

---

# ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO: PONTOS DE ESTRANGULAMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA

*LENIENCY AGREEMENT IN THE ANTICORRUPTION LAW:  
LEGAL SECURITY BOTTLENECKS*

---

*Thiago Marrara*

*Livre docente. Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Professor de Direito Administrativo da USP na FDRP. Editor da Revista Digital de Direito Administrativo da USP (RDDA). Advogado consultor. marrara@marrara.adv.br*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Acordo e programa de leniência: definições relevantes; 2. Regime da leniência na Lei Anticorrupção; 3. Benefícios do programa de leniência por ato de corrupção; 4. Panorama das falhas do regime jurídico legal; 5. Tentativas de aprimoramento do regime: MP 703; 6. Regulamentação infralegal: avanços?; 7. Conclusão: pontos de estrangulamento da segurança jurídica; Referências.

**RESUMO:** o presente texto resgata preliminarmente a definição do acordo de leniência, buscando tornar mais claros seus traços distintivos em relação a outros ajustes que ganharam força ao longo do gradual movimento de consensualização da Administração Pública. Em seguida, apresenta as características gerais do regime jurídico do programa de leniência para atos de corrupção. Com isso, em conclusão, objetiva demonstrar: (i) quais são as falhas e lacunas existentes no modelo adotado pelo legislador brasileiro; (ii) como atos normativos posteriores reagiram diante desses problemas e (iii) o que, após a edição de tantas normas, necessita ser aperfeiçoado para que se possa dar o devido grau de segurança jurídica e previsibilidade aos interessados em fazer uso desse acordo de cooperação nos três níveis federativos.

**PALAVRAS-CHAVES:** acordo de leniência, lei anticorrupção, regime jurídico

**ABSTRACT:** this article presents the definition of the leniency agreement and aims to clarify clearer its distinctive features in relation to other adjustments that have gained strength throughout the gradual movement of consensus seeking in the Brazilian Public Administration. It then defines the general characteristics of the legal regime of the leniency programs in the anticorruption policy. In conclusion, it will demonstrate: (i) which are the flaws and gaps in the model adopted by the Brazilian legislature; (ii) how subsequent normative acts reacted to these problems and (iii) if, after the issue of so many norms, the leniency program needs to be improved in order to give the proper degree of legal certainty and predictability to those interested in making use of this cooperation agreement at the three federative levels.

**KEYWORDS:** leniency agreement; anticorruption act; legal regime.

## INTRODUÇÃO

Julho de 2018. A Advocacia Geral da União em conjunto com a Controladoria Geral, de um lado, e a Odebrecht, de outro, celebraram um dos maiores e mais impactantes acordos de leniência do país. Diante de irregularidades em aproximadamente cinco dezenas de contratos administrativos com o governo federal, a empreiteira, no acordo, comprometeu-se a adotar uma política de integridade e a devolver aos cofres públicos dois bilhões e setecentos milhões de reais em até 22 anos.<sup>1</sup>

Aos leigos, a notícia acima soa muito bem. Afinal, o governo logrou reaver bilhões de reais graças ao sucesso da leniência – instituto que “pegou”, diferentemente de muitos, criados pelo legislador num dia, mas esquecidos no outro. Entretanto, àqueles que se dedicam ao estudo do polêmico acordo administrativo, a notícia causa inúmeras perplexidades e dúvidas. É possível tratar de reparação de danos em leniência? Há limitação temporal às obrigações pactuadas? É lícito unir, sob única leniência, dezenas de atos tipificados na Lei Anticorrupção brasileira? Qual é, afinal, a função, o regime e o nível de flexibilidade que caracterizam esse tipo de acordo? Todas essas perguntas convergem a uma dúvida maior: qual é o grau de segurança jurídica que o regime legal oferece a quem deseja celebrar acordos como o noticiado em 2018?

Com o escopo de contribuir com a elaboração de uma resposta a essas inquietações e lançar estímulos a potenciais futuras reformas da Lei Anticorrupção, o presente texto resgatará preliminarmente a definição do acordo de leniência, buscando tornar mais claros seus traços distintivos em relação a outros ajustes que ganharam força ao longo do gradual movimento de consensualização da Administração Pública brasileira. Em seguida, apresentará, com suporte em um método dogmático, analítico e crítico, as características gerais do regime jurídico do programa de leniência para atos de corrupção, levando em conta as determinações tanto legais, quanto infralegais. Com isso, em conclusão, objetiva-se demonstrar: (i) quais são as falhas e lacunas existentes no modelo adotado pelo legislador brasileiro; (ii) como atos normativos posteriores reagiram diante desses problemas e (iii) o que, após a edição de tantas normas, necessita ser aperfeiçoado para que se possa dar o devido grau de segurança jurídica e previsibilidade aos interessados em fazer uso desse acordo de cooperação nos três níveis federativos.

---

1 Cf. <http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/07/acordo-de-leniencia-com-a-odebrecht-preve-ressarcimento-de-2-7-bilhoes>.

## 1 ACORDO E PROGRAMA DE LENIÊNCIA: DEFINIÇÕES RELEVANTES

Diz o ditado: “O uso do cachimbo entorta a boca”. Na prática da Administração Pública, não há nada mais verdadeiro. Ao longo do tempo, pequenas distorções ou má-aplicações de institutos se consolidam e acabam por gerar problemas estruturais, não raro exigindo que o ordenamento se adapte ou que a jurisprudência os reinterprete para preservar suas funcionalidades.

A preocupação com a definição do acordo de leniência se enraíza exatamente na necessidade de se evitar que o uso inadequado do instituto venha a distorcer a lógica do modelo de gestão pública consensual e, mais que isso, fragilizar a política de combate à corrupção por meio de inseguranças criadas por invenções quotidianas sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico. Em outras palavras, o resgate da definição do ainda novo conceito em debate serve não apenas para guiar a discussão vindoura de seu regime jurídico, senão igualmente para fixar sua função, evitando seu emprego indevido em substituição ou em prejuízo de outros instrumentos de gestão pública, inclusive acordos como os compromissos de cessação de prática.

Diante dessa premissa, portanto, considera-se imprescindível reafirmar a definição de acordo de leniência como “ajuste que integra o processo administrativo sancionador mediante celebração pelo ente estatal que titulariza, na esfera administrativa, o poder de punir e, de outro lado, por um infrator que se propõe a colaborar com o Estado na execução de suas tarefas instrutórias no intuito de obter, em troca da cooperação e do adimplemento de outras obrigações acessórias, a mitigação ou a imunização das sanções estatais aplicáveis nesse mesmo processo administrativo ou fora dele”.<sup>2</sup>

O acordo de leniência, tal como definido, envolve duas partes. De um lado, posiciona-se o infrator, que se dispõe a cooperar com a produção de provas, colaborando com a instrução e a busca da efetividade processual. Confesso e disposto a colaborar, o infrator age por conta e risco, assumindo todos os custos, financeiros ou não, da cooperação na produção de provas, bem como os riscos de exposição social e midiática, de eventual persecução em outros processos etc. Ele não assume, porém, obrigação de resultado, ou seja, de que o processo culmine numa decisão administrativa condenatória. Sua obrigação é de reforçar e robustecer a instrução, com a comprovação da materialidade e da autoria dos ilícitos,

---

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 196.

tornando-se perfeitamente concebível que a cooperação se confirme ainda que não advenha a condenação de todos os acusados.

De outro lado, como contratante, o Estado se propõe a agir de modo leniente, suave, brando no exercício de seu poder punitivo. O acordo lhe acarreta a obrigação de reduzir ou extinguir sanções potencialmente aplicáveis ao infrator confesso. Cabe a ele, por conseguinte, o verdadeiro papel de leniente – papel que se justifica na medida em que a brandura punitiva seja compensada pela obtenção de provas que sustentem a persecução e condenação de outros infratores.

Em síntese, o acordo de leniência:

- A) constitui acordo de direito administrativo, vinculado no geral a processos administrativos, diferentemente da delação premiada, regida pelo direito penal. Na leniência, não se debatem infrações penais, ainda que, a depender do modelo adotado, o legislador possa conferir ao colaborador alguns benefícios quanto a potenciais sanções criminais com o objetivo de incrementar a atratividade do programa de cooperação com a Administração Pública – o que, vale dizer, infelizmente não se previu na Lei Anticorrupção.
- B) integra um processo administrativo punitivo, convivendo com a via unilateral de decisão estatal. Dito de outro modo: a leniência é acordo integrativo, uma vez que convive com o processo e o acompanha até sua conclusão, buscando torná-lo viável ou alcançar um resultado útil. Em contraste, os compromissos de cessação de prática suspendem o processo administrativo e, após o cumprimento das obrigações, ocasionam seu arquivamento, de modo que não se chega a uma decisão, condenatória ou absolutória, em relação ao infrator compromissário.
- C) pressupõe um comportamento pretensamente ilícito, ainda em curso ou já cessado, e sempre desenvolvido em coautoria. Por força dessa premissa, reputa-se ilegítima e imotivada a leniência celebrada com todos os infratores. Essa prática impossibilitaria o exercício do poder punitivo e negaria a própria essência do acordo. Leniência não é perdão, nem técnica de renúncia de competências. Na verdade, as características desse acordo são a comutatividade, a cooperação e o utilitarismo diante das finalidades do processo punitivo; e

D) exige que a Administração Pública não detenha condições de, por si só, desenvolver com sucesso as atividades instrutórias no curso do processo administrativo sancionador. Pela sua essência e função, a leniência se harmonizará com o princípio da moralidade administrativa somente quando duas condições básicas forem combinadas: o Estado não dispuser de condições de conduzir a instrução de modo satisfatório por seus próprios meios e o infrator, que busca a leniência, mostrar-se apto para entregar provas robustas, aptas a contribuir efetiva e significativamente com a instrução processual. Na falta dessas condições, não deverá ser celebrado o acordo, sob pena de se utilizá-lo com a finalidade exclusiva de beneficiar um dos acusados em detrimento de outros – o que, novamente, representaria desvio da finalidade.<sup>3</sup>

O *acordo* de leniência, tal como definido, não se confunde com o conceito mais amplo de *programa* de leniência. O termo programa equivale à política de cooperação instrutória e abrange diversas fases que ultrapassam em grande medida a vida do mero *acordo* de leniência. O programa inclui, portanto:

A fase de *qualificação*: essa é a etapa em que as autoridades públicas recebem propostas de negociação do acordo. A propositura ocorrerá antes da abertura do processo administrativo sancionador (leniência prévia) ou ao longo do processo (leniência concomitante). Não existe, porém, leniência posterior à conclusão do processo. Durante a qualificação, caberá ao Estado organizar a lista de interessados e verificar quais cumprem os requisitos legais que os habilitam a apresentar uma proposta. Para organizar a demanda pelo acordo, deverá adotar a distribuição de senhas pela sequência temporal de chegada ou outro qualquer meio que diferencie os infratores interessados pelo momento de manifestação de seu interesse, pois a Lei Anticorrupção impede a celebração de leniência com mais de uma pessoa jurídica em relação a um mesmo processo. Especificamente no âmbito federal da política de combate à corrupção, o art. 31, §2º, do Decreto nº 8.420/2015 prevê que a formalização da proposta poderá ser realizada por meio de memorando de entendimentos entre a pessoa jurídica proponente e a CGU.

---

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 196-198.

A fase de *negociação* e de *celebração*: após a ordenação dos interessados em colaborar com o Estado, o órgão competente deve iniciar o estudo da primeira proposta qualificada e as negociações conforme a ordem de chegada. Caso as negociações com o primeiro qualificado se revelem infrutíferas, iniciam-se negociações com o próximo da lista de qualificados até que um acordo venha a ser celebrado. É ainda possível que se retome a fase de negociação após uma leniência firmada, mas frustrada ao longo de sua execução, ou seja, descumprida – isso será viável desde que o processo ainda não tenha se encerrado.

A fase de *execução do acordo*: uma vez concluída a negociação de modo exitoso, celebra-se o acordo de leniência e inicia-se sua execução, ou seja, o cumprimento das obrigações nele dispostas por conta e risco do infrator colaborador. Como dito, ele age por *risco próprio*, uma vez que a leniência não o imuniza contra todas as esferas de responsabilização que decorrem de sua iniciativa de delatar e colaborar com o Estado na apuração de fatos nos quais ele mesmo está envolvido. Ele age igualmente por *conta própria*, pois assume todos os custos da colaboração.

A fase de *avaliação do acordo*: a última fase do programa é a de avaliação. Nela se verificam se foram atingidos os objetivos do acordo e, sobretudo, se o colaborador executou as obrigações que assumiu de boa-fé. Essa avaliação ocorre simultaneamente à condenação e nela se definem os benefícios a se conferir ao colaborador. Excepcionalmente, em casos de inadimplemento grave ao longo da fase de execução, deve ser possível ao Estado encerrar de modo antecipado o acordo e, como dito, iniciar novas negociações com outro infrator colaborador.<sup>4</sup>

## 2 REGIME DA LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

O sucesso dos programas e, por conseguinte, dos acordos de leniência depende de uma série de fatores jurídicos e extrajurídicos que, entre outras coisas, confirmam previsibilidade e segurança aos contratantes. Para que isso ocorra, cabe ora ao legislador, na elaboração do regime legal, ora ao administrador público, na negociação do termo de leniência: 1) definir e fixar com clareza os sujeitos autorizados a participar do programa na qualidade de contratantes, de interessados ou de meros ouvintes; 2)

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (org.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 211-212.

traçar regras sobre a apresentação e a aceitação de propostas; 3) detalhar os requisitos, a duração e o procedimento de negociação; 4) definir os requisitos e a forma de celebração; 5) estabelecer o modo de cumprimento das obrigações pactuadas; 6) estipular os efeitos do cumprimento do acordo dentro e fora do processo administrativo; e 7) prever casos de potencial descumprimento do acordo com suas respectivas implicações.

No âmbito da política brasileira de combate à corrupção, a disciplina jurídica do acordo e seus aspectos essenciais foi delineada pela Lei Anticorrupção, editada em 2013. Em dois dispositivos específicos, referida lei previu a leniência para os ilícitos de corrupção (art. 16) e a possibilidade de sua extensão para ilícitos licitatórios (art. 17). Em 2015, esses dispositivos foram regulamentados pelo Decreto Presidencial n. 8.420, bem como pela Portaria CGU n. 901. Em 2016, finalmente, editou-se a Portaria CGU/AGU n. 2.278, tratando de cooperação interorgânica na negociação e celebração do acordo, posteriormente substituída pela Portaria Conjunta n. 4, datada de 09 de agosto de 2019.

Em breve resumo, a Lei Anticorrupção, após enumerar os atos ilícitos nela tratados (art. 5º) e da responsabilidade objetiva civil e administrativa por sua prática,<sup>5</sup> prevê normas gerais sobre o acordo de leniência aplicáveis aos três entes da federação brasileira. O art. 16 da Lei Anticorrupção, especificamente, cuida: (i) da autoridade competente para celebrar o acordo de leniência; (ii) dos sujeitos que dele podem se beneficiar; (iii) das obrigações principais dos contratantes; (iv) dos requisitos para celebração; (v) dos benefícios do acordo no processo administrativo em que ele se integra; (vi) da ausência explícita de imunização contra medidas de reparação civil; (vii) da possibilidade de extensão do acordo ao grupo econômico de fato e de direito; (viii) da publicidade do acordo; (ix) de alguns efeitos da negociação frustrada; (x) da vedação de celebração de nova leniência por um triênio em caso de acordo descumprido e (xi) do efeito da celebração em relação a prazos prescricionais.

### 3 BENEFÍCIOS DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA POR ATO DE CORRUPÇÃO

Certamente, as normas mais relevantes em todo esse conjunto de disposições do art. 16 da Lei Anticorrupção se referem aos efeitos do cumprimento do acordo para o infrator colaborador. De maneira geral, os efeitos benéficos de um programa de leniência classificam-se em: (i)

---

5 Se condenada no processo administrativo acusatório por corrupção, a pessoa jurídica poderá sofrer duas sanções: (i) multa sancionatória, cuja intensidade variará de 0,1 a 20% de seu faturamento anual, descontados tributos, e que jamais poderá ser inferior à vantagem auferida quando for possível mensurá-la, nem excluirá a reparação civil e/ou (ii) a publicação da decisão condenatória nos meios de comunicação, na entidade e na internet, medida que persegue de modo evidente o intuito de expor o infrator e submetê-lo a eventuais “sanções indiretas” por parte de investidores, consumidores, concorrentes e outros agentes sociais e econômicos. Trata-se, pois, da sanção de admoestação pública.

administrativos, internos e externos; (ii) civis e (iii) penais. O cumprimento da leniência prevista na legislação em debate acarreta, porém, meras vantagens administrativas e civis para a pessoa jurídica. Em termos formais, o cumprimento também exigirá a exclusão de informações do CNEP (art. 22, §5º), reduzindo a exposição do colaborador. Contudo, não haverá efeitos penais, nem qualquer efeito administrativo ou civil para pessoas físicas.

Conforme prescrição da Lei Anticorrupção, a “celebração” (*sic*) do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inc. II do art. 6º e no inc. IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável (art. 16, §2º). Traduzindo: o reconhecimento do “cumprimento” do acordo de leniência por parte do infrator colaborador (e não a celebração em si, como diz a lei) gerará dois efeitos administrativos e um efeito civil, a saber:

*A imunidade à sanção administrativa de publicação extraordinária da decisão condenatória* (art. 6º, II). Não obstante o infrator colaborador também deva ser condenado, sobretudo porque confessa a infração, ele não se sujeitará aos custos financeiros e não financeiros de divulgação da infração. Além disso, para que o benefício previsto na lei produza efeito prático, há que se interpretá-lo de modo extensivo. Não basta a isenção em relação à sanção de publicação. É preciso que ele não conste das publicações impostas aos outros condenados. Afinal, se seu nome constar de outras publicações, o benefício que o legislador pretendeu oferecer ao colaborador será aniquilado.

*A redução em até dois terços da multa administrativa*, a qual, nos termos da Lei Anticorrupção, varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto anual, excluídos os tributos, do último exercício anterior ao da instauração do processo ou, quando não for possível identificar o faturamento, de seis mil reais a sessenta milhões de reais (art. 6º, II e §4º). Isso significa que, para conceder o benefício, a Administração terá que condenar o colaborador e fixar sua multa-base, aplicando em seguida o fator percentual redutor. Como se sustentou alhures,<sup>6</sup> da maneira como ficou disciplinado na Lei Anticorrupção, o benefício de redução da multa se mostra bastante problemático. Em primeiro lugar, a lei deixou de fazer uma importante distinção entre a leniência prévia e a leniência concomitante ao processo. Para a leniência prévia, seria ideal que se garantisse um benefício maior que o da concomitante, já que o infrator confessa algo desconhecido pelo Estado. Todavia, o legislador ignorou essa distinção e, ao igualar

6 MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015. p. 521-522.

o benefício, acabou por criar um regime legal que desestimula a cooperação anterior à abertura do processo administrativo. Em segundo lugar, ao tratar da redução da multa, a despeito do momento da leniência, a lei somente prevê um teto de redução (2/3), sem a garantia de qualquer mínimo. Nesse contexto, para que se confira segurança jurídica ao colaborador e se estimule a boa-fé da Administração,<sup>7</sup> é preciso que o acordo contenha cláusula que: a) ou preveja exatamente o percentual da redução pelo cumprimento da leniência ou b) estabeleça uma faixa de redução (por exemplo, de 1/3 a 2/3), deixando-se a mensuração final da redução para o momento de condenação conforme o grau de colaboração verificado ao longo da execução do acordo.<sup>8</sup> Em terceiro lugar, mostra-se importante garantir ao colaborador o benefício da menor multa. É inaceitável que o infrator que auxilia a Administração se sujeite à sanção pecuniária mais gravosa que a imposta ao infrator que não participa do programa de leniência e não colabora com a comprovação da materialidade e da autoria. Na Lei de Defesa da Concorrência, explicita-se que a “pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior a menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração” (art. 86, §5º).<sup>9</sup> A Lei Anticorrupção, contudo, silencia sobre o assunto. A esse despeito, o benefício da menor pena resulta do princípio da moralidade administrativa, da própria lógica do programa de leniência e da boa-fé. Não houvesse essa garantia, pouca razão sobriaria para se cooperar com o Estado. De todo modo,

7 Preleciona Bacellar Filho que “o cidadão, ao dar início às solenidades que antecedem o exercício de uma atividade lícita e ao empenhar-se moral e financeiramente com o projeto dela decorrente, tem, de acordo com o princípio da juridicidade, a certeza de um direito. A certeza do direito representa, pois, para o cidadão, uma visão confiante e antecipada do acolhimento de seu desejo ou de sua pretensão, uma vez cumpridos os requisitos exigidos [...]” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 537. v. 5). Em sentido semelhante, ensina Bandeira de Mello que “a essência do Direito é firmar previamente os efeitos que associará aos comportamentos tais ou quais... a ordem jurídica constitui uma prévia rede de segurança para a conduta dos indivíduos, afastando liminarmente qualquer imprevisto ou surpresa que poderia lhes advir se não existisse essa preliminar notícia sobre o alcance de sua atuação futura”. E arremata: “a própria possibilidade de o Direito se realizar depende, às completas, de que exista a certeza, a segurança de que um prévio comportamento ocorrerá na hipótese de uma conduta ser tal ou qual” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41).

8 Essa possibilidade de mensuração do benefício no momento de julgamento existe no âmbito do processo concursal. Em relação à Lei Anticorrupção, porém, há autores que descartam essa possibilidade e entendem que o percentual de 2/3 de redução da pena previsto na lei é fixo. Nesse sentido, Heinen aduz que: “os benefícios à pessoa jurídica, definidos no §2º do art. 16, são vinculados, ou seja, não podem ser sonegados quando entabulado o acordo e cumpridas as suas cláusulas [...] A lei brasileira não deu margem ao Poder Público poder negociar os benefícios em caso de colaboração posta a efeito pelo acusado” (HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção*: Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 243).

9 Em detalhes sobre o benefício da menor pena no direito concursal, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 355-356.

na falta de previsão legal, mais seguro ao colaborador é negociar a inserção do benefício da menor pena em cláusula do acordo.

E, no tocante às possíveis punições civis, a *imunidade à sanção de “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”* (art. 19, IV). Esse benefício, concedido no processo administrativo, só ganhará utilidade diante de uma eventual ação judicial civil promovida pela Advocacia Pública ou pelo Ministério Público contra os infratores. Assim como ocorre em relação ao benefício de redução da multa, a disciplina do benefício civil da leniência da Lei Anticorrupção se mostra igualmente problemática. A razão para a crítica é simples. As sanções civis aplicáveis são quatro e podem incluir a suspensão da atividade empresarial até a dissolução da pessoa jurídica. Nesse contexto, seguindo-se uma interpretação literal da lei, o fato de a leniência ser cumprida não imunizará o colaborador contra um pedido de extinção de sua pessoa jurídica ou de suspensão de suas atividades. Qual será, porém, a vantagem de se celebrar um acordo que impede a aplicação da sanção de proibição de recebimento de incentivos pelo infrator colaborador, mas permite que o Ministério Público solicite sua “pena de morte” (ou seja, a extinção da pessoa jurídica)? Para que se garanta a utilidade da leniência, para que seus benefícios sejam reais e efetivos, é preciso interpretar referidos mandamentos em sentido lógico e teleológico. Conquanto o art. 16 não o diga, a leniência impõe uma imunidade também contra a medida prevista no art. 19, inc. III.<sup>10</sup> Se não for assim, de nada adiantará o benefício quanto ao inc. IV. O que a leniência não poderá incluir em hipótese alguma como benefício civil será a imunidade em relação à reparação de danos causados ao Estado ou a terceiros. O acordo não se presta ao proibir indenizações civis ao Estado ou a terceiros por expressa vedação legal (art. 16, §3º), nem pode conter cláusulas sobre indenizações civis por falta legitimidade ao Estado para representar particulares nesse âmbito. Ademais, é bastante questionável que se possa fazer arbitramento de danos civis no momento de celebração da leniência já que o acordo precede a instrução e, por óbvio, a decisão administrativa final que aponta se há ou não danos e qual sua extensão.

10 MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015. p. 522.

#### 4 PANORAMA DAS FALHAS DO REGIME JURÍDICO LEGAL

No regime jurídico em exame, como se viu, notam-se muitas falhas e lacunas que, em última instância, afetam a previsibilidade, a segurança jurídica e, pior, a atratividade do programa de leniência.

A uma, a Lei Anticorrupção ignora o papel das pessoas físicas, ou seja, não há previsão de participação dessas pessoas no acordo – lacuna que, em última instância, acaba por tornar o programa menos atrativo, na medida em que coloca a pessoa física (como o administrador diretamente responsável pela corrupção praticada pela empresa) em situação de alta vulnerabilidade, sobretudo no âmbito penal.

A duas, mesmo para a pessoa jurídica infratora que decide colaborar com o Estado, o regime de leniência não garante uma imunização ampla em relação a todas as sanções previstas na Lei Anticorrupção. Conquanto celebre o acordo e o cumpra integralmente, nenhuma mitigação atingirá grande parte das sanções civis (previstas no art. 19).<sup>11</sup> Além disso, a Lei não trata de possibilidade de arbitramento de danos no acordo, ainda que, na prática, alguns acordos tenham previsto cláusulas a respeito do perdimento de bens e do pagamento de indenizações.

A três, a lei falha ao não prever um sistema diferenciado de benefícios conforme o momento de celebração da leniência<sup>12</sup> – diferentemente do

11 As sanções civis, dependentes de condução de ação civil pública ajuizada pela entidade lesada ou pelo Ministério Público, consistem em reparação do dano; perdimento de bens e valores; suspensão de atividades econômicas; dissolução da pessoa jurídica (apenas nos casos listados na lei); proibição de incentivos, doações, empréstimos públicos etc. No processo judicial, também poderão ser aplicadas as duas sanções administrativas previstas na Lei, caso a entidade pública competente para punir o infrator não tenha agido.

12 Por um *critério temporal*, o acordo de leniência pode ser prévio ao processo administrativo, concomitante ou secundário. A modalidade *prévia* designa o acordo celebrado antes que o Poder Público tenha conhecimento da infração administrativa. Previamente à abertura do processo ou de seus procedimentos preparatórios, um dos infratores busca a cooperação e celebra a leniência que então dará origem ao processo sancionador. Por gerar elevado benefício ao Estado e representar uma colaboração “mais” espontânea, esse tipo de leniência resulta, em muitos ordenamentos, em maiores benefícios ao colaborador. Quando a leniência é firmada ao longo do processo, fala-se então de um acordo *concomitante*. O infrator já se encontra na posição de acusado e, para mitigar as sanções que lhe podem atingir, recorre à cooperação pela via da leniência. Nesta hipótese, como o Estado já dispõe de informações básicas de autoria e materialidade, a leniência “vale menos”, gera menores benefícios ao colaborador. Daí se entende que, ao diferenciar os benefícios da leniência concomitante em relação à modalidade prévia, o legislador promove uma “corrida pela leniência”, aumenta o clima de desconfiança entre os infratores e desestabiliza as relações entre eles. Apesar dessa vantagem, a Lei Anticorrupção brasileira ignorou a distinção e não registrou a obrigatoriedade de se concederem benefícios diferenciados conforme o momento da leniência. Referida lacuna tenderá a desestimular os acordos prévios, levando o infrator a esperar a abertura do processo administrativo para avaliar a utilidade da colaboração. Além da leniência prévia e da concomitante, é possível falar de uma *leniência secundária* ou tardia. Trata-se de um acordo igualmente concomitante ao processo, mas que é celebrado após uma primeira leniência no mesmo processo administrativo. Em alguns ordenamentos, a leniência secundária é vedada por força da regra *first come, first serve*, a qual foi igualmente consagrada na Lei Anticorrupção. Por conseguinte, somente o primeiro que se qualificar para colaborar estará autorizado a celebrar o acordo. Em outros modelos, aceita-se a leniência secundária ou tardia, mas se conferem menores vantagens ao colaborador, criando-se um sistema de benefícios em cascata pelo qual a quantidade de vantagens ao colaborador se reduz conforme a quantidade de leniências

programa construído no âmbito do direito da concorrência, que diferencia a leniência prévia, a leniência concomitante e a leniência *plus*, cada qual com benefícios distintos, de modo a estimular o infrator a cooperar com o Estado o mais rápido possível e a despeito de se ter conhecimento da infração.

A quatro, a lei não garante um percentual mínimo de redução da administrativa ao infrator colaborador, nem prevê o importante benefício da menor multa. Isso significa que, se o acordo não for bem negociado, o colaborador poderá receber benefícios insignificantes ou uma sanção superior à imposta a infratores que não colaboraram com a instrução processual. Enfim, a cinco, a lei em debate não traz normas sobre cooperação interadministrativa e interorgânica para articular os diversos órgãos envolvidos na política de combate à corrupção.

## 5 TENTATIVAS DE APRIMORAMENTO DO REGIME: MP 703

Em certa medida, por conta das várias falhas e lacunas do regime jurídico da leniência na Lei Anticorrupção – problemas que comprovam a ignorância do legislador em relação aos avanços e estudos que já existiam na época a respeito da leniência concorrencial – buscou-se modificar o regime jurídico descrito por meio de uma Medida Provisória, igualmente mal debatida e preparada. Apesar de ter perdido vigência por falta de conversão em lei no prazo constitucional, a MP nº 703, de 18 de dezembro de 2015 modificou brevemente inúmeros dispositivos da Lei Anticorrupção e, para o regime da leniência, de modo especial, trouxera as significativas mudanças ao art. 16.

Em primeiro lugar, a MP tentou extirpar a regra do *first come, first serve* (art. 16, §1º, I), de acordo com a qual somente uma pessoa jurídica está autorizada a celebrar o acordo em cada processo administrativo. Para garantir a celebração, a pessoa jurídica necessita ser a primeira a se qualificar perante a Administração. Ao afastar essa regra, a MP buscava impedir o efeito de bloqueio que uma leniência gerava para outros infratores interessados. Isso tornaria possível celebrar múltiplas leniências no mesmo processo. Se aprovada, essa nova sistemática quebraria o estímulo à “corrida pela leniência” e esvaziaria o próprio sentido do processo punitivo.

Em segundo lugar, ao possibilitar múltiplas leniências, a MP teve que necessariamente alterar o sistema de benefícios e isso ocorrerá pela

---

umenta. Existe ainda um terceiro modelo, referente à leniência *plus*, adotado no âmbito do direito concorrencial brasileiro, mas sem previsão na política de combate à corrupção. Aqui, a leniência secundária poderá ser celebrada em um processo que já conta com um colaborador, mas desde que o segundo colaborador apoie as atividades de instrução neste primeiro processo e, adicionalmente, traga informações sobre uma nova infração desconhecida pela Administração Pública. A leniência *plus* pode ser chamada de leniência *dúplice*, uma vez que congrega uma leniência concomitante no processo em curso e uma leniência prévia para a nova infração confessada.

diferenciação das vantagens dadas ao primeiro infrator-colaborador (maiores) e aquelas conferidas aos subseqüentes (menores). A diferenciação, hoje revogada, tentava salvar um pouco do efeito da “corrida” pelo acordo, já que o primeiro receberia mais prêmios que os colaboradores tardios.

Em terceiro lugar, também de modo a facilitar a posição do infrator interessado no acordo, a MP retirava da lei a necessidade de confissão do ato de corrupção (art. 16, §1º, II). Isso colocava o colaborador em situação mais confortável e reduzia sua vulnerabilidade, ou melhor, os riscos de punição e de responsabilização em outras esferas – fator que, em última instância, tornava o programa de leniência muito mais atrativo. Na prática, porém, a confissão é essencial e constitui requisito lógico da leniência. Afinal, é o fato de o colaborador ser ele mesmo um dos infratores que lhe dá legitimidade para atuar ao lado do Estado como um fornecedor confiável de provas.

Em quarto lugar, a MP ampliou de modo extremamente significativo as vantagens decorrentes do cumprimento do acordo,<sup>13</sup> por exemplo, ao beneficiar o infrator-colaborador contra sanções na esfera licitatória, inclusive as de caráter pecuniário, e por permitir que o acordo tratasse da reparação de danos, inclusive mediante técnicas de amortização que levassem em conta a “capacidade econômica do agente”.<sup>14</sup>

Em quinto lugar, também no sentido de incrementar os benefícios do acordo, tornando-o mais atrativo e menos arriscado aos colaboradores, a MP ainda previu que sua celebração impediria ações de improbidade, ações civis em geral e a ação para aplicação das sanções civis por corrupção (art. 19 da lei), desde que o acordo fosse firmado com a participação da Advocacia Pública ou do Ministério Público.

Em sexto, a MP determinou que os documentos fornecidos pelo colaborador ao Estado fossem devolvidos em caso de proposta de leniência frustrada (art. 17-B), suprimindo assim uma lacuna da redação originária da

---

13 Para se constatar essa ampliação, basta verificar a redação que o art. 16, §2º havia assumido por conta da MP nº 703: “§2º O acordo de leniência celebrado pela autoridade administrativa: (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015): I – isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do caput do art. 6º e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas que tratam de licitações e contratos; (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015); II – poderá reduzir a multa prevista no inciso I do caput do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo; e (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015); III – no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a redução poderá chegar até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo.” (Incluído pela Medida provisória nº 703, de 2015).

14 Isso se vislumbrava na redação modificada do art. 16, §4º: “O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo administrativo e quando estipular a obrigatoriedade de reparação do dano poderá conter cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica.” (Redação dada pela Medida provisória nº 703, de 2015, mas não convertida).

lei. Na prática, esse problema foi resolvido por normas infralegais, como a Portaria Conjunta CGU/AGU nº 04/2019, cujo art. 8º, parágrafo único, hoje prevê que “a desistência da proposta de acordo de leniência ou sua rejeição: I – não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado pela pessoa jurídica; II – implicará a devolução, sem retenção de cópias, dos documentos apresentados, sendo vedado o uso desses ou de outras informações obtidas durante a negociação para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública tiver conhecimento deles por outros meios; e III – não acarretará sua divulgação, ressalvado o disposto no art. 4º desta Portaria”.

A MP caminhou bem em certos aspectos, mas realmente parece ter exagerado na ampliação dos benefícios e, pior, sem que ainda houvesse na doutrina e no âmbito dos órgãos competentes uma reflexão madura e aprofundada a respeito das deficiências do modelo de leniência da lei. Outro fator que a prejudicou, por natural, foi o momento político e social de sua edição e igualmente o fato de não ter sido capaz de resolver todas as falhas da disciplina jurídica da leniência para atos de corrupção.

## 6 REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL: AVANÇOS?

No âmbito da União, antes e após a esperada perda de vigência da MP nº 703, foram editados alguns diplomas de natureza administrativa com o objetivo de detalhar os procedimentos e o funcionamento do programa de leniência. Essas normas se encontram no Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção, na Portaria CGU nº 901/2015 e, posteriormente, na Portaria nº 2.278/2016, que acabou por revogar os arts. 27 a 37 da Portaria anterior referentes ao tema em debate. Mais tarde, a Portaria nº 2.278/2016 foi substituída pela Portaria Conjunta nº 04/2019.

O exame sistemático desses vários diplomas normativos de caráter administrativo revela que o Poder Executivo, ao detalhar o assunto, também intentou superar inúmeras falhas e lacunas materiais e procedimentais constantes da legislação e inovou em muitos aspectos – em alguns casos, inclusive, de modo a extrapolar os limites constitucionais do poder regulamentar. Entre os avanços mais marcantes da abrangente disciplina infralegal, é imprescindível destacar:

*A relativização da regra do “first come, first serve”. De acordo com o art. 30 do Decreto nº 8.420, “a pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: I – ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quanto tal circunstância for relevante”. O trecho final dá a entender que, a critério da autoridade pública, em*

juízo de conveniência e oportunidade, será lícito celebrar várias leniências no mesmo processo administrativo. Da forma como posta, a norma autorizativa viola inequivocamente o texto legal, que permite uma única leniência para pessoas jurídicas em cada processo administrativo de responsabilização. Além de inconstitucional, por exorbitar o poder de regulamentação previsto no art. 84, IV, da Constituição da República, a norma poderá cancelar violações ao princípio da impessoalidade e ao princípio da moralidade, uma vez que não prevê critérios transparentes para a aceitação de leniências adicionais, diferentemente do que se vislumbra na legislação concorrencial a respeito da leniência *plus*.<sup>15</sup>

*A definição de um prazo máximo de propositura do acordo.* Nos termos do art. 30, §2º, do Decreto nº 8.420/2015, a proposta do acordo poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR. Em outras palavras, a leniência torna-se impossível após a conclusão da instrução. Essa norma se acopla perfeitamente ao espírito do acordo de cooperação instrutória. Se a instrução já se encerrou, não há mais espaço para colaboração, nem utilidade potencial para um acordo. Faça-se apenas uma ressalva. Se o órgão julgador determinar a reabertura de instrução, há que se reabrir, por automático, o prazo para propostas de leniência. Enquanto houver instrução, haverá possibilidade de colaboração.

*A composição do órgão de negociação do acordo de leniência.* Uma forma importante de se garantir a estabilidade e a durabilidade do acordo consiste na articulação dos inúmeros interesses e órgãos estatais envolvidos na persecução do ilícito. Atento a isso, o art. 5º da Portaria Conjunta nº 04/2019, de modo a superar uma lacuna da lei, previu o seguinte: “Uma vez assinado o Memorando de Entendimentos, o Secretário de Combate à Corrupção da CGU: I - designará, mediante despacho, comissão responsável pela condução da negociação do acordo, composta por, no mínimo: a) dois membros da carreira de Finanças e Controle em exercício na CGU; e b) um membro da AGU indicado pelo DPP”. Essa norma tem caráter autolimitativo, mas não se mostra inconstitucional, pois a lei não estabeleceu regras de composição da Comissão,

15 A respeito da leniência *plus* no direito concorrencial, cf. MARRARA, Thiago. *Sistema brasileiro de defesa da concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 373.

de modo que se afigura perfeitamente lícito e recomendável que se busque a articulação interadministrativa para se chegar a um acordo mais satisfatório. Da maneira como o assunto foi disciplinado, a participação da AGU se tornou obrigatória. Além disso, os membros da AGU têm a função específica de “avaliar a vantajosidade e a procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais” (art. 7º, §4º). Distinta é a situação de membros da comissão de negociação provenientes dos entes lesados. Nos termos do art. 54º, § 1º parágrafo único, da Portaria Conjunta: O Secretário de Combate à Corrupção da CGU “poderá solicitar a indicação de servidor ou empregado do órgão ou entidade lesada *para prestar informação para participar das reuniões da comissão responsável pela condução das negociações*” (g.n.). Aqui, a solicitação da participação é discricionária e o membro externo, aparentemente, não detém qualquer poder decisório, senão mero direito de voz e dever de colaboração.

*A definição do prazo de negociação.* Superando uma lacuna da lei, o art. 32 do Decreto prescreve que a negociação da leniência seja concluída no prazo prorrogável de 180 dias, que devem ser contados entre a data de apresentação do memorando conjunto de entendimentos e a celebração do acordo. O decreto não prevê, contudo, um limite às prorrogações.

*A forma de proposta final do acordo.* Prescreve o art. 31, *caput* do Decreto nº 8.420/2015, que a leniência será proposta de modo oral ou escrito. A proposta formalizada, porém, será objeto de memorando conjunto de entendimentos que defina seus parâmetros, nos termos do art. 31, §2º. A partir desse memorando é que se iniciam as negociações. Todavia, o encaminhamento do memorando não impede a desistência da proposta a qualquer momento antes da assinatura, conforme garante o art. 34 do referido ato normativo.

*A estipulação de procedimentos em caso de desistência ou rejeição.* De modo a solucionar uma lacuna da lei, o Decreto nº 8.420 previu o seguinte: “caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles

independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência” (art. 35). A Portaria Conjunta CGU/AGU nº 04/2019 foi ainda mais detalhada ao prever que: “A desistência da proposta de acordo de leniência ou sua rejeição: I – não importará em reconhecimento da prática do ato lesivo investigado pela pessoa; jurídica; II – implicará a devolução, sem retenção de cópias, dos documentos apresentados, sendo vedado o uso desses ou de outras informações obtidas durante a negociação para fins de responsabilização, exceto quando a Administração Pública tiver conhecimento deles por outros meios; e III – não acarretará na sua divulgação, ressalvado o disposto no art. 4º desta Portaria” (art. 8º, parágrafo único).

*A previsão da celebração conjunta entre CGU e AGU.* Em favor da articulação interadministrativa, a Portaria Conjunta nº 04 não apenas torna a participação dos membros da AGU obrigatória na negociação, como também partilha com ela a competência da CGU para celebração do acordo. Nesse sentido, dispõe o art. 9º, parágrafo único, que “a decisão sobre a celebração do acordo de leniência caberá ao Ministro de Estado da CGU e ao Advogado Geral da União”. Aqui, obviamente, a Portaria extrapolou os termos da lei, que prevê competência exclusiva de celebração em favor da CGU. Entretanto, se bem analisada, verifica-se que a norma infralegal cria apenas uma forma de autolimitação de um órgão da Administração Direta em favor de outro no sentido de dar mais eficiência ao acordo. Lida dessa forma, a celebração conjunta não parece representar uma violação aos termos da lei, mas sim um aprimoramento procedimental relevante à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública.

*A ampliação dos requisitos de celebração.* Realmente questionável é a norma infralegal que estende o rol de requisitos para a celebração da leniência previstos no art. 16, §1º, da Lei Anticorrupção. Além dos requisitos legais (confissão, disponibilidade de cooperação, cessação da prática e primariedade na cooperação), o art. 7º, inciso V, alínea “c” da Portaria Conjunta nº 04/2019 prevê a necessidade de aplicação, aperfeiçoamento ou adoção de programas de integridade, e o inciso VI se refere a “negociar os valores a serem ressarcidos, preservando-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado”. O art. 7º, na mesma linha, afirma que o relatório final da comissão de negociação deverá tratar, entre outras coisas, do

“compromisso de compliance” e da reparação do dano, além de cuidar da quantificação da multa, “se for o caso”. Ora, não há dúvidas de que a imposição desses requisitos adicionais exorbita o poder regulamentar, fere a Lei Anticorrupção e a regra da livre negociação que deveria pautar o programa de leniência. Não está no escopo da Lei Anticorrupção tratar da reparação de danos, cabendo a cada ente lesado as providências para tanto. Nesse sentido, o máximo que se poderia aceitar na negociação seria uma reparação dos danos sofridos pela entidade federal lesada e já evidentes, nada mais que isso. A não aceitação da reparação na esfera administrativa pelo colaborador, ademais, jamais poderá ser tomada como motivo para afastar a celebração do acordo. É direito seu querer discutir a reparação em outras esferas e não no campo do acordo. A adoção de programas de integridade, de outra parte, também é uma decisão da pessoa jurídica e não é exigível como requisito de celebração, já que não consta da lei e não se mostra essencial ao funcionamento do acordo. Além de não guardar relação lógica com o acordo em si e a infração sob apuração, a exigência de programa de integridade gera elevados custos para a pessoa jurídica, razão pela qual deve permanecer sob sua esfera de decisão, sobretudo diante da falta de norma legal que a obrigue a adotá-lo como requisito para participar do programa de leniência.

*A extensão da competência processual da CGU.* Nos termos do art. 38 do Decreto nº 8.420/2015, a CGU poderá conduzir e julgar os processos administrativos que apurem infrações de corrupção e em outras normas de licitações e contratos, “*cujos fatos tenham sido notificados por meio do acordo de leniência*”. Essa norma, em verdade, inova o ordenamento jurídico e parece violar o art. 8º, *caput* e §2º, bem como o art. 9 da Lei Anticorrupção. Esses dispositivos respectivamente: (a) preveem a competência da entidade lesada para condução do PAR; (b) reconhecem competência concorrente da CGU para instaurar o PAR apenas no âmbito do Poder Executivo federal ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta lei, somente para exame de sua regularidade ou para lhes corrigir o andamento e (c) conferem competência exclusiva à CGU para conduzir processos relativos a ilícitos praticados contra a administração pública estrangeira. É de duvidosa constitucionalidade a norma infralegal que, no intuito de regulamentar, retira a competência das entidades lesadas para

conduzir o PAR, nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei Anticorrupção, ainda que ele tenha se iniciado em razão de provas ofertadas pelo infrator colaborador no programa de leniência.

*A extensão dos benefícios.* A Portaria Conjunta nº 04, não bastasse ter estendido indevidamente os requisitos do programa de leniência, também ampliou sem respaldo na lei os benefícios gerados pelo cumprimento do programa. Nos termos de seu art. 12, “A celebração do acordo de leniência poderá: I - isentar a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 da Lei nº 12.846, de 2013; II - reduzir em até dois terços, nos termos do acordo, o valor da multa aplicável, prevista no inciso I do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013; e III - isentar ou atenuar, nos termos do acordo, as sanções administrativas ou cíveis aplicáveis ao caso”. Ora, nesse dispositivo final, a Portaria, sem base na lei, permite que a comissão de negociação, a seu critério exclusivo, ofereça benefícios para determinados colaboradores que não tenham qualquer fundamento legal e deixe de ofertá-los a outros. A norma é exorbitante do poder regulamentar, além de violar os princípios da impessoalidade e da moralidade.

*O estímulo à articulação administrativa.* Além da salutar previsão de colaboração com a AGU, o art. 50 do Decreto nº 8.420/2015, prevê que “os órgãos e as entidades da administração pública, no exercício de suas competências regulatórias, disporão sobre os efeitos da Lei nº 12.846/2013, no âmbito das atividades reguladas, inclusive no caso de proposta e celebração de acordo de leniência”. Com isso, o Poder Executivo pretendeu estimular o respeito ao acordo de colaboração e reduzir os riscos a que se submete o infrator colaborador diante do poder persecutório (de polícia) de outras entidades da Administração Pública, sobretudo as agências reguladoras. Todavia, acredita-se que a norma em questão terá efetividade limitada, dada sua abertura mandamental e a falta de respaldo mais objetivo na Lei Anticorrupção.

## **7 CONCLUSÃO: PONTOS DE ESTRANGULAMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

A complexidade e a multiplicação das infrações administrativas quotidianas, as dificuldades e os custos relativos à execução dos poderes de fiscalização e de instrução pelo Estado, a necessidade

de se concretizar interesses públicos primários (como o combate à corrupção, a proteção da concorrência etc.) e o desejo popular por uma máquina administrativa mais eficiente e por um ordenamento jurídico socialmente efetivo são algumas das razões a justificar a construção de uma cultura utilitarista de cooperação, diálogo ou consensualização no âmbito do poder sancionador estatal. São esses os fundamentos, por conseguinte, para a inserção, no Brasil, de diversos programas de leniência, como o previsto na Lei Anticorrupção.

Ocorre, porém, que o regime legal do programa de leniência para infrações de corrupção contém inúmeras falhas e lacunas. Ao longo do presente artigo, buscou-se demonstrar esses problemas, passando-se pela discussão da falta de benefícios a pessoas físicas, da ausência de previsão clara dos benefícios mínimos às pessoas jurídicas, da lacuna quanto a benefícios penais e reparação civil, da inexistência da garantia da menor sanção, da reduzida disciplina acerca da importante articulação entre os órgãos públicos envolvidos na política de combate a corrupção.

Em certa medida, a despeito da não conversão da MP 703 em lei, o próprio Poder Executivo buscou lidar com esses problemas por meio de soluções previstas no Decreto Regulamentar e em Portarias Específicas. Contudo, nem todas as questões polêmicas foram resolvidas a contento, seja porque as inovações normativas violam o texto legal, seja porque não se harmonizam bem com os princípios constitucionais regentes da Administração Pública ou com as características básicas de um programa de leniência.

É preciso, assim, que prossigam os debates acerca do aprimoramento da legislação brasileira. Sem isso, os pressupostos para o sucesso do programa de leniência não serão alcançados e, em última instância, colocar-se-á em risco a utilidade desse importante instrumento de consensualização da Administração Pública brasileira no combate a um dos maiores males do país: a corrupção incessante.

Como já sustentei alhures,<sup>16</sup> esses pressupostos essenciais ao bom funcionamento de qualquer leniência consistem basicamente em: (i) garantir a transparência e a previsibilidade dos deveres e riscos envolvidos e do pacote de benefícios nas mais diversas esferas de responsabilidade; (ii) conferir credibilidade ao programa, gerada, entre outras coisas, pelo profissionalismo dos agentes e órgãos públicos envolvidos, pela boa-fé e proteção da confiança, pelo respeito contínuo aos procedimentos preparatórios e às cláusulas acordadas, bem como pela punição precisa

16 MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 339-341.

diante de descumprimento; e (iii) oferecer benefícios efetivos ao infrator colaborador, de sorte a compensá-lo pelos riscos da cooperação instrutória.<sup>17</sup>

## REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: RT, 2014. v. 5.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Org.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015.

STETNER, Renato Parreira. Artigos 35-B e 35-C. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

---

17 Nesse sentido, cf. também STETNER, Renato Parreira. Artigos 35-B e 35-C. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos: comentários à Lei n. 8.884/94 e estudos doutrinários*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 313.