

ACORDO DE LENIÊNCIA E NEGOCIAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES A PARTIR DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

*LENIENCY AGREEMENT AND NEGOTIATION OF ADMINISTRATIVE SANCTION:
REFLECTIONS BASED ON THE UNAVAILABILITY OF THE PUBLIC INTEREST*

LUZARDO FARIA

Mestre e Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito
Romeu Felipe Bacellar. Editor-Adjunto da *Revista de Investigações Constitucionais*.
Diretor Administrativo-Adjunto do Instituto de Direito Administrativo Sancionador
Brasileiro. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-7330-2649].
fariacruz@hotmail.com

Recebido em: 20.02.2020
Aprovado em: 10.03.2020

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Administrativo

RESUMO: O acordo de leniência é um instrumento típico do fenômeno de consensualização que tomou conta do Direito Administrativo nos últimos anos. O artigo objetiva analisar, em um primeiro momento, as origens e os fundamentos do acordo de leniência, bem como as justificativas consensuais que estão por trás da utilização dessa ferramenta no Direito Administrativo Sancionador. Elencados esses pressupostos teóricos, pretende-se discutir qual é o interesse público buscado pelo Direito Administrativo Sancionador e identificar quais os limites e condicionamentos trazidos pelo princípio da indisponibilidade do interesse público para a realização de acordos de leniência.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de leniência – Consensualização – Interesse público – Indisponibilidade – Sanção administrativa.

ABSTRACT: The leniency agreement is a typical instrument of the consensual phenomenon that has taken over Administrative Law in Brazil in recent years. The article aims to analyze, in a first moment, the origins and the foundations of the leniency agreement, as well as the consensual justifications that are behind the use of this tool in the Brazilian Administrative Sanction Law. Having listed these theoretical assumptions, the article intends to discuss what is the public interest sought by the Brazilian Administrative Sanction Law and to identify the limits and constraints brought by the principle of unavailability of the public interest for the execution of leniency agreements.

KEYWORDS: Leniency agreement – Consensualization – Public interest – Unavailability – Administrative sanction.

SUMÁRIO: 1. Introdução: a consensualização da atividade sancionatória da Administração Pública. 2. Origens e fundamentos do acordo de leniência. 3. As justificativas consensuais por trás da utilização do acordo de leniência. 4. Os alertas trazidos pelo princípio da indisponibilidade do interesse público à utilização dos acordos de leniência. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A CONSENSUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito Administrativo Sancionador é ramo de abrangência bastante significativa, constituindo matéria a que se recorre com alta frequência na tentativa de evitar ou repudiar atitudes que destoem dos padrões delineados pelo ordenamento jurídico. Cuida de servidores públicos, de infrações de trânsito, de violações à livre concorrência, de normas sanitárias, de contratações públicas, entre tantos outros temas. O desafio a ser encarado pelo Direito Administrativo Sancionador, portanto, não é de fácil resolução.¹ Desse modo, quando, diante das dificuldades impostas pela realidade fática, os instrumentos de que dispõe não se mostram suficientemente eficientes ao cumprimento de suas funções primordiais, urge a necessidade de desenvolvimento de novas ferramentas.

Com efeito, as clássicas medidas de sancionamento administrativo têm muitas vezes se apresentado como obsoletas diante das complexas e dinâmicas situações de infração a normas legais e administrativas que são geradas na contemporaneidade. Para muitas delas, a ameaça de imposição de sanções como censura ou advertência parece demasiadamente tênue, descaracterizando sua função. De outro lado, a dosimetria das sanções pecuniárias é sempre tema sensível, por não poderem ser baixas demais a ponto de não representarem repressão eficiente ao ilícito, nem altas demais a ponto de impor um encargo desproporcional ao apenado, prejudicando-o em outras atividades. E mesmo quando aplicadas, ainda há de se considerar os inconvenientes inerentes à sua execução.²

1. BAPTISTA, Patrícia; BINENBOJM, Gustavo. Crime e castigo no direito administrativo contemporâneo. In: CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 11.
2. BAPTISTA, Patrícia; BINENBOJM, Gustavo. Crime e castigo no direito administrativo contemporâneo. In: CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 11.

Tradicionalmente, o Direito Administrativo Sancionador não se mostrava como espaço muito receptivo a ideais consensuais. Como elucida Juliana Bonacorsi de Palma, “até a década de 1990 o Direito Administrativo sancionador brasileiro conhecia apenas a resposta binária sancionar/não sancionar”,³ de modo que estava fora do esquadro dos agentes públicos responsáveis por processos administrativos de caráter sancionatório a possibilidade de aplicação de uma sanção atenuada mediante a obtenção, do acusado, de determinados benefícios para a própria Administração.

Esse cenário, todavia, vem sofrendo mudanças bastante impactantes nos últimos anos.⁴ Com o paulatino enfraquecimento da função simbólico-preventiva da sanção administrativa e a conseqüente necessidade de desenvolvimento de novos meios evitar a prática de infrações administrativas, “desponta, então, no direito administrativo sancionador a possibilidade de se atingir a mesma finalidade por meio da renúncia da aplicação de uma sanção, ou do processo de investigação, em prol de atos administrativos bilaterais”.⁵ Tais atos, vale registrar, embora fruto de duas manifestações de vontade harmonizadas entre si (por essa razão, chamados de bilaterais), continuam se submetendo ao regime jurídico dos atos administrativos, notadamente no tocante à existência, à validade, à eficácia, aos atributos e ao seu controle.⁶

Nas mais diversas nuances do Direito Administrativo Sancionador, cada vez mais se observa a utilização de instrumentos consensuais de resolução do conflito

3. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 279.
4. Apesar desses impactos, para José Guilherme Bernan Correa Pinto “dizer que a visão consensual triunfou também na seara do direito administrativo sancionador parece prematuro”. PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 388. A cautela esposada pelo autor é adequada, pois, como se verá adiante, o Direito Administrativo sancionador é matéria intrinsecamente marcada pela atuação imperativa do Estado e a utilização do acordo de leniência não altera por completo esse cenário.
5. CARDOSO, David Pereira. *Os acordos substitutivos de sanção administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 58.
6. MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan.-mar. 2019. p. 115.

instaurado entre a Administração Pública e o particular infrator. Um dos mais notáveis exemplos desse fenômeno é o acordo de leniência, objeto de estudo do presente artigo.

Neste trabalho, serão analisadas as origens e os fundamentos do acordo de leniência, bem como as justificativas consensuais que estão por trás da utilização dessa ferramenta no Direito Administrativo Sancionador. Elencados esses pressupostos teóricos, o objetivo do artigo é discutir qual é o interesse público buscado pelo Direito Administrativo Sancionador para então identificar quais os limites e condicionamentos trazidos pelo princípio da indisponibilidade do interesse público para a realização de acordos de leniência.

2. ORIGENS E FUNDAMENTOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA

De inspiração norte-americana, o instituto do acordo de leniência foi inicialmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro para o combate a infrações cometidas no âmbito do Direito Concorrencial, por meio da Lei 12.529/2011.⁷ Mais recentemente, entretanto, outras duas legislações já incorporaram o acordo de leniência à sua sistemática: a Lei 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção, e a Lei 13.506/2017, que cuida do processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários.

De modo geral, portanto, os acordos de leniência encontram espaço no combate a delitos associativos (em que o ato ilícito não é praticado por um único sujeito, mas por uma rede de infratores que atuam em conluio), notadamente aqueles conhecidos como de “colarinho branco”, por envolverem atividades delituosas mais sofisticadas e, portanto, de mais difícil identificação pela Administração, justificando a parceria do Poder Público com um dos infratores na busca de informações mais apuradas sobre todo o esquema.⁸

7. Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista inclusive chegam a considerar os acordos substitutivos como “prática habitual no exercício das funções regulatórias das agências reguladoras”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70888].

8. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 52-53.

Entre as espécies de acordo de leniência existentes no Direito brasileiro, destacam-se três características comuns a elas: (i) a necessidade de que o beneficiário do acordo *seja o primeiro* dos envolvidos nos fatos investigados a cooperar com a Administração; (ii) a necessidade de que o beneficiário *reconheça sua participação* no ilícito; (iii) a necessidade de que o beneficiário se comprometa a *manter cooperação plena e contínua* com o processo.⁹ Do ponto de vista do beneficiário, também é ponto comum dessas legislações o oferecimento de alguma(s) contrapartida(s) por parte da Administração, como (por exemplo, mas não apenas) redução das sanções que lhe seriam impostas.

A lógica que permeia todo o sistema de acordo de leniência possui inspiração no famoso *dilema do prisioneiro*, oriundo das análises econômicas da teoria dos jogos,¹⁰ frequentemente citado pela doutrina estadunidense (de onde o Brasil “importou” o referido instituto) para ilustrar como essa espécie de acordo em substituição à imposição unilateral de determinada sanção pode contribuir para a tarefa investigativa e punitiva do Estado.¹¹ Segundo esse problema, a dois prisioneiros (acusados de participação em um mesmo esquema ilícito) é oferecida a seguinte proposta: se um dos prisioneiros delatar o outro, aquele é inocentado e este recebe a pena máxima; se os dois prisioneiros se delatarem, ambos são condenados, mas recebendo uma pena média; e se nenhum se delatar, os dois serão condenados com uma pena leve. Por uma questão de lógica, portanto, faz-se com que a opção de delatar se mostre mais benéfica aos infratores do que a de não delatarem.

O cerne dessa estratégia, então, consiste em oferecer benefícios ao infrator que aceitar estabelecer uma parceria com a Administração, não apenas reconhecendo sua participação no cometimento do ilícito investigado, mas também a munindo de informações úteis e relevantes para o aprofundamento das investigações.

-
9. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 210.
 10. Para uma explicação detalhada do impacto do dilema do prisioneiro e da teoria dos jogos para a formatação da lógica dos acordos de leniência, ver: ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção: uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, maio-ago. 2017.
 11. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 25.

Ao mesmo tempo em que impõe sanções ao infrator (ainda que mais brandas do que as seriam impostas se não tivesse sido firmado o acordo), o acordo de leniência permite ainda à Administração Pública desestabilizar a harmonia das relações entre os membros das organizações criminosas, ao inserir nesse meio a constante suspeita de que a qualquer tempo um dos infratores pode “trair” o esquema delitivo.¹²

Cria-se, com essas medidas, um cenário de constante indeterminação para os membros das organizações responsáveis pelo cometimento das infrações administrativas. Se por um lado eles podem optar por continuarem praticando tais ilicitudes e auferindo, ainda que sob riscos de descoberta e posterior sancionamento, os benefícios delas advindas, por outro se mantém sempre aberta a possibilidade de realização de um acordo com a Administração, reconhecendo sua participação no esquema delitivo e munindo o Poder Público de mais informações a respeito disso, obtendo, em contrapartida, como vantagem, a diminuição das sanções que sofreria se fosse punido sem o estabelecimento do acordo.¹³

Esse efeito de desestabilização do grupo delituoso é o que Thiago Marrara chama de “vírus da instabilidade nas relações entre potenciais infratores”.¹⁴ Trata-se, ao lado da obtenção facilitada de informações úteis e relevantes à persecução administrativa, do principal objetivo perseguido pelos programas de leniência, maximizando a eficácia da função preventiva geral da sanção administrativa, já não tão alcançada pela simples previsão abstrata da punição na norma jurídica.

A decisão acerca da realização do acordo de leniência pelo infrator será tomada a partir de análises racionais de ponderação entre os benefícios e prejuízos provenientes da escolha por cada um desses caminhos. E é por essa razão que a existência de um aparato administrativo sancionador eficiente é peça precursora fundamental à existência de um programa de leniência bem-sucedido. Afinal, o agente levaria em conta, no processo de decisão sobre a tentativa ou não de

-
12. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 18.
 13. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 56.
 14. MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. *Conjur*, 15.11.2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega].

realização de acordo com a Administração, a real possibilidade de, sem a existência de qualquer acordo sobre aquele esquema específico, o Poder Público desvendar o esquema delituoso e ainda aplicar uma sanção que realmente faça a atividade ilícita se tornar desvantajosa.¹⁵

Nessa linha, Susan Rose-Ackerman e Tina Soreide constataam que uma vez que a decisão individual sobre o cometimento de uma infração administrativa leva em consideração os riscos de o indivíduo em questão ser sancionado, bem como a gravidade dessa sanção, é certo que, por meio do controle desses dois fatores o Estado pode influenciar nessa decisão, reduzindo as perspectivas de vantajosidade na escolha pelo caminho delituoso.¹⁶ E, com isso, pode-se presumir uma tendência de redução das próprias práticas ilícitas.

3. AS JUSTIFICATIVAS CONSENSUAIS POR TRÁS DA UTILIZAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

A utilização de tal instituto, porém, não é matéria simplista. Thiago Marrara reconhece que “os acordos de leniência representam o ponto mais delicado do movimento de consensualização e de horizontalização da Administração Pública”.¹⁷ E não apenas porque trata de um tema espinhoso por si só, mas principalmente porque se insere em um dos âmbitos do Direito Administrativo mais tradicionalmente marcados pela atuação imperativa da Administração, que é o da apuração de infrações administrativas e aplicação das respectivas sanções.

O acordo de leniência simboliza de maneira bastante interessante as grandes transformações que o fenômeno de consensualização vem impondo ao regime jurídico administrativo nos últimos tempos. Como afirma Marrara, “há certas décadas seria impensável imaginar que uma autoridade pública dialogaria com um infrator confesso, responsável por desvios bilionários de recursos

15. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 60.

16. SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in state administration. In: ARLEN, Jennifer (Ed.). *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 209.

17. 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. 260.

financeiros ou infrações econômicas com altíssimo impacto lesivo a interesses públicos primários”. A atitude que sempre se esperou da Administração Pública perante sujeitos acusados de infração administrativa era a instauração dos processos necessários à devida apuração dessas faltas, despendendo unilateralmente esforços para reunir o conjunto probatório apto a indicar a autoria e materialidade do delito, momento a partir do qual a aplicação da sanção nos estritos termos delineados na legislação era a única medida a ser tomada.¹⁸

Se, em princípio, o comando legal indica à Administração o caminho da aplicação unilateral da sanção ao agente que cometer determinada infração,¹⁹ é natural se questionar por quais motivos o Estado iria deixar de aplicar essa sanção (em sua totalidade) em troca da confissão do infrator e da delação do mesmo sobre demais partícipes do esquema ilícito.

Em geral, apontam-se ao menos três grandes justificativas para o emprego dos acordos de leniência: (i) as dificuldades operacionais das autoridades públicas responsáveis pela persecução de infrações administrativas; (ii) a complexidade das práticas delituosas contra as quais normalmente se utiliza tal instrumento; e (iii) os resultados benéficos mais eficientes advindos da utilização desse instrumento para fomento das funções repressiva e preventiva geral da sanção administrativa.²⁰

18. 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. 260.

19. Ainda que este não seja o enfoque do presente trabalho, é importante salientar, diante da afirmação realizada acima, que, desde a promulgação da Lei 13.655/2018, o critério de legalidade não é mais um empecilho para a realização de acordos por parte da Administração Pública. Por meio de tal ato legislativo, alterou-se a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), incluindo em sua redação o art. 26, que funciona como uma cláusula legal de autorização genérica para a realização de acordos pela Administração Pública. Sobre o tema, ver: FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Orgs.). *A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

20. 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. 260.

Como se vê, via de regra, os argumentos favoráveis à adoção do instituto são notadamente de ordem pragmática. Nesse sentido, na defesa da realização de acordos de leniência pela Administração Pública é também comum que se destaque a diminuição do tempo e recursos financeiros despendidos pelo Poder Público na apuração da infração administrativa que em regra se obtém por intermédio desses acordos.

Dentre as diversas espécies de sanções administrativas tipificadas nas mais diferentes legislações que tratam sobre esse tema no Direito Administrativo brasileiro (considerando não apenas a legislação federal, mas também estadual, distrital e municipal), certamente uma das mais comumente aplicadas é a de multa pecuniária. Apesar disso, trata-se de sanção de difícil execução, seja pelas complicações frequentemente enfrentadas para sua cobrança, seja pela alta taxa de judicialização desse sancionamento.

Esse cenário, então, apresenta-se como mais um fator a estimular a Administração a resolver determinado litígio tratado na esfera administrativa sancionatória mediante procedimentos consensuais. Como afirma Juliana Bonacorsi de Palma,

“ao invés de recolher determinada quantia por meio da multa, a Administração pode compreender como mais eficiente no caso concreto estabelecer obrigações de cessar determinada prática e de adotar um conjunto de comportamentos que impeçam futuras infrações administrativas”.²¹

No entanto, apesar das outras vantagens mencionadas acima, o grande foco dos acordos de leniência realmente está na “superação de uma barreira que ele [o Estado] dificilmente transporia sozinho para a persecução de atividades ilícitas: a assimetria de informações vigente entre quem pratica determinada conduta reprovada e aquele que busca coibi-la”.²² A partir disso, é fácil compreender a vantagem da utilização do acordo pela Administração Pública.

Por meio dessas avenças, a Administração toma conhecimento de relevantes informações (ou ao menos se espera que o sejam), havendo, assim, melhores condições para punir quem em princípio provavelmente não conseguiria caso

21. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 284.

22. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 27.

atuasse unilateralmente. Ademais, a já mencionada criação de um ambiente de constante desconfiança nos grupos organizados à prática de ilícitos administrativos também é outro interessante fator inerente à utilização desses acordos, pois em última análise fortalece a função preventiva da sanção administrativa, desestimulando os infratores a iniciarem ou continuarem seus esquemas delituosos.

A lógica regente da Administração nesse contexto é a de “negociar não para beneficiar gratuitamente, não para dispor dos interesses públicos que lhe cabe zelar, não para se omitir na execução das funções públicas”, mas, sim, para viabilizar a obtenção de “suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de pressão de práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos”. Sendo assim empregada, não há como se negar que “a consensualização do poder sancionatório não viola qualquer princípio constitucional, sobretudo o da indisponibilidade dos interesses públicos”.²³

Tratando-se de ilícitos de difícil identificação pela Administração, a simples previsão abstrata da sanção na norma administrativa não cumpre com adequação a função simbólico-preventiva que deveria desempenhar. Afinal, “se a probabilidade de imposição de penalidades é mínima, pouco importará tratar-se de uma punição teoricamente grave”. E é a partir dessa constatação que se compreende o porquê os acordos de leniência podem de fato contribuir para a efetividade do sistema sancionador.²⁴

Não sendo a sanção um fim em si mesma, por óbvio que a repressão às práticas ilícitas em âmbito administrativo, mais do que simplesmente punir o infrator, deve visar “a uma finalidade preventiva, de promoção da conformidade aos padrões socialmente desejáveis e dissuasória do cometimento de novas infrações”.²⁵ E os acordos cumprem com essa função ao maximizar a atividade sancionatória da Administração.

23. 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. 260-261.

24. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49.

25. BAPTISTA, Patrícia; BINENBOJM, Gustavo. Crime e castigo no direito administrativo contemporâneo. In: CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 13.

Por óbvio, não somente à Administração, mas também ao infrator o acordo deve ser atrativo, de modo a convencê-lo a estabelecer a parceria. O primeiro fator de atratividade ao particular que firma o acordo de leniência certamente é a atenuação das sanções que lhe são impostas.

Nesse sentido, a adequada dosimetria dos benefícios concedidos ao infrator é um dos principais pontos a serem observados na construção de um acordo de leniência que se pretenda bem-sucedido. Por um lado, o não oferecimento de benefícios atrativos ao delator terá por consequência a falta de interesse deste na realização do acordo, vez que entenderá ser mais proveito para seus interesses pessoais a manutenção das atividades ilícitas. Por outro lado, no afã de concretizar o acordo de leniência, não pode a Administração conceder vantagens excessivas ao infrator, sob pena de não desincentivar a prática do ilícito, tornando a atividade delitativa por ele praticada algo compensatório.²⁶

A atratividade, porém, não se resume a graciosas benesses que podem ser oferecidas ao infrator. Para que haja o interesse dos transgressores em reconhecerem sua participação no cometimento do ilícito e ainda entregarem seus parceiros à Administração “devem-se criar custos suficientemente altos decorrentes da eventual aplicação de sanção (ou mesmo do descumprimento do acordo negociado), a ponto de o agente temer ser delatado por um comparsa ou descoberto por meio de investigações independentes”.²⁷ Dessa forma, a punição dos infratores também possui a função de servir como hipótese “exemplar aos demais administrados, que conformaria seu comportamento às normas transgredidas, para não serem também sancionados como no precedente”.²⁸

Diante disso, verifica-se que nos acordos de leniência sanção e consensualidade andam sempre juntas, uma vez que “sem a ameaça potencial de sanção, resta fragilizada a autoridade” e “sente-se o administrado desamparado”.²⁹ Por esse

26. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49-50.

27. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 89.

28. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 282.

29. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, 2000, p. 354.

motivo, é inquestionável que o acordo de leniência é “ferramenta que vem fortalecer a repressão estatal a tais tipos de ilícitos”.³⁰ Também nessa linha, Juliana Bonacorsi de Palma ressalta que, diferentemente do que costuma apontar a quase totalidade dos autores que versam sobre o tema, na prática o que se percebe é que “sendo uma ‘arma exorbitante’, na medida em que a prerrogativa sancionadora é por natureza exorbitante, as negociações dos acordos substitutivos não são paritárias”.³¹ Assim, na realidade há menos consensualidade nos acordos de leniência do que normalmente se propaga.

Como era de se esperar, o acordo de leniência, ao colocar a Administração Pública em relação de negociação com um infrator confesso, possibilitando inclusive a diminuição das sanções que lhe seriam impostas segundo interpretação exegética da norma legal, é alvo de críticas desenvolvidas supostamente a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público.

A bem da verdade, essa situação verifica-se não apenas em relação ao acordo de leniência. No Direito Administrativo Sancionador, o princípio da indisponibilidade do interesse público, notadamente por intermédio da noção de legalidade administrativa, impõe, com mais veemência do que em relação a outros campos, barreiras para a aceitação de práticas consensuais.³²

Em uma leitura mais apressada, é comum se reputar que o interesse público está no *sancionamento* dos infratores, pois é o que determina a legislação de modo geral: se o sujeito praticou o ato ilícito X, sofre a penalidade Y. Uma quebra nessa lógica simplista representaria desrespeito ao interesse público definido pelo legislador.

No entanto, uma detida análise desse instrumento é capaz de afastar os receios de que ao realizar um acordo cujo objeto compreende a redução da sanção a ser aplicada a um infrator confesso a Administração estaria dispondo do interesse público legalmente definido. O equívoco dessa compreensão parece ter origem em uma errônea acepção de qual é o real interesse público a ser buscado no Direito Administrativo sancionador.

30. MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Acordo de leniência & a Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 182.

31. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 283.

32. PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 388.

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista ressaltam que o argumento da indisponibilidade do interesse público é utilizado como barreira à realização de acordos no âmbito do Direito Administrativo sancionador exatamente por se entender que “uma vez que a norma jurídica prescreve a aplicação de sanção para as hipóteses de violação dos preceitos normativos por ela protegidos, encontra-se aí indicado o interesse público envolvido”.³³

Todavia, conforme acertada lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, “a sanção administrativa deve ter *natureza instrumental*, isto é, não se constitui como um fim em si, mas como um dos meios — e não o único — para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a prossecução do interesse público tutelado.”³⁴

A chave para a compreensão de como interesse público e acordo de leniência podem perfeitamente se compatibilizar está em entender que o interesse público visado pelo Direito Administrativo sancionador não se confunde com a aplicação de sanções a quem tiver violado determinada norma administrativa. Nas palavras de Marques Neto e Cymbalista, chega a ser “absurda a afirmação de que o interesse público jaz pura e simplesmente na aplicação de uma sanção, assim entendida como a imposição de um mal em decorrência de uma transgressão.”³⁵ De fato, a sanção é apenas *um instrumento* para aquele que, na realidade, é a verdadeira finalidade que deve ser mirada pela Administração.

Via de regra, os efeitos pretendidos com a sanção administrativa são: (i) a repressão do infrator; (ii) a recomposição da legalidade; (iii) prevenção de infrações

33. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70888].

34. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: [www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=102105]. Acesso em: 12.01.2019.

35. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70888]. Para os autores, é certo que “a sanção não é um fim em si, mas sim um dos meios e não o único para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a consecução das políticas públicas estabelecidas para um determinado setor”.

mediante efeito simbólico geral; (iv) afirmação da autoridade da Administração perante os cidadãos.³⁶ Ora, todos esses *standards* podem igualmente serem atingidos pela Administração por meio não apenas da imposição unilateral de sanções, mas também por meio de uma decisão negociada com o infrator, constituindo essa a principal razão pela qual a indisponibilidade do interesse público não é, por si própria, barreira impeditiva da realização de acordos de leniência.

Deve-se, portanto, “deslocar o foco da atuação sancionatória do sujeito do processo sancionador para o problema colocado no caso concreto”, entendendo que a sanção é apenas um instrumento à disposição da Administração e que, como tal, a medida repressiva pode não ser a mais adequada ao atingimento das finalidades legais a serem observadas naquele caso concreto.³⁷

Afinal,

“não faria qualquer sentido insistir em um procedimento administrativo moroso e custoso, por mero capricho em levá-lo a cabo e em proferir decisão terminativa, se é possível a sua terminação abreviada por meio de soluções que, ademais, apresentam ganhos de qualidade e de aderência dos envolvidos.”³⁸

Certamente não é esse o comando exarado do princípio da indisponibilidade.

Assim, como ocorre com outras espécies de acordos administrativos, os programas de leniência não apenas não violam a noção de indisponibilidade do interesse público, como inclusive podem auxiliar a Administração a cumpri-la com ainda mais eficiência.³⁹ Com efeito, “um programa de leniência bem normatizado

36. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 281.

37. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 300.

38. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70888].

39. Kleber Bispo dos Santos também entende que a realização de acordo de leniência não representa violação direta à indisponibilidade do interesse público, tendo em vista que a utilização de tal instrumento pode se mostrar como uma opção a mais para a própria realização do interesse público por parte da Administração. Trata-se, em suas palavras, “de ato administrativo consensual, cuja concretização é exigida pelo ordenamento como resultado de uma prévia ponderação dos princípios incidentes no caso concreto, bem como das circunstâncias fáticas”, sempre tendo como norte a melhor satisfação do

e estruturado, em tese, pelo menos sob o aspecto de sua teoria econômica fundante, não seria instrumento de impunidade, mas forma de otimização dos custos da persecução estatal e instrumento dissuasório da atividade ilícita”.⁴⁰

Não há dúvidas, portanto, de que o interesse público pode ser plenamente atingido por intermédio da utilização de acordo de leniência. Não somente porque a sanção e interesse público são conceitos relacionados, porém independentes (e, portanto, a suavização da pena imposta ao infrator não atenta contra a indisponibilidade), mas também porque tais acordos contribuem de maneira especial com a atividade persecutória do Poder Público, notadamente “em casos de infrações sofisticadas e complexas, em que dificilmente o Estado lograria êxito na identificação precisa das infrações e dos infratores”.⁴¹

Do ponto de vista do particular que estabelece o acordo, também não se vislumbra qualquer violação, *a priori*, ao princípio da indisponibilidade. Poderia ser levantado o argumento de que à aplicação de qualquer sanção por parte da Administração Pública seria imprescindível, ainda que houvesse o reconhecimento da culpa pelo próprio acusado, a tramitação do processo administrativo sancionatório até as suas últimas etapas. Com o acordo, estaria sendo retirado um direito fundamental do particular, os quais também integram o conceito de interesse público.

De fato, o processo administrativo, com todas as suas garantias decorrentes do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, é ele próprio também uma garantia concedida pelo ordenamento jurídico para proteger os cidadãos em suas relações conflituosas com a Administração Pública. No entanto, exercê-la em sua integralidade (isto é, levar o processo até suas etapas finais), deve ser considerado um *direito* – e não um *dever* da parte.⁴² Não seria razoável impedir o acusado

interesse público. SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 99.

40. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 50.
41. SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 99-100.
42. Nesse sentido, afirmam Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista: “Do ponto de vista do agente econômico que celebra o acordo substitutivo, trata-se de garantia fundamental, mas passível de renúncia, desde que conte com a sua concordância. Em outras palavras, apesar de o devido procedimento administrativo ser uma garantia fundamental do particular, pode ele abrir mão desta garantia, caso considere que o acordo substitutivo atende mais aos seus interesses.” MARQUES NETO,

de estabelecer um acordo com a Administração para encerrar prematuramente o processo, notadamente quando isso representa uma diminuição das sanções que lhe seriam impostas caso o processo continuasse.

4. OS ALERTAS TRAZIDOS PELO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO À UTILIZAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

A mera formação jurídica do instituto do acordo de leniência, contudo, não o impede de ser utilizado de maneira abusiva e desviada das finalidades que legalmente deve perseguir. Tanto da parte do Estado, como da parte do infrator, o acordo de leniência, se não for bem aplicado, pode acabar servindo para encobrir outras ilicitudes (desde a violação de garantias processuais do delator até um indevido privilegiamento do particular).

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa denunciam que “a experiência da Justiça Negociada (em especial delação) no Brasil se formou não com base nas regras explícitas, mas em hábitos e práticas construídas intuitivamente por meio das regras negociais do mercado de compra e venda, no caso de informações.” Por essa razão, defendem os autores que ainda “precisamos caminhar para construção de garantias mínimas sobre o conteúdo do objeto penal na nova perspectiva (irreversível, por enquanto) da Justiça Negocial, porque sem maiores discussões, a porta da manipulação e da seletividade penal permanecerá aberta.”⁴³

Ainda que a lição de Lopes Jr. e Rosa tenha sido inicialmente desenvolvida com base no instituto da delação premiada e de sua aplicação no Direito Penal e Processual Penal no Brasil, as advertências aplicam-se perfeitamente à polêmica da utilização do acordo de leniência no Direito Administrativo.

Além de distorções que podem ocorrer na prática quando do estabelecimento dessas negociações, infelizmente até mesmo em sede doutrinária é possível identificar defesas desse instituto que tendem a representar um descaso com as garantias processuais do acusado.

Floriano de Azevedo CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70888].

43. LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP. *Conjur*, 22 set. 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp].

Tratando da função de desestabilizar as relações estabelecidas entre os membros das organizações delituosas a que se mencionou acima, Rafaela Coutinho Canetti afirma que para que tal propósito seja de fato atendido, “é essencial a criação de um ambiente de corrida pela delação, de sorte que a colaboração se torne a estratégia dominante do jogo”.⁴⁴

Não se pode olvidar, todavia, que esse “ambiente de corrida pela delação” é criado muitas vezes a partir da apresentação de denúncias sem a devida fundamentação, em casos nos quais o órgão acusador não dispõe de indícios realmente suficientes para dar início ao processo sancionatório. Nessas hipóteses, o próprio processo serve como uma espécie de coação ao acusado. Mesmo sem haver provas robustas de que um determinado sujeito cometeu atos ilícitos, cria-se o medo de que a condenação ou alguma outra delação pode vir a qualquer momento, “forçando-o” a realizar o acordo.

Nesse sentido, também são frequentes argumentos de que essa espécie de acordo, baseado na lógica da autoincriminação e na corrida pela delação, iria de encontro com os postulados éticos e morais que devem pautar a atuação da Administração Pública, uma vez que “o Estado se vale da afirmação de um ‘traidor’ para se chegar aos demais envolvidos na prática do ilícito e, desse modo, não haveria garantia de que o delator esteja sempre dizendo a verdade”.⁴⁵

Situação igualmente alarmante se observa quando Kleber Bispo dos Santos afirma que “as garantias processuais dos investigados e réus tornaram, em determinados casos, quase que inócua e sem efeitos a tradicional ação unilateral do Estado de persecução dos infratores por meio da instauração de processos acusatórios”, criando cenário no qual “se impõe um esforço hercúleo para se levantar provas a fim de punir os reais infratores”.⁴⁶

Ainda que não haja alegação explícita nesse sentido, não é difícil constatar certo tom desprezo às “garantias processuais dos investigados e réus” nesse discurso, por serem elas o suposto problema que dificulta a atividade sancionatória da Administração Pública.

44. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 102.

45. SALES, Marlon Roberth; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. O acordo de leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 10, n. 3, set.-dez. 2015, p. 43.

46. SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 91.

Tais trechos são apenas exemplos citados para ilustrar como muitas vezes o incentivo a práticas consensuais na seara sancionatória pode vir acompanhando de uma velada intenção de enfraquecer as garantias processuais dos acusados, tudo com a finalidade de “facilitar” a punição daqueles que, mediante indevido pré-julgamento, são considerados culpados.

Ainda que seja óbvio, diante de tudo o que se tem sido denunciado acerca do ambiente no qual a negociação de processos de cunho sancionatório (criminal e administrativo) no Brasil se realiza, parece importante registrar: a indisponibilidade do interesse público restaria terminantemente violada se a realização desses acordos fosse concretizada a partir de coações (em seus mais variados tipos) sobre os acusados e de desrespeito aos seus direitos e garantias fundamentais.

Outra importante questão a ser ressaltada quando se analisa a incidência do princípio da indisponibilidade nos acordos de leniência diz respeito à *margem de discricionariedade* que a legislação supostamente confere às autoridades administrativas para decidirem como, com quem e quando vão realizar esses acordos.

De acordo com Maurício Zockun, o ordenamento jurídico elegeu a realização dos acordos de leniência (quando cabíveis, evidentemente) como o meio mais adequado à satisfação do interesse público consistente na prevenção e repressão de ilícitos administrativos, razão pela qual o estabelecimento da avença se trata de ato vinculado da Administração nas hipóteses concretas em que o infrator demonstrar preencher todos os requisitos legais exigidos para o acordo.⁴⁷

Em linha semelhante, Thiago Marrara defende que seria uma atuação contraditória da Administração (e violadora de princípios como os da boa-fé e da proteção à confiança legítima) a negativa da realização do acordo nos casos em que se verificasse o pleno cumprimento de todos os requisitos exigidos para tanto, notadamente quando a proposta de acordo já tiver transcorrido seu trâmite inicial, com a efetiva negociação dos termos e obrigações que seriam assumidos no caso por cada uma das partes.⁴⁸

Verifica-se, assim, que a discricionariedade da Administração na celebração dos acordos de leniência é muito mais reduzida do que poderia se imaginar inicialmente. É evidente que há uma margem para apreciação, por exemplo, das

47. ZOCKUN, Maurício. Vinculação e discricionariedade no acordo de leniência. *Direito do Estado – Colunistas*, n. 142, 14.04.2016. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia].

48. MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processo e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 351.

características de *novidade e utilidade* das informações trazidas pelo infrator na tentativa de convencer a Administração a firmar o acordo.

Todavia, também por força do princípio da indisponibilidade, uma vez preenchidos os requisitos legais e lógicos ínsitos aos acordos de leniência, a Administração possui o *dever* de oferecer o acordo, já que houve “uma ponderação apriorística do legislador nacional quanto à existência de interesse público na celebração de acordos de leniência quando presentes” tais requisitos.⁴⁹

Por outro lado, a discricionariedade da autoridade administrativa também é reduzida quando a Administração já possui as informações necessárias à persecução das infrações administrativas em comento ou ao menos dispõe de condições para obter tais informações. Nesse caso, o Estado não está autorizado a atenuar a sanção aplicável a um dos infratores em troca da simples obtenção dessas mesmas informações.⁵⁰ Se o fizesse, aí sim seria verificada uma disposição do interesse público, pois a Administração estaria deixando de aplicar as sanções nos termos estritamente previstos na legislação, sem, todavia, obter contrapartida que justificasse tal atitude.

Ademais, também é essencial que a Administração observe o dever de *segurança jurídica* ao pautar sua postura nas tratativas desses acordos, respeitando a boa-fé e a confiança que os particulares legitimamente nutrem na atuação do Poder Público. Afinal, se não houver segurança acerca do comportamento a ser adotado pela Administração Pública, certamente serão poucos aqueles que se “arriscarão” a tentarem realizar acordos de leniência. Ninguém racionalmente desejaria correr o risco de reconhecer a prática de um determinado ilícito e de munir a Administração de informações para potencializar ainda mais a investigação sobre aquele fato, sem ter a confiança de qual seria a postura tomada pelas autoridades administrativas diante daquela situação.

Também por conta disso, é importante que os benefícios que podem ser conferidos pela Administração ao infrator que realiza o acordo estejam previamente definidos na legislação, de modo a aumentar o prévio conhecimento de todos sobre os possíveis termos a partir dos quais se pode negociar o acordo. Nesse sentido, destaca Rafaela Coutinho Canetti que “deixar ao alvedrio da autoridade competente a definição casuística dos efeitos da celebração do acordo equivaleria

49. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 280.

50. SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 100.

a nulificar toda a segurança jurídica trazida pela previsão legal do instrumento”,⁵¹ uma vez que não haveria previsibilidade, a nenhum dos interessados, acerca de que sanções podem ser objeto de negociação e em que medida.

5. CONCLUSÕES

O Direito Administrativo Sancionador brasileiro é tradicionalmente marcado por condutas repressivas, resultado do processo histórico de centralização do exercício da autoridade estatal na Administração Pública, da compreensão de que a imposição de sanções é um dever dos agentes públicos quando se depa- rarem com casos de transgressões legais, da valorização do efeito punitivo que a sanção causa ao indivíduo infrator e da demanda de adoção de posturas repres- sivas que advém não apenas internamente da Administração, mas também dos órgãos de controle.⁵²

Por conta dessa cultura repressiva, é possível que “embora exista autorização normativa para terminação consensual do processo sancionador, o Poder Público poderá adotar um comportamento de desprezo para com os mecanismos concertados, deixando de aplicá-los nos casos concretos quando cabíveis”.⁵³ Ou seja, não basta a mera previsão na lei ou em atos administrativos de autorização de realização de acordos de leniência. Faz-se necessária uma verdadeira trans- formação na forma de pensar que pauta a atuação dos agentes públicos, que de- vem compreender que o acordo não é simplesmente uma benesse concedida ao infrator, mas, sim, um instrumento que, se bem utilizado, pode contribuir com a própria atividade sancionatória da Administração.

Assim, se por um lado é indiscutível a importância de haver previsões adequa- das no ordenamento jurídico sobre instrumentos consensuais voltados a

“garantir uma atuação administrativa consensual eficiente, negocial e alheia a capturas, também a superação da cultura repressiva assume importância

51. CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os pro- blemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 88.

52. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Ma- lheiros, 2015. p. 296.

53. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Ma- lheiros, 2015. p. 299.

primeira na afirmação da consensualidade como prática legítima para que o Poder Público busque as finalidades públicas”.⁵⁴

Como demonstrado no trabalho, em análise abstrata não há incompatibilidade entre a utilização do acordo de leniência e o princípio da indisponibilidade. A justificativa para tanto reside no fato de que o interesse público mirado pelo Direito Administrativo sancionador não se resume à aplicação de sanções ao infrator. Mais do que isso, o objetivo final de todas as normas que tratam da matéria deve ser a recomposição do *status quo ante* e a prevenção do cometimento de novos ilícitos. E o acordo de leniência pode contribuir de maneira bastante eficiente para o atingimento de tais metas – muitas vezes, até mais do que a simples aplicação de sanção.

Deve-se, porém, saber que a utilização de tal instituto demanda grande cautela. Infelizmente, sabe-se que nos últimos anos instrumentos de cooperação processual em processos de cunho sancionador (não só administrativos, mas também criminais) têm sido usados indevidamente, como forma de pressionar acusados a reconhecerem determinadas condutas mesmo sem a existência dos adequados indícios por parte dos órgãos acusatórios. Além disso, tornou-se comum também o desrespeito, por parte desses órgãos, às garantias processuais dos acusados, como mais uma estratégia para induzi-los à realização do acordo.

Por óbvio, um acordo de leniência que se pretenda compatível com a indisponibilidade do interesse público deve repudiar fortemente essas tendências. Não há interesse público que não nos estritos termos do Direito. E, por conta disso, o respeito às garantias processuais dos investigados e acusados em processos sancionatórios é essencial.

6. REFERÊNCIAS

- ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção: uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, maio-ago. 2017.
- BAPTISTA, Patrícia; BINENBOJM, Gustavo. Crime e castigo no direito administrativo contemporâneo. In: CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

54. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 301-302.

FARIA, Luzardo. Acordo de leniência e negociação da sanção administrativa: reflexões a partir da indisponibilidade do interesse público. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*. n. 13. ano 4. p. 197-219. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2020.

- CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CARDOSO, David Pereira. *Os acordos substitutivos de sanção administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.
- FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Orgs.). *A Lei de Introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP. *Conjur*, 22 set. 2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp].
- MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Acordo de leniência & a Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, 2000.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out.-dez. 2010. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70888].
- 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. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. *Conjur*, 15.11.2013. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega].
- MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processo e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan.-mar. 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014. Disponível em: [www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=102105]. Acesso em: 12.01.2019.

- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PINTO, José Guilherme Bernan Correa. Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SALES, Marlon Roberth; BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. O acordo de leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 10, n. 3, p. 31-50, set.-dez. 2015.
- SANTOS, Kleber Bispo dos. *Acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in state administration. In: ARLEN, Jennifer (Ed.). *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018.
- ZOCKUN, Maurício. Vinculação e discricionariedade no acordo de leniência. *Direito do Estado – Colunistas*, n. 142, 14.04.2016. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia].

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Acordos de leniência: transformação com segurança jurídica, de Ubirajara Costódio Filho – *RT* 986/189-209 (DTR\2017\6927);
- Acordos de leniência – evolução do instituto na legislação brasileira – abrangência, legalidade e atualidade da MedProv 703/2015 – Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins – *RT* 967/367-395 (DTR\2016\4652); e
- Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro, de Nayara Mendonça Silva e Souza – *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional* 26/115-134 (DTR\2014\21447).