguns movimentos que têm sido feitos pelo governo federal para tentar ampliar (talvez em demasia) as vantagens das empresas que pretendem, confessando seus ilícitos, cooperar com o Poder Público na apuração de casos de corrupção¹⁸, ao que se soma a aplicação prática do instituto em termos que são vistos por alguns críticos como excessivamente brandos¹⁹, vem à baila a discussão sobre a proporcionalidade das obrigações estabelecidas em tal tipo de avença.

¹⁶ “É também necessário estabelecer expressamente na legislação a intervenção, desde o processo de negociação até a assinatura dos acordos, dos órgãos do Ministério Público com atribuições para garantir a idoneidade do acordo e a segurança jurídica das pessoas físicas e jurídicas implicadas – inclusive sob o ângulo das consequências jurídico-penais e no campo de ações de improbidade” (TAFFARELLO, 2017, p. 226).

¹⁷ Thiago Marrara alude ao convênio entre entidades responsáveis por combate à corrupção nas diversas esferas de governo como um instrumento apto a coordenar as respectivas ações, dando como exemplo a possibilidade de integração das iniciativas do CADE e do Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União em tal âmbito, só que fazendo referência à necessidade de autorização legal para tanto (MARRARA, 2017, p. 211).

¹⁸ Como é exemplo a edição da Medida Provisória n. 703 de 2015 que, tendo perdido seus efeitos por não ter sido aprovada pelo Congresso, pretendeu acabar com a regra de só se beneficiar a primeira empresa que denuncia o ilícito à autoridade, dispensava a confissão do ato de corrupção e estendia expressamente os efeitos da avença a outras esferas de responsabilização, inclusive de reparação civil. Sobre tal diploma, ver comentários constantes em Marrara (2017, 204-206).

¹⁹ Refere-se aqui à discussão sobre o acordo de leniência firmado pelo Ministério Público Federal e a empresa JBS cujos principais gestores, pelo que fora divulgado pela mídia, ficavam isentos de maiores constrangimentos apesar da gravidade dos fatos denunciados aos agentes estatais (disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/05/27/jbs-rapidez-no-acordo-de-delacao-e-excesso-de-beneficios-geram-criticas/>>, notícia de 27/05/2017, acesso em: 4 nov. 2017). Um dos principais motivos para a polêmica foi a comparação entre as vantagens conferidas aos representantes da referida empresa e aquelas que foram asseguradas aos administradores de outras pessoas jurídicas envolvidas em casos análogos de corrupção (disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/acordo-de-delacao-premiada-da-jbs-teve-mais-beneficios-que-os-outros-que-criterios-sao-usados-entenda.ghtml>>, notícia de 03/06/2017, acesso em: 4 nov. 2017).

O acordo de leniência cumpre um papel importante no exercício da função de controle estatal sobre o fenômeno da corrupção (possibilitar conhecimento de infrações, punição de infratores e restaurar a ordem em setor da vida administrativa, maculado por tal chaga²⁰), não podendo, é importante lembrar, se travestir de ferramenta para impunidade.

Assim, ainda que seja natural ao exercício contratualizado da função pública a atuação dos agentes estatais dentro de parâmetros mais ou menos elásticos, do que sempre vemos com hesitação a busca de predeterminação legal ou regulamentar de forma exaustiva do que possa ou não constar dos referidos instrumentos de colaboração, os seus responsáveis têm o ônus de motivar adequadamente os direitos e deveres estabelecidos no manejo da competência que lhes é conferida pelo art. 16 da LAE²¹.

Logo, imaginamos que tenha de ficar claro para o público quais foram as vantagens advindas do emprego da técnica de concertação para a satisfação de interesses públicos primários, bem como qual foi a sua repercussão sobre a esfera jurídica das pessoas físicas que, atuando em nome da empresa, cometeram os ilícitos (note-se que a lógica da LAE é que, por mecanismos de *compliance*, esses indivíduos já tenham sido identificados e punidos pela organização interna da pessoa jurídica antes da comunicação da prática delitiva aos órgãos de controle²²).

²⁰ Art. 16 da Lei 12.846/2017 – “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração” (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>, acesso em: 4 nov. 2017).

²¹ Uma das deficiências da disciplina dos acordos de leniência prevista na LAE é o fato de ela não ser expressa quanto aos efeitos da avença (em especial penais) com relação às pessoas físicas que colaboram com as autoridades (MARRARA, 2017, p. 200). Nada obstante, há notícia de que já houve negociação de colaboração pela qual o Ministério Público se comprometeu a não lançar mão de ações cíveis ou criminais em face dos indivíduos que contribuíram com as investigações (MORAIS; BONACCORSI, 2016, p. 108-109), obrigação que, desde que devidamente motivada, pode aprimorar a efetividade do instituto, ao menos até que este receba um melhor tratamento legal ou regulamentar no nosso sistema.

²² “No cenário ideal desenvolvido legislativamente pressupõem-se a existência de mecanismos de integridade eficientes existentes da empresa, por meio de programa de integridade que, utilizando-se de investigações internas, apura atos de corrupção dentre membros da sua administração ou colaboradores (empregados, terceirizados, fornecedores, compradores), pune-se internamente e declara junto aos órgãos de controle o fato corrupto objetivando reduzir multa, evitar aplicação de sanções acessórias no âmbito administrativo e impedir processos judiciais de responsabilização” (MORAIS; BONACCORSI, 2016, p. 105).

Além disso, também considerando a margem de discricionariada de inerente ao emprego da leniência, acreditamos que, resguardadas informações que possam ser classificadas como sigilosas ou então desnecessárias ao cumprimento do dever estatal de conferir publicidade a seus atos, os fatos e as obrigações constantes desses acordos devem vir a público, permanecendo catalogadas para acesso de eventuais interessados, inclusive para que se possa fazer o controle do exercício futuro dessa prerrogativa estatal sob a perspectiva da isonomia.

3. Contratos empresariais maculados pela corrupção

Dentre os casos de ilicitude, a Lei 12.846/2013, em seu art. 5º, estabelece como atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, os negócios jurídicos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Pela especificação da Lei Anticorrupção, consideram-se ilícitos frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; 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; manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública.

Os contratos celebrados com fraude a esse diploma são considerados, nos termos do art. 166 do Código Civil, como nulos.

Ao caracterizar o negócio com fraude à lei como nulo, assegurou o Código Civil que a violação à lei imperativa sequer precisava ser direta. O negócio jurídico celebrado não precisa ser proibido. Ainda que permitido, o negócio jurídico estará viciado se firmado com o propósito de obter resultado não permitido pela Lei²³.

²³ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 95.

O contrato fraudulento não necessita violar a norma jurídica por si mesmo, mas poderá, mediante uma combinação de outros atos jurídicos, ser utilizado para produzir um resultado contrário ao interesse protegido pela norma imperativa²⁴. Desde que os contratantes celebrem contrato por meio do qual seja prejudicado o patrimônio público ou atente-se contra os princípios da administração pública, referidos negócios jurídicos deverão ser reputados nulos.

3.1. Os efeitos do reconhecimento da invalidade do negócio jurídico e a possibilidade de sua confirmação

A nulidade é espécie de invalidade. Inválida é a declaração de vontade proferida em desconformidade aos preceitos jurídicos, o que a torna irregular²⁵. Para proteger a integridade do ordenamento são suprimidos os efeitos, em regra retroativamente, dos negócios jurídicos que desrespeitam seus ditames.

Além de imposição de sanção ao negócio jurídico com vício em sua formação, a invalidade é a apreciação legislativa da conveniência ou não de se atribuir aos interessados a manutenção ou não dos efeitos jurídicos produzidos em razão dos interesses desrespeitados. Diante disso, a invalidade poderá ser classificada em nulidade ou anulabilidade, conforme a natureza dos interesses protegidos pelo ordenamento e desrespeitados pelo negócio jurídico praticado²⁶.

A anulabilidade é sanção a vício que afeta mormente interesses privados. Desde que os legitimados impugnem a validade do negócio jurídico, a anulabilidade priva o negócio de todos os efeitos jurídicos produzidos, em regra retroativamente²⁷.

A proteção dispensada pelo ordenamento jurídico aos particulares, entretanto, perde a finalidade se os próprios interessados manifestarem sua vontade de se obrigarem pelo negócio jurídico viciado. Nesses termos, o negócio jurídico anulável está sujeito à confirmação pelas partes potencialmente prejudicadas pela sua mácula, resguardado os direitos de terceiro. A confirmação é justamente o saneamento

²⁴ BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3, p. 625.

²⁵ AMARAL Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 509-526.

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 418.

²⁷ ALARCÃO, Rui de. *A confirmação dos negócios jurídicos*. Coimbra: Atlântida, 1971. p. 50. Conforme art. 182 do Código Civil, “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

do negócio jurídico viciado pela pessoa cujo interesse a lei procurava preservar.

Além de poder ser confirmado pela vontade das partes, o negócio jurídico anulável poderá, também, convalescer pelo discurso do tempo, diante da omissão da parte interessada em alegar o vício²⁸. Não alegado o vício que gere a anulabilidade no período decadencial, o negócio jurídico viciado produzirá normalmente os seus efeitos.

A nulidade, ao contrário da anulabilidade, é sanção imposta ao negócio jurídico que viola interesses de ordem pública. Como ordem pública, identificam-se os interesses protegidos pelas normas cogentes, “que se impõem a todos indistintamente, importando, por isso, ao direito como um todo”²⁹.

Por afetar interesses gerais da coletividade, a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado e não está submetida à confirmação, nem convalésce com o decurso do tempo.

A confirmação do negócio jurídico nulo é tradicionalmente refutada pela legislação estrangeira³⁰. Na legislação brasileira, o Código Civil restringe as hipóteses de confirmação do negócio jurídico apenas aos vícios que gerem anulabilidades. Nos termos dos arts. 169 e 172 do Código Civil, apenas o negócio anulável poderá ser confirmado pela vontade das partes, de modo a produzir regularmente seus efeitos. O negócio jurídico nulo nem seria suscetível de confirmação por vontade das partes contratantes, nem convalésceria pelo decurso do tempo.

A confirmação do nulo seria impossibilitada, pois a concordância de um dos contratantes não poderia suprir a vontade de todos os demais da coletividade cujos interesses, albergados pela norma jurídica

²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 92.

³⁰ Apenas excepcionalmente há previsão legal de que o negócio jurídico poderia continuar a produzir seus efeitos em razão do comportamento das próprias partes nas hipóteses de nulidade da disposição testamentária ou da doação *mortis causa*. O art. 1.423 do Código Civil italiano consagra a não confirmação das nulidades, exceto disposição legal em contrário. O art. 590 do Código Civil italiano excepciona a proibição de confirmação do negócio jurídico nulo ao estabelecer que “la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa della nullità, ha, dopo la morte del testatore, confermato la disposizione o dato ad essa volontaria esecuzione”. O art. 799 ainda determina que “La nullità della donazione da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa dal donante che, conoscendo la causa della nullità, hanno, dopo la morte di lui, confermato la donazione o vi hanno dato volontaria esecuzione”. No mesmo sentido, o Código Civil francês, no art. 1.340, admite a confirmação excepcional da doação *mortis causa* nula, assim como o Código Civil português no art. 968 e art. 2.309.

cogente, foram prejudicados. Diante da proteção ao interesse público, a manifestação de vontade do contratante em confirmar o negócio jurídico viciado seria insuficiente para sanar o vício, pois a norma não é destinada a proteger seu exclusivo interesse.

Outrossim, a proteção da ordem pública permite que qualquer pessoa alegue a nulidade e, inclusive, que o juiz a reconheça de ofício. A falta de alegação, por não se permitir que se comprometa esse interesse maior, impede que o vício se convesça com o decurso do tempo. O reconhecimento desse vício poderá ser realizado a qualquer momento, o que implicará, como na anulabilidade, o retorno das partes ao *status quo ante*.

3.2. A possibilidade de o negócio jurídico nulo produzir efeitos

Reconhecida a afronta às normas de ordem pública, impõe-se à manifestação de vontade das partes a sanção de nulidade. Como regra geral, estabelecida pelo art. 182 do Código Civil, suprime-se do negócio jurídico inválido todos os seus efeitos, inclusive retroativamente. As partes retornarão à situação anterior ao negócio jurídico, a menos que impossível, hipótese em que haverá indenização pelos prejuízos causados³¹.

Apesar da deficiência em sua formação ou durante sua execução³² e da doutrina mais tradicional brasileira entender pela impossibilidade de convalidação do negócio jurídico nulo³³, passou-se a sustentar que alguns efeitos jurídicos, notadamente em face de terceiros de boa-fé, deveriam ser preservados.

A conservação de alguns efeitos do negócio jurídico nulo passou a ser defendida em função da confiança na produção de seus efeitos

³¹ Embora o art. 182 do Código Civil se refira, expressamente, somente às hipóteses de anulabilidade, a previsão é aplicável tanto aos atos nulos como aos anuláveis. Como ressalta Mattietto, “quanto ao principal efeito do reconhecimento da invalidade, as duas espécies se aproximam: a consequência tanto da declaração de nulidade do ato nulo como da decretação da anulação do ato anulável é a restituição ao *status quo* anterior ou, não sendo isso possível, a indenização com o equivalente” (MATTIETTO, Leonardo, *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 328-329.).

³² O vício poderá ser originário, no momento da constituição da relação jurídica. Poderá ser também ulterior e acometer o negócio jurídico que era originalmente perfeito (GUERRA, Alexandre. *Op.cit.*, p. 141.).

³³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001. t. 4, p. 64.

depositada pela parte de boa-fé, cuja expectativa era decorrente de uma aparência de regularidade do negócio jurídico praticado. Essa legítima expectativa de que o contrato produziria efeitos, em razão da aparência criada e de seu desconhecimento do vício, deveria merecer proteção pelo ordenamento jurídico, de modo a garantir a segurança jurídica desses terceiros³⁴.

Em face desses terceiros de boa-fé, passou-se a sustentar que a deficiência da formação do negócio jurídico cederia à aparência de sua legitimidade e em consideração a eventuais valores mais relevantes a serem tutelados pelo ordenamento no caso concreto, notadamente a segurança das relações jurídicas.

Referidos terceiros não poderiam ter que suportar, de modo absoluto, os impactos de uma desconsideração retroativa dos efeitos de um negócio jurídico em que se basearam para celebrar determinada relação jurídica, com o retorno das partes ao *status quo ante*. Esses efeitos deveriam ser ainda mais tutelados, em consideração à legítima expectativa criada em razão de eventual aparência de regularidade do negócio jurídico viciado celebrado pelas partes. A manutenção de alguns efeitos diretos do contrato deveria, assim, ser garantida para a preservação da segurança jurídica dos terceiros de boa-fé.

Essa ponderação de valores a serem resguardados por ocasião da consideração dos efeitos do negócio jurídico em face dos terceiros de boa-fé também poderia ser realizada em face dos demais interesses relevantes, que reclamem atenção no caso concreto.

Para uma posição doutrinária mais moderna, a ineficácia decorrente da invalidade ou a produção de efeitos do negócio jurídico nulo exige em todo o caso o sopesamento dos interesses que, prestigiados pelo ordenamento jurídico, estão em disputa em uma dada situação analisada.

A despeito da vedação legal, a conservação do negócio jurídico deverá prevalecer sempre que a deficiência na sua manifestação puder ser sanada, eventual lesão aos interesses públicos puder ser reparada e for conveniente ao interesse social cuja proteção era perseguida pela lei³⁵.

Além da confiança e aparência de regularidade do negócio jurídico geradas ao terceiro de boa-fé, cujas expectativas legítimas devem ser

³⁴ WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003. p. 133.

³⁵ BDINE JÚNIOR, Hamid. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113.

o quanto possível resguardadas por quem for competente para declarar sua invalidade, a respectiva conservação de seus efeitos também pode se justificar em virtude da sua função social.

Superada sua deficiência, a preservação dos efeitos do negócio jurídico pode encontrar esteio na eficácia jurídico-social das relações jurídicas. As funções do contrato podem extrapolar as meras expectativas das partes e interferir na esfera jurídica de terceiros, com a promoção da dignidade humana e do solidarismo social³⁶. Sanada sua deficiência, sua preservação poderia ser conforme “os valores da solidariedade e da cooperação ditados pelo texto constitucional”³⁷.

A confirmação do negócio jurídico, assim, embora expressamente vedada pelo Código Civil no art. 169, poderia ser realizada pelas partes, excepcionalmente, desde que conveniente ao interesse público tutelado.

Essa possibilidade excepcional de convalidação do negócio jurídico nulo, com a produção de seus efeitos, ademais, conforma-se com a possibilidade de novação do contrato. A novação seria a contratação com o credor de nova dívida para extinguir e substituir a anterior. Superados os vícios e diante de sua autonomia de vontade, nada impediria que as partes celebrassem novo negócio jurídico.

A novação, desde que preserve os interesses de terceiros, poderá gerar novos direitos e obrigações como o anterior contrato viciado que fora extinto. Referida novação poderá, inclusive, a depender da vontade das partes, disciplinar a produção dos efeitos desde a data do negócio jurídico nulo anterior³⁸.

Desse modo, a proteção à ordem pública pode determinar que o ordenamento jurídico sancione determinados negócios jurídicos com a nulidade e a impossibilidade de produção de seus efeitos. A mesma preservação aos interesses de ordem pública poderá exigir, entretanto, que os efeitos até então vedados sejam produzidos pelo negócio

³⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 167.

³⁷ BDINE JÚNIOR, Hamid. Efeitos do negócio jurídico nulo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171. No mesmo sentido Alexandre Guerra, para quem pode-se “dizer com a mesma razão que a validade do negócio jurídico (e a eficácia que dela deflui) deve prevalecer se justamente for essa a forma pela qual se mostre adequada para a proteção do mesmo interesse público que a ordem jurídica visa a salvaguardar com a criação da hipótese de nulidade concretamente considerada na hipótese apreciada” (op. cit., p. 148).

³⁸ VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 165.

jurídico nulo confirmado, sob pena de esses valores da ordem pública serem ainda mais prejudicados³⁹.

3.3. Da confirmação do contrato nulo pelo acordo de leniência

Em razão da prática de um ato de corrupção e de modo a acelerar a apuração das condutas ilegais e de cessar o ilícito praticado contra a Administração Pública, a composição entre investigadores e a pessoa jurídica investigada, pelo acordo de leniência, implica redução das penalidades administrativas previstas para o cometimento da falta pelo particular.

Desde que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a elucidação do delito, ocorra a cessação de seu envolvimento na infração cometida, a admissão de sua participação no ilícito e a colaboração permanentemente com as investigações, a multa administrativa poderá ser reduzida em até 2/3 do valor aplicável ao caso.

Não há limitação, entretanto, a que o acordo de leniência, desde que preenchidos determinados requisitos, interfira na consideração de efeitos dos negócios jurídicos maculados pela corrupção⁴⁰. Embora a regra seja a declaração de nulidade dos contratos em que constatado o ilícito em sua formação, a depender das circunstâncias fáticas analisadas, pode-se justificar excepcionalmente a manutenção do vínculo com o colaborador.

O art. 16, § 4º, da Lei 12.846/13 determina que o acordo de leniência deverá ser estipulado com as condições necessárias para assegurar

³⁹ Para Bdine Junior, “a realidade social em que vivemos pode autorizar a conclusão de que somente se protegendo a confiança e a boa-fé de contratantes e terceiros se atenderá aos interesses sociais em conflito. Por vezes, a sociedade justa e solidária estará protegida com a invalidação dos negócios; outras, com o reconhecimento de sua eficácia, a despeito da incidência legal de hipótese de nulidade ou anulabilidade” (op. cit., p. 185). Em sentido idêntico, sustentou Alexandre Guerra que “o princípio da conservação dos negócios jurídicos visa ao aproveitamento na maior extensão possível do mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático do negócio para a obtenção do máximo de sua eficácia. O aperfeiçoamento dos elementos do negócio jurídico faz suprir o defeito que o macula, de sorte que não lhe seja imposta a sanção da nulidade, permitindo-lhe, por outro lado, o mínimo de eficácia pretendida pelos contratantes” (GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 150.).

⁴⁰ Em posição contrária, para Fábio Ulhoa Coelho o acordo de leniência seria restrito à redução das sanções administrativa da pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013 e na Lei 8.666/1993 (COELHO, Fábio Ulhoa. Acordo de leniência e recuperação judicial. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei 11.101/05*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 297.).

o resultado útil do processo. Referido resultado não é apenas para que seja descortinada a prática de um ilícito e que haja a aceleração das investigações em face das demais pessoas envolvidas, mas a proteção dos princípios da administração pública em face de seus contratantes e a integridade do patrimônio público nacional ou estrangeiro.

Se o reconhecimento da invalidade do negócio jurídico objeto da investigação acarretar maior violação de direitos de terceiros, do contratante de boa-fé ou maior prejuízo ao interesse público, cabe à Administração Pública zelar para que sua atividade de controle seja proporcional, buscando preservar os efeitos que melhor atendam à coletividade.

O resultado útil do processo, nos termos do art. 16, § 4º, da Lei 12.846/13, poderia envolver, assim, inclusive, a convalidação do contrato viciado, por meio da confirmação pelas partes contratantes, com a manutenção de sua execução e de seus efeitos.

No que se refere à realidade, é certo que a simples declaração de nulidade do negócio e rompimento do vínculo contratual conduz a gastos de tempo e de recursos por parte do parceiro público, demora para conclusão de obras e possibilidade de perecimento de bens já mobilizados para sua concretização. A organização de novo certame licitatório, dependendo da complexidade do respectivo objeto e mesmo do envolvimento de outras potenciais concorrentes da ora contratada nos delitos investigados, pode-se revelar medida inócua ou extremamente antieconômica.

Por outro lado, sob a perspectiva da empresa, a possibilidade de manutenção da avença, além de um benefício em troca das informações compartilhadas, também viabilizaria, entre outras pautas, a manutenção dos postos de trabalho, a continuidade de circulação de riqueza e desenvolvimento regional, fatores que também podem se revelar convenientes ao interesse público⁴¹.

De qualquer modo, para que, em um acordo de leniência, se opte por autorizar a pessoa jurídica colaboradora a continuar um contrato administrativo, entendemos necessária uma procedimentalização transparente de tal iter decisório, com a intervenção de todos os órgãos estatais com interesse na referida apuração e, em especial, do ente público com o qual se deu a contratação a ser mantida, que é quem efetivamente poderá dizer se é mais vantajoso para o Estado tal medida ou se é melhor o rompimento do vínculo.

⁴¹ PEREZ, Marcos Augusto. *Acordos de Leniência no processo administrativo anticorrupção brasileiro*, op. cit., p. 660.

Embora só as circunstâncias de um caso concreto possam determinar se a manutenção da contratação será ou não adequada à realização de pautas de interesse geral, podemos, em abstrato, discorrer sobre alguns requisitos mínimos, sem os quais a hipótese tenderia a se caracterizar um injustificável benefício à entidade infratora e, conseqüentemente, estímulo à impunidade⁴².

Para que os efeitos do contrato sejam preservados, de modo a que o interesse público em sua preservação prepondere em relação ao vício anteriormente praticado, imprescindível que os danos causados, em razão da contratação, sejam reparados. Embora o art. 16, § 3^o⁴³, apenas estabeleça que o acordo de leniência não eximirá a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano, a manutenção dos efeitos do contrato pressupõe o saneamento do vício que o afetava. Sua confirmação somente poderá ocorrer se o vício que o acometia já não mais existir, ou foi reparado.

Para que isso ocorra, será necessário demonstrar o ressarcimento dos prejuízos advindos do vício que acometeu o contrato, como eventual sobrepreço decorrente da corrupção, bem como a revisão da avença para que reflita preço de mercado. Mas o prejuízo não é limitado ao dano causado à Administração. Como medida de reabilitação, a empresa deverá indenizar também terceiros, que restaram prejudicados em razão da avença, ou adotar providências para que tanto seja feito segundo cronograma aprovado no acordo de leniência⁴⁴.

Além disso, o desenvolvimento da atividade empresarial pretendida em razão da convalidação dos contratos viciados, anteriormente celebrados, somente será conveniente ao interesse público se tiver ocorrido o autossaneamento do empresário, com a apuração interna da infração e punição de seus responsáveis, de modo a impedir que os atos lesivos voltem a ocorrer. Nesses termos, determinou o Decreto

⁴² A respeito, nos inspiramos nas lições de Rafael Wallbach Schwind em *O autossaneamento de empresas acusadas de corrupção – self-cleaning e as lições do direito comunitário europeu*, in: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 671-692.

⁴³ “§ 3º do art. 16 da Lei n. 12.846/2013 – “O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.” (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>, acesso em: 10 nov. 2017).

⁴⁴ Rafael Wallbach Schwind, ao discorrer sobre as condições previstas na Diretiva da União Europeia n. 2014/24 sobre autossaneamento das empresas que cometeram ilícitos que levariam ao impedimento de participarem de licitações ou firmarem contratos com a Administração em tal âmbito, observa quanto ao ponto que o diploma em tela não exige que o ressarcimento do dano seja prévio à reabilitação, podendo ocorrer no futuro conforme medidas adotadas pela entidade para tanto (2016, p. 687-688).

8.420/2015, que regulamentou a Lei 12.846/2013, que o acordo de leniência deverá exigir o cumprimento de um programa de integridade da pessoa jurídica.

Nos termos do art. 41 do Decreto, da pessoa jurídica que pretende o acordo de leniência deverá ser exigido um programa de integridade consistente num conjunto de mecanismos para prevenir irregularidades e procedimentos internos para se detectar fraudes.

Entre as diversas medidas a serem estabelecidas conforme o porte, a especificidade do objeto social e o ato lesivo praticado pela pessoa jurídica, poderão ser exigidos, como parte do programa de integridade, padrões de conduta aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos.

Desse modo, a depender da gravidade do ato submetido ao acordo de leniência, o afastamento dos administradores que praticaram os atos lesivos poderá ser condição imprescindível para que o interesse público na manutenção dos contratos esteja configurado.

Por fim, como já referido, é requisito indispensável à confirmação do contrato nulo, a ser realizada pelo acordo de leniência, que participe do acordo e concorde com os seus termos o contratante diretamente prejudicado. Ainda que o vício de nulidade tutele um interesse público de toda a coletividade lesionada pela prática do ilícito, o contratante ou aquele que sofreu o prejuízo direto em razão do ato lesivo deverá desejar a continuidade da produção dos efeitos do negócio jurídico ou anuir com sua manutenção.

Além de ser o imediatamente afetado pelos seus efeitos, a pessoa jurídica da administração direta ou indireta não pode ficar vinculada aos efeitos do contrato e à sua confirmação sem que tenha manifestado livremente a vontade de continuar a se obrigar. Exige-se sua anuência aos termos do acordo para que sobre ela referido contrato possa continuar ou não a produzir os efeitos pretendidos.

4. Conclusão

Neste ensaio, buscamos responder a indagação sobre se um contrato administrativo maculado pela corrupção necessariamente deveria ter sua execução suspensa pelo Poder Público ou se haveria situações em que tal medida devesse ceder lugar à continuidade do vínculo, caso a hipótese fosse a mais adequada para a tutela de interesses de ordem geral.

Especulando sobre a última alternativa, discorreremos sobre a possibilidade de um acordo de leniência facultar expressamente à empresa colaboradora a preservação de uma avença com Estado na qual tenha se observado a existência do vício, dado que naturalmente implicaria a declaração de sua nulidade, aplicando-se as sanções previstas no nosso ordenamento para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas na fraude.

Após contextualizarmos o papel que os acordos de leniência previstos na Lei n. 12.846/13 devem representar no processo estatal vocacionado a apurar corrupção no âmbito de contratos travados entre Administração Pública (direta e indireta) e pessoas jurídicas privadas, tecemos algumas considerações sobre como a referida falta poderia ser enquadrada sob uma ótica mais tradicional da nossa dogmática, e, em especial, se sua superação poderia redundar na confirmação dos negócios jurídicos respectivos.

Nossa conclusão foi no sentido de, nada obstante seu caráter excepcional, tal solução ser possível, desde que atendidas algumas condicionantes indispensáveis para se assegurar que a providência em tela realmente esteja a serviço do interesse público, não conduzindo à concessão de um benefício despropositado a um agente econômico que, mesmo submetido a um procedimento de reabilitação, cometeu uma grave violação às leis de nosso país.

5. Bibliografia

- ALARCÃO, Rui de. *A confirmação dos negócios jurídicos*. Coimbra: ed. Atlântida, 1971.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.
- BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 2.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Acordo de leniência e recuperação judicial*. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei 11.101/05*. São Paulo: Almedina, 2015.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. A lei e os juízes. Em que medida a atuação do Poder Judiciário pode constituir um elemento relevante no combate à corrupção? In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 255-274.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016.
- MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. in *Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.
- _____. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z.; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 195-231.
- MARTINEZ, Ana Paula. Desafios do acordo de leniência da Lei n. 12.846/2013. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 125, p. 25-30, dez. 2014.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Acordos de Leniência – evolução do instituto na legislação brasileira – abrangência, legalidade e atualidade da M.P. n. 703/2015 (parecer). *Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano XII, n. 70, p. 129-150, 2016.

MATTIETTO, Leonardo, Invalidez dos atos e negócios jurídicos. In: TE-PEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001. t. 4.

MORAIS, Flaviane de Magalhães B. B. de; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio de acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro - um estudo a partir da “Operação Lava a Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 93-113, ago. 2016.

PALMA, Juliana Bonaccorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*, São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A fraude à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PEREZ, Marcos Augusto. Acordos de leniência no processo administrativo anticorrupção brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 655-670.

SCHWIND, Rafael Wallbach. O autossaneamento de empresas acusadas de corrupção - self-cleaning e as lições do direito comunitário europeu. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da et al. (Coord.). *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 671-692.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na lei anticorrupção *Revista dos Tribunais – RT*, São Paulo, ano 103, v. 947, p. 157-177, set. 2014.

TAFFARELLO, Rogério. Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmica e problemas a serem solucionados. *Revista Brasileira da Advocacia – RBA*, São Paulo, ano 2, v. 4, p. 211-230, jan.-mar. 2017.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WEINGARTEN, Celia. *La confianza en el sistema jurídico*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

