

Leniência: força maior, imprevisão, função social e boa-fé (parte I)

03/04/2020



O texto desta semana de nossa coluna, em primeira de

duas partes, tem como objetivo analisar se, no contexto das recentes implicações causadas pelo Covid-19, seria possível pleitear algo similar a um reequilíbrio econômico-financeiro em acordos de leniência celebrados entre companhias e o Ministério Público. Antecipamos nossa resposta afirmativa, passando a demonstrar os fundamentos para tanto em seguida.

O acordo de leniência é um negócio jurídico, porque celebrado entre sujeitos de direito, com aptidão para produzir efeitos e dotado de sinalagma. Seu aspecto negocial, aliás, é evidenciado mais claramente por expressões como “*proposta*” e “*negociação*”, constantes da Lei n. 12.846/2013 e do Decreto n. 8.420/2015.

Como negócio que é, com potencial de protrair suas consequências no tempo, o acordo de leniência não deve fugir à regra regente dos demais ajustes a admitir revisitação das obrigações assumidas em razão de fatos supervenientes. Ilustram o que se está a dizer: (i) a teoria da imprevisão, o rechaço aos ônus oriundos de caso fortuito ou de força maior e a resolução por onerosidade excessiva¹ (artigos 317, 393 e 478 do Código Civil), que subordinam o *pacta sunt servanda* à preservação das condições que ensejaram a avença (*rebus sic stantibus*)²; e (ii) o reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, com assento constitucional (artigo 37, XXI, da Constituição) e detalhamento pelos artigos 57, § 1º, 58, I e § 2º, e 65, II, *d*, da Lei n. 8.666/1993, e 9º, § 2º, da Lei n. 8.987/1995, além, quando menos, do partilhamento de riscos trazido pelos artigos 4º, VI, 5º, III, da Lei n. 11.079/2005.

Todos os institutos acima são tributários de uma constatação simples: não faltam mecanismos no direito que buscam recompor obrigações supervenientemente desequilibradas por fatores capazes de alterar as condições originárias das bases negociais que conduziram ao ajuste.

Assentada a premissa sob uma perspectiva negocial, importa analisarmos o tema pelo prisma sancionador, invocando-se, para tanto, disposições normativas que, de igual modo, buscam

prevenir punições desproporcionais, ainda que essa desproporcionalidade se dê supervenientemente.

No ponto, o artigo 2º, VI, da Lei n. 9.784/1999, versa sobre a necessidade de observância de uma adequação entre obrigações e sanções e o atendimento ao interesse público. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por seu turno, reforçou em seus artigos 22 e 23 a necessidade de uma correspondência entre circunstâncias fáticas e punições. Não destoa, finalmente, a própria Lei n. 12.846/2013, que, ao dispor sobre as sanções cabíveis em processo administrativo de responsabilização, prevê em seu artigo 7º critérios para dosimetria, entre eles valendo destacar o inciso VI, que cuida da situação econômica do infrator.

Ou seja, à luz do que exposto até aqui: (i) as punições na seara sancionadora devem guardar proporcionalidade, levando em conta como uma das variáveis para seu cálculo a situação econômica do agente; e (ii) nos acordos de leniência, em que há disposição negocial sobre sanções, os efeitos se protraem no tempo, possuindo por isso aptidão para conviver com mudanças supervenientes capazes de repercutir sobre as obrigações contraídas de modo a mantê-las proporcionais.

Ainda além, convém apontar que as sanções pecuniárias versadas em acordo de leniência, quando do seu cálculo negocial, declaradamente levam em consideração a viabilização da continuidade da pessoa jurídica, seja por sua função social, seja, precisamente, para que garantam condições para que ela possa inclusive fazer frente às obrigações que assumiu no ajuste (*ability to pay*). Nesse particular, fazemos menção à própria exposição de motivos (EMI n. 00207/2015 MP/AGU/CGU/MJ) da Medida Provisória n. 703/2015:

*(...) Assim, em razão da urgência de se contar com procedimentos mais céleres para firmar acordos de leniência e salvaguardar a continuidade da atividade econômica e a preservação de empregos é que se faz necessária a edição desta Medida Provisória, de texto análogo ao já aprovado pelo Senado Federal.*³

No mesmo sentido se deu decisão judicial que homologou um dos primeiros acordos de leniência celebrados no Brasil fora da seara concorrencial, proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná e novamente realçando a importância da continuidade e da preservação da companhia:

(...) com o acordo, preserva-se a própria existência da empresa e a continuidade de suas atividades, o que, apesar dos crimes, encontra justificativa em evitar os efeitos colaterais negativos na economia e nos empregos por ela gerados, direta ou indiretamente.

*A partir do acordo, espera-se que a empresa, resolvendo a sua situação jurídica, logre obter paulatinamente a sua reabilitação, inclusive com a possibilidade de participar de novas licitações e contratos públicos.*⁴

Tendo presente a preservação da empresa como benefício difuso da leniência, a viabilizar o próprio cumprimento dos compromissos assumidos, o objeto de reflexão passa a ser então exatamente saber se fatos supervenientes não teriam o condão de convolar obrigação, em princípio suportável, em sanção que posteriormente se torne desproporcional.

Contribui para a construção da resposta o entendimento de que a seara negocial aberta pela leniência não se exaure em definitivo; dito de outro modo, se foi dado às partes celebrar ajuste, decerto que poderiam rescindi-lo (vide Pet 7.003 no Supremo Tribunal Federal) ou aditá-lo, como ocorre por exemplo, nessa última hipótese, quando há adesão de novos lenientes ou de outros órgãos ou pessoas jurídicas que pretendam fazer uso das provas propiciadas pelo ajuste.

Se o acordo, então, admite inovação subjetiva, não há por que não se possa conceber a possibilidade de inovação objetiva, por exemplo com novação de obrigações; essa percepção se revela ainda mais promissora quando essa revisita aos termos do acordo se dá precisamente para o fim de reequilibrar obrigações de modo a resguardar a preservação da companhia e sua capacidade de fazer frente às obrigações que assumiu (*ability to pay*).

Em linha com o que se está a dizer, tome-se o artigo 16, § 4º, da Lei n. 12.846/2013, que enuncia que o acordo deverá estabelecer “*condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo*”. A teleologia dessa norma orienta que o ajuste deve projetar sua existência no tempo, buscando antever possíveis problemas e endereçá-los aprioristicamente de modo a assegurar a consecução de seu fim.

Natural, nada obstante, que o acordo não seja capaz de divisar todas as ameaças à ultimação de seu escopo, hipótese em que seria não somente uma possibilidade, mas uma verdadeira consequência natural da celebração em primeiro lugar do ajuste que as partes atuem para resguardá-lo.

A obrigação tornada supervenientemente insuportável é inegavelmente uma daquelas hipóteses, haja vista que a falência da companhia (ou sua morte, em sentido prático) seguramente prejudicará a efetividade do acordo, seja no que diz respeito à elucidação de fatos, seja no que diz respeito ao adimplemento das obrigações contraídas.

Como se viu mais acima, o artigo 7º, VI, da Lei n. 12.846/2013 prevê a situação financeira do agente como elemento a ser tomado em conta para a dosimetria de sanções pecuniárias. O que se está aqui a dizer, objetivamente, é que se aquele parâmetro influenciou a obrigação quando da sua fixação, também deve influenciar sua readequação quando a forma de seu cumprimento se estender no tempo.

Não estamos, de modo algum, a advogar em favor de uma redução de sanções. Em verdade, num raciocínio mais próximo à ideia de correção monetária, a possibilidade de revisita à obrigação firmada em acordo de leniência tem mais a ver, isto sim, com uma recomposição que mantenha intacto seu caráter punitivo-pedagógico, sem, contudo, desconsiderar mudanças importantes que possam ter ocorrido de modo a alterar os parâmetros balizadores da punição.

É falar: o reequilíbrio em sede de leniência revela na verdade não uma comutação, uma anistia ou uma redução *a posteriori* de pena, mas sim a inibição a que acontecimentos práticos acabem

por agravar a obrigação convencionada. Dito de outro modo, se causaria espécie qualquer tentativa de se minorar os compromissos assumidos, certamente está a merecer idêntica repulsa o incremento posterior das sanções suportadas resultante de fatos supervenientes imprevisíveis. Se mudam os parâmetros, devem mudar as medidas.

Pontuados todos esses aspectos, os fatos supervenientes que serão objeto de nosso exame na semana que vem, porque a nosso juízo são aptos a justificar a revisita às obrigações estipuladas em acordos de leniência, são, cumulativa ou isoladamente: (i) a proteção deficiente conferida pelos ajustes, que não lograram desencadear efeitos na medida esperada pelos atores envolvidos; (ii) a recuperação judicial de companhias lenientes, com impactos sensíveis em sua *ability to pay*; e (iii) a pandemia de Covid-19 e seus impactos na macroeconomia. Até lá!

1 A revisão ou resolução por onerosidade excessiva tem sido reconhecida até mesmo em contratos aleatórios, conforme evidencia o enunciado n. 440, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: *“É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato.”*

2 Leciona Caio Mário da Silva Pereira que os contratantes estão vinculados ao fiel cumprimento das cláusulas na medida em que as circunstâncias ao tempo da celebração sejam conservadas ou não sofram alterações que afetem o seu cumprimento. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 3, p. 98.

3 A Medida Provisória caducaria, mas, tendo sido editada dois anos após o início da vigência da Lei n. 12.846/2013, para alterá-la especificamente na parte relacionada ao acordo de leniência, sua exposição de motivos lançou importantes luzes sobre o instituto.

4 Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/homologacao-acordo-odebrecht.pdf?amp&_gl=1*1qjts6t*_ga*YW1wLXRncTlfenI2WjgyZWluX05hRnNtYjZNYUdsVFpUbi1h

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-abr-03/improbidade-debate-leniencia-forca-maior-imprevisao-funcao-social-boa-fe-parte/>