

**A NATUREZA DA CONTRIBUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NA
APURAÇÃO DAS INFRAÇÕES PREVISTAS NA LEI
ANTICORRUPÇÃO**

**THE NATURE OF CONTRIBUTION OF LEGAL ENTITY IN THE
VIOLATION INVESTIGATION DESCRIBED IN ANTI-CORRUPTION
LAW**

FERNANDO MARTINS MARIA SOBRINHO

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade Positivo. Pós Graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Professor de Direito Penal no Curso Jurídico. Advogado. Membro da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/PR. Membro do Conselho Editorial de periódicos especializados nacionais. Coordenador do periódico nacional (Informativo Virtual CAI) da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro da Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas (APACRIMI). Membro do grupo de pesquisa "Direito Penal Econômico: repercussões da sociologia contemporânea" coordenado pelo Professor Doutor Fábio André Guaragni.

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Promotor de Justiça. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1992), graduação em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Paraná (1991), Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e Doutorado em Direito das Relações Sociais, com ênfase em Direito Penal, pela Universidade Federal do Paraná (2002). Realizou estágio Pós-Doutoral na Università degli Studi di Milano (2012). Professor titular do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, professor da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP, Escola da Magistratura Federal do

Paraná - ESMAFE e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR.

RESUMO

O art. 7º, VII, Lei Anticorrupção, prevê a contribuição da pessoa jurídica na apuração da infração como circunstância de obrigatória consideração judicial na dosagem das sanções administrativas. A partir da configuração desta contribuição como um ônus – não um dever –, afirma-se a ausência de qualquer violação ao princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere* (vedação da autoincriminação forçada) e a natureza premial da regra infraconstitucional, afirmando-se sua compatibilidade com a Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticorrupção; ônus; dever; constitucionalidade; confissão espontânea.

ABSTRACT

The article 7, VII, Anti-Corruption Law, expresses the corporate contribution in the violation investigation as a circumstance of mandatory judicial consideration in the measurement of administrative sanctions. From the configuration of this contribution as a burden – not an obligation –, there is the absence of any violation of the constitutional principle of *nemo tenetur if detegere* (prohibition of forced self-incrimination) and the nature of infra rule, asserting its compatibility with the Constitution.

KEYWORDS: Anti-Corruption Law; burden; obligation; constitutionality; spontaneous confession.

INTRODUÇÃO: A INFLUÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES CONVECIONAIS INTERNACIONAIS NA POLÍTICA LEGISLATIVA TRAÇADA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Toda sociedade tem como meta a paz geral dos indivíduos que dela fazem parte ou, em modelos sociológicos conflitivistas¹ – apoiados na impossibilidade da obtenção de uma pacificação estabilizadora do tecido social – a redução da conflitividade. Tanto a paz (como meta discursiva, antes de tudo), como a redução da conflitividade, repousam sob o manto da confiança mútua entre os membros do tecido social. A corrupção, quando atinge o Estado, acaba por tocar o fundamento de sua existência, ameaçando essa confiança necessária. (CUÉLLAR; PINHO, 2014, p. 12)

Em agosto de 2013, a Presidência da República sancionou e publicou a Lei 12.846, tangente à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, atendendo parcialmente as obrigações assumidas no panorama internacional pela República Federativa do Brasil.

Compõem este panorama:

a) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral em de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em dezembro de 2003². Foi internalizada pelo Decreto Legislativo 348/2005, ratificada e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687, agregando-se ao direito pátrio a partir de janeiro de 2006;

b) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de março de 1996, marco inicial das obrigações internacionais brasileiras no combate à corrupção. Passou a constituir o ordenamento brasileiro quando ratificada e promulgada pelo Decreto 4.410 da Presidência da República, em outubro de 2002. Conforme expressa seu artigo II, constituem seus propósitos:

1. Promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e
2. Promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

c) a Convenção da OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento), de maio de 1997, voltada ao “Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”. Nesta Convenção, ratificada e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678, de novembro

de 2000, fez-se evidente alusão à indispensabilidade da adoção de providências repressivas contra pessoa jurídica que corrompa funcionários de administrações públicas estrangeiras, quando sediada no país signatário. De acordo com seu artigo 2º:

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

O artigo seguinte expressa:

Artigo 3. Sanções. 2. Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.

Assim, as providências expressas no artigo 2º em face do ente coletivo, *a priori*, devem ocorrer no âmbito criminal, tanto quanto as sanções a que se refere o art. 3º.

Corroborar-se a ideia de que, no panorama penal internacional, encontra-se o imperativo de proteção a bens jurídicos individuais, estatais – desde que úteis ao indivíduo – e supra-individuais – individuais homogêneos, coletivos e difusos, como o meio ambiente, a organização do trabalho, as relações de consumo – não só contra o Estado, mas através dele, contra a investida de terceiros, dentre os quais avultam os entes coletivos.

De acordo com os ensinamentos de STRECK (2009, p. 65), esse imperativo de proteção é corolário de um princípio de proporcionalidade concebido com dupla feição: a) como entrave ao excesso ou arbítrio por parte do Estado ao invadir liberdades públicas do cidadão arguido, quando de reações penais; b) como entrave de proteção deficiente de bens jurídicos de vítimas, por parte do mesmo Estado, no sentido de adotar medidas para assegurar a fruição dos direitos fundamentais, não se omitindo na preservação de vítimas em face de agressões originadas não só de agentes de estado, mas também de particulares, inclusive pessoas jurídicas de direito privado. (SARLET, 2012, p. 190)

Ressalta-se que, com a elaboração de dois novos tipos penais, o Brasil satisfaz o dever de criminalização das condutas objeto da Convenção em tela mediante reforma precisa do Código Penal. Os dispositivos legais 337-B, 337-C e 337-D foram integrados ao diploma legal pela Lei 10.467/02. O último, enquanto norma definidora, conceituou o funcionário público estrangeiro, assistindo a norma penal incriminadora ao torna-la certa, atendendo ao princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.³

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional.

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional.

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

Comparada a primeira metade do século XX com o seu final, a configuração do crime de corrupção mudou. Antes era um ônus do agente privado que objetivava a atuação em setor econômico com intervenção estatal: se quisesse participar do jogo, para entrar nele e se manter, tinha que subornar o *intraneus*. Já no final do século, o agente privado, ao invés de perder parte de seu ganho, pagando-o como propina para poder participar do setor comercial controlado pelo Estado, passou a ganhar com a corrupção mais do que ganharia sem ela. Com a propina, o corruptor passa a abrir portas para superfaturamentos de transações com o Estado e dilatações contratuais nocivas ao erário. Neste sentido, a corrupção, antes de clivada no funcionário corrupto, inclina-se ao protagonismo do agente corruptor. Esta visão é compartilhada com ADÁN NIETO MARTÍN (2013, p. 192), para quem a corrupção “está passando a ser ‘coisa de dois’”, sobretudo pela percepção de que, para além da administração pública, a ordem econômica é ofendida nos atos de corrupção de agentes públicos e, inclusive, entre particulares.

Neste sentido, NIETO (2013, p. 194-195) aponta: a) uma consequência macroeconômica lesiva à livre concorrência, derivada das vantagens concorrenciais

obtidas pelo agente que suborna junto ao órgão estatal a que pertence o funcionário corrompido, inacessíveis para o concorrente do corruptor que não se vale da propina;

b) duas consequências microeconômicas: uma para o acionista da empresa corruptora, que tem seu dinheiro aplicado em prática desonesta de risco e a evidência de que a empresa em que investe move recursos financeiros não registrados e, pois, desvinculados de princípios de transparência e informação ao investidor; outra para o órgão de estado a que pertence o corrupto (ou para a empresa a que pertence, em casos de corrupção privada), pois é este órgão, com os seus recursos orçamentários, quem arca – ao final – com o montante da propina (que retorna ao corruptor através do contrato obtido, mais vantajoso para si do que aquele obtido mediante disputa em condições honestas, servindo como exemplos os casos de superfaturamento de obras públicas).

Desta forma, o corpo estatal é acuado por ataques corporativos com o intuito de obtenção de licenças indevidas e licitações dirigidas, inseridos em um cenário em que, conforme lecionam BAIGUN e BISCAY (2006, p. 16), o crime é “componente necessário no desenvolvimento das práticas negociais, abrindo oportunidades agregadas”, cumprindo a corrupção “uma função indispensável para a consecução dos objetivos de grandes grupos econômicos”.

A compreensão desta alteração do protagonismo da corrupção, deslocando-se do funcionário corrupto em direção ao agente corruptor, vincula-se à preeminência da atividade empresária corporativa em detrimento do poder estatal. Houve, sobretudo a partir dos anos 90, uma substituição de agências de poder: declina o Estado, ao passo em que emergem as grandes corporações industriais, comerciais e financeiras (estas, com vantagem, à vista da instalação de um multicitado capitalismo financeiro). A última globalização⁴ é um marco deste fenômeno. Implicou na multiplicação de centros de poder, colocando em voga as empresas transnacionais. MARIO MONTE (2001, p. 17) destaca que algumas empresas possuem uma gama tão ampla de poder que seu PIB (produto interno bruto) passa a ser superior ao de muitos Estados; poder este insolitamente distribuído com organizações internacionais.

Enfim, no cenário atual, o Estado recua, como agência de poder, e o ambiente por ele deixado é preenchido pelas corporações prestadoras de serviços e produtoras de bens de consumo. É essa a visão de PUREZA (2002, p. 240), ao assinalar o acréscimo do poder corporativo, fruto da globalização econômica, a partir de uma

avalanche cultural que corrobora a prevalência do princípio do mercado em detrimento do princípio do Estado, a subordinação dos interesses do trabalho aos interesses do capital, o protagonismo incondicional das empresas transnacionais e o declínio dos Estados nacionais.

Este quadro, naturalmente, compromete os poderes tradicionais do Estado, inclusive o punitivo – *potestas puniendi*. O êxito do poder punitivo estatal é atingido pela fragilidade do poder de regulação estatal, pelo desenvolvimento da tecnologia da informação, pela derrubada das fronteiras, e pela simplicidade de deslocamentos de pessoas e mercadorias. Todos estes retalhos da economia se atrelam pela ideia forte de desterritorialização, com o conseqüente descontrolo estatal. Afinal, o Estado opera como agência de poder territorial, ao passo que a criminalidade habitualmente praticada no seio da atividade empresarial e, portanto, no universo das trocas econômicas, afeta bens jurídicos supra-individuais de maneira supraterritorial. Desta forma, resta primordial constituir um novo modelo persecutório de tais delitos.

A respeito da desterritorialização do poder, GHÉHENNO (1994, p. 30) expressa que:

Agora o Estado-nação, querendo combinar numa moldura única as dimensões política, cultural, econômica e militar do poder, torna-se prisioneiro de uma concepção espacial do poder (...). O espaço não sendo mais critério pertinente, será que a política sobreviverá a esta revolução? Desde sua origem, desde a cidade grega, ela é a arte de governar uma coletividade de homens definidos pelo fato de serem enraizados num lugar, numa cidade (polis), numa nação. Se a solidariedade não se deixa mais limitar pela geografia, se não há mais cidade, se não há mais nação, pode ainda haver política?

A resposta de GHÉHENNO é incisiva e imediata no sentido de que o desaparecimento da nação culmina na morte da política. Os crimes contra a administração pública também sofrem implicações oriundas deste quadro, tornando-a mais devassável, até mesmo reprimida pelo poder corporativo, restando o Estado adoecido e debilitado. Neste panorama, apresenta-se como desenlace natural a passagem do papel de protagonista da corrupção do corrupto para o corruptor.

A Convenção Interamericana de 1996 mostrou-se acanhada ao classificar o ente coletivo privado como protagonista de atos corruptores, com a exceção de seu artigo VII⁵. Posteriormente, deram-se mudanças. Tanto a Convenção da OCDE, como a da ONU, com perfeito discernimento do fenômeno criminológico que tomam por objeto, elegeram por meio de vários dispositivos o ente coletivo como centro de

ocorrência de atos corruptores e, por conseguinte, alvo primordial das políticas anticorrupção que pretendem capitanear.

Ao passo em que mudou a percepção do protagonismo da corrupção no plano legislativo internacional, o mesmo vem ocorrendo no plano normativo nacional. A legislação brasileira relativa à improbidade administrativa, Lei 8.429/92, combate atos funcionais de corrupção – dentre outros – focada sobremaneira no *intraneus*. Já a Lei 12.846/13, objeto deste texto, claramente guia-se por um aumento da percepção do ente coletivo enquanto figura protagonista de iniciativas lesivas aos interesses voltados à preservação de uma administração pública imaculada. O foco, assim, transfere-se ao corruptor.

É neste novo universo de percepção acerca da corrupção, com enfoque inclinado sobre o agente corruptor e a percepção de que o crime ofende, além da administração pública, inúmeros aspectos da ordem econômica, que se transferem ao ente coletivo empresarial responsabilidades voltadas a contê-la.

Neste passo, a Lei Anticorrupção instituiu, no art. 16, acordos de leniência entre a pessoa jurídica em cujo bojo deu-se o ato de corrupção e o órgão da pessoa jurídica de direito público atingida. No mesmo sentido, enumerou – dentre as circunstâncias judiciais de dosagem do montante das sanções administrativas graduáveis que prevê nos arts. 6º e 19 - a “cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações” (art. 7º, VII). Sobre esta circunstância judicial concentram-se as considerações que seguem.

1. POSSIBILIDADES DE MINORAÇÃO DAS SANÇÕES RESERVADAS AO ENTE COLETIVO CONTIDAS NA LEI 12.846/2013

Quando se fala em atos de corrupção, automaticamente pensa-se na prática das condutas definidas como crimes previstas nos arts. 333 (corrupção ativa) e 317 (corrupção passiva) do Código Penal. De fato, o Código Penal contém título respectivo aos crimes contra a administração pública. Entretanto, não esgota todos os crimes contra a administração pública, encontráveis na legislação extravagante, avultando os exemplos dos crimes licitatórios, previstos nos art. 89 e ss. da Lei 8.666/93, bem como os crimes de prefeitos – Decreto-Lei 201/67, art. 1º, delineado como tipo múltiplo por acumulação. Muito menos engloba o conjunto de ofensas aos interesses da

administração pública que, sabe-se, transcendem os limites do Direito Penal – e nem deve, à vista da fragmentariedade do direito penal e do princípio reitor da intervenção mínima. (NORONHA, 2012, p. 256)

Note-se: a Lei Anticorrupção 12.846/13 cuida do emprego da expressão “corrupção” em sentido ampliativo, não se cingindo aos crimes contidos nos art. 333 e 317, CP. Basta checar o rol de ilícitos típicos desenhados nos incisos do art. 5º e traçar um paralelo entre eles e os crimes previstos na Lei 8.666/93.

É diante deste rol amplo de atos de corrupção, no sentido terminológico da Lei 12.846/13, que responde o ente coletivo, mediante responsabilidade objetiva civil e administrativa. Avultam deste quadro questões relevantes. Dentre elas, destaca-se a seguinte: diante das sanções previstas na Lei Anticorrupção, que possibilidades de minorá-las a empresa tem em seu favor quando cumpre todos os requisitos-padrão de controle interno (*compliance*) e, mesmo assim, vê-se envolvida num dos atos ilícitos previstos no art. 5º, protagonizado por indivíduo a ela vinculado, devidamente treinado e supervisionado? (BOCKMANN, 2014, p. 34)

As saídas contidas na própria lei anticorrupção podem ser de três ordens, sem qualquer espécie de mútua exclusão. Noutros termos, são soluções cumuláveis.

A primeira delas é a possibilidade de um acordo de leniência, previsto nos artigos 16 e 17 da lei 12.846/2013. Através dessa solução, possibilita-se à pessoa jurídica a que pertença o funcionário por meio do qual se deram atos de corrupção descritos no art. 5º da lei que tome a iniciativa e colabore ativamente para a apuração dos ilícitos. Fazendo-o de modo realmente eficaz, o acordo isentá-la-á “das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável” (art. 16, parágrafo 2º). (BOCKMANN, 2014, p. 34)

Portanto, as pessoas jurídicas precisam se manter atadas aos seus sistemas de controle interno e não devem hesitar em manifestar, de modo inaugural, a colaboração ativa para o acordo de leniência. Não obstante, a disposição tende a ser pouco utilizada, sobretudo porque implica em necessária revelação do envolvimento das pessoas físicas atuantes no ambiente empresarial, para as quais não haverá qualquer espécie de vantagem. Quanto a eles, o acordo servirá como prova desfavorável, inclusive em esfera penal. Quando muito, pode dar-se um “casamento” ou concordância entre o acordo de leniência em relação à pessoa jurídica e as hipóteses processuais penais de incidência de delação premiada, tangentes à pessoa

natural. Ou seja, acordo de leniência e delações premiadas funcionando em paralelo. Repete-se que, sem esse paralelismo, serão raros os acordos de leniência, pela razão simples de que implicarão em revelação de ilícitos realizados pelos empresários. Assim, somente em relação a empregados que não ocupem posição apical (ápice da pirâmide hierárquica empresarial) é que se pode projetar maior incidência dos acordos de leniência.

A segunda e terceira soluções estão apontadas no artigo 7º da Lei Anticorrupção. O dispositivo trata de determinar critérios objetivos para orientar a imposição de sanções, visando à redução da subjetividade quando da escolha e quantificação da resposta punitiva pelo órgão sancionador. Estes critérios, destinados à objetivação da sanção (“serão levadas em consideração”, reza o texto de lei), constituem circunstâncias ora favoráveis, ora desfavoráveis ao ente coletivo corruptor, a serem obrigatoriamente consideradas quando da aplicação das sanções por parte do Judiciário. Compete-lhe definir em concreto a sanção mais correta e sustentável através de um juízo de adequação proporcional. (BERTONCINI; CUSTÓDIO; ABDUCH, 2014, p. 74)

Abra-se aqui um parêntesis. A obtenção de uma sanção proporcional mostra-se problemática em modelos legislativos como o da Lei Anticorrupção, em que há uma falta de previsão legal de correlação direta entre o tipo e a sanção: os tipos foram acumulados no art. 5º; as sanções, espalhadas nos arts. 6º e 19, sem direta vinculação com cada ilícito típico. Assim, o modelo adotado implicou em inegável margem de discricionariedade, ainda que vinculada à necessidade de motivação e parâmetros indicativos de circunstâncias de obrigatória consideração judicial (discricionariedade regrada), em favor do Poder Público Sancionador. Trata-se da discricionariedade que *in genere* acompanha o poder administrativo sancionador mitigada pelo rol de circunstâncias do art. 7º e pelo dever geral de motivação derivado da carta constitucional (art. 93, IX). (FERREIRA, 2001, p. 182)

Logo, a imposição de uma sanção implica, em certa medida, em um juízo de discricionariedade por parte do Administrador Público. Este juízo é juridicamente aceitável, desde que se respeitem os limites prescritos na carta constitucional (sobretudo, o princípio da proporcionalidade, incidente em sua dupla face de vedação de excesso e vedação de proteção deficiente) e, no caso da Lei 12.846/13, as balizas indicadas no art. 7º.

Superado o parêntesis, retomam-se as soluções contidas na Lei 12.846/13, para o questionamento acima proposto. A segunda solução passa pela existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e também de incentivo à denúncia de irregularidades, bem assim pela aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta. A previsão está no artigo 7º inciso VIII. Trata-se do multicitado instituto do *compliance*.⁶ Aqui não se dá a isenção da responsabilidade, mas sim a previsão legislativa de que a adoção de um *compliance program* seja levada em consideração pelo magistrado no momento da aplicação da pena, como circunstância de dosimetria. Caso haja tal sistema, não como mera cartilha *pro forma*, mas efetivamente atuante e idônea a prevenir ilícitos, mesmo que tenha sido falho, ainda assim deverá ser levado em conta quando do julgamento de eventual aplicação de pena.

No mesmo art. 7º, agora através do inciso VII, prevê-se uma terceira mecânica de minoração das sanções reservadas ao ente coletivo previstas na Lei 12.846/13: a “cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações”. Trata-se de instituto premial, que em muito se assemelha ao que dispõe o artigo 65, inciso III, alínea d do Código Penal.

Referido dispositivo penal concerne à atenuante obrigatória da confissão espontânea. A confissão espontânea de autoria do ilícito incide em favor daqueles que, em tese, admitirem a autoria do delito em presença de uma autoridade. A confissão espontânea, quando clareia o fato com todas as suas circunstâncias, desde que coordenada com as demais provas⁷ (o art. 197, CPP, corretamente exclui a condenação criminal com base probatória exclusiva na confissão), qualifica a administração da justiça, por levar à reconhecimento da ocorrência criminosa com máxima verossimilhança. Em troca, réus confessos têm como prêmio a atenuação compulsória da pena, fundamentada duplamente: “premia a hombridade que emerge da confirmação de uma prova eventualmente dúbia e da assunção voluntária de responsabilidade social por parte do condenado” (BUSATO, 2013, P. 906).

Neste sentido, premia-se o contributo do réu em favor da administração da justiça. “De cunho programático, propulsor de atitudes”, lembra REALE JÚNIOR (2004, p. 104), “este preceito, como diz a Exposição de Motivos, procura ser um ‘estímulo à verdade processual, a se consagrar independentemente da autoria ser ignorada ou imputada a outrem’”.

Pois o art. 7º, VII, Lei 12.846/13, contém similar disposição, com a peculiaridade de que se volta ao ente coletivo. A cooperação da pessoa jurídica não aparece como imposição legal, assim como não o é a confissão espontânea prevista para sujeitos ativos de crimes, no Código Penal. Trata-se apenas de premiação em troca de colaboração com a administração da justiça.⁸ (CHEMIM GUIMARÃES, 2014, p. 159)

2. HÁ ALGUMA INCONSTITUCIONALIDADE NA PREVISÃO DA COOPERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA COMO CIRCUNSTÂNCIA DESTINADA À APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI 12.846/13?

Dentre as considerações críticas à Lei Anticorrupção, aponta-se eventual violação do preceito constitucional da não autoincriminação pela regra do art. 7º, VII. (MOREIRA NETO, 2014, p. 20) Noutros termos: a regra que prevê a cooperação do ente coletivo para apurar as infrações como circunstância para dosagem da sanção seria contrária à Constituição, por impor ao ente coletivo a autoincriminação.

Com todo o acato, não é possível concordar com esta crítica e endossar a apontada inconstitucionalidade. Não há qualquer inconstitucionalidade na citada disposição, em nada contrária ao princípio que veda a autoincriminação.

O princípio veda ao Estado impor a obrigação de alguém confessar ilícitos penais – *nemo tenetur se detegere*. Porém, em nenhum momento o princípio veda que alguém *opte* por confessar fato criminoso, seja por motivo de foro interno – inclusive eventual arrependimento – seja por força de benefícios que provenham do corpo normativo, premiando a confissão.

Do mesmo modo deve ser interpretado o art. 7º, VII, Lei 12.846/13. O dispositivo premia a contribuição na apuração dos fatos, enquanto ato voluntário da pessoa jurídica. Para incentivar a pessoa jurídica a auxiliar na apuração do fato, prevê que esta contribuição será considerada na dosagem da sanção. Não há qualquer dever estatuído em lei de que a pessoa jurídica contribua. Logo, ausente na lei uma imposição, não há que se falar em inconstitucionalidade.

Vale, novamente, o paralelo com a atenuante da confissão espontânea. No julgamento do Habeas Corpus 194.189, asseverou-se tal posição afirmando que:

A escolha do réu ao confessar sua conduta demonstra sua abdicação da proteção constitucional para prática de ato contrário ao seu interesse processual e criminal e por isso deve ser devidamente valorado e premiado como demonstração de personalidade voltada à assunção de suas responsabilidades penais.⁹

Da mesma maneira atua o inciso VII do art. 7º da Lei Anticorrupção, na medida em que premia aquela pessoa jurídica que auxilia o judiciário na apuração das infrações investigadas. Não há nenhuma punição, tampouco a obrigação da pessoa jurídica em colaborar com a investigação, mas sim um prêmio para aquele ente coletivo que optar por cooperar na apuração das infrações cometidas por ela.

Imperiosa para o entendimento da constitucionalidade do art. 7º, VII, é a distinção semântica e hermenêutica entre os termos “dever” e “ônus”. Nos ensinamentos de CARNELUTTI (1941, p. 223), dever jurídico seria exatamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem é por ele alcançado, definido pelo ordenamento jurídico. Isto é, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, pena de uma sanção jurídica. Em outras palavras, o seu não atendimento configura um ilícito.

Por outro lado, o ônus seriam aquelas normas jurídicas que disciplinam a conduta humana sem um caráter imperativo. Carnelluti conceitua a noção de ônus como sendo o exercício de uma faculdade definida como uma condição para a obtenção de uma determinada vantagem, desta forma, o ônus é uma faculdade do sujeito cujo exercício é necessário para a realização de um interesse. (CARNELUTTI, 1941, p. 223)

Parece claro que dever e ônus vinculam-se formalmente à vontade manifestada em atos jurídicos, tendo aí um elemento em comum. Porém, têm elementos substanciais (materiais) divergentes, na medida em que o vínculo é imposto ao interesse alheio, quando se trata de um dever; já o ônus surge como condição a limitar um interesse próprio. Em outras palavras, ônus é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão de seu próprio interesse, enquanto dever é um vínculo imposto à vontade do sujeito, porém em interesse de outrem.

Por isto o não cumprimento do ônus não acarreta uma sanção jurídica para o sujeito, mas somente uma desvantagem (normalmente econômica). E – ao contrário – o descumprimento do dever acarreta sanção ao sujeito. (GRAU, 1982, p. 180)

A sua vez, João Batista Lopes afirma que ônus seria uma espécie subordinação de um interesse próprio em detrimento a outro interesse próprio, isto é,

ônus seria o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado comportamento que deverá ser adotado se não pretender ele arcar com consequências que lhe serão prejudiciais, ou como o comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem que consiste na aquisição ou na conservação de um direito. (LOPES, 2007, p. 37)

Nestes termos, a lei que estabelece um ônus não impõe ao sujeito a adoção de uma conduta, isto é, não fixa um dever de conduta. Ao sujeito “onerado” não se impõe a adoção da conduta condicionada pelo ônus: resta-lhe a opção de não a cumprir, desistindo da obtenção ou conservação de um direito. Pretendendo obtê-lo ou conservá-lo, há de necessariamente adotar aquela conduta, cujo cumprimento é condição para tal obtenção ou conservação. (GRAU, 1982, p. 182)

CONCLUSÃO

À vista destes esclarecimentos, conclui-se que: a) o art. 7º, VII, Lei 12.846/13 contém antes um ônus do que um dever; b) à pessoa jurídica não se impõe contribuir na apuração dos ilícitos contidos no art. 5º da Lei; c) a inércia da pessoa jurídica na contribuição para apuração dos atos ilícitos não configura circunstância judicial desfavorável e exasperante sanções administrativas; d) assumindo o ônus de contribuir na apuração dos ilícitos, a pessoa jurídica erige em seu favor circunstância minorante da sanção administrativa.

Seria possível sustentar ainda a conciliação do art. 7º, VII, Lei Anticorrupção com o princípio *nemo tenetur se detegere* pela natureza administrativa (não penal) das sanções nela previstas (quando muito uma natureza híbrida entre o direito penal e o direito administrativo, no caso das hipóteses do art. 19, expressando um “direito sancionador judicial”) e, mesmo, pelo fato de que o *nemo tenetur se detegere* constitui expressão de princípio voltado á preservação da dignidade da *pessoa humana*, enquanto preservação do autopertencimento, não havendo razões potentes para destiná-lo a pessoas jurídicas. Seriam outros dois modos de realizar a contracrítica de que a Lei 12.846/13 apresenta inconstitucionalidade por violação do princípio da não autoincriminação. Porém, integrar a distinção básica entre dever e ônus à interpretação do art. 7º, VII, é o suficiente para dar consistência à contracrítica e afirma a harmonia entre o dispositivo e a Carta Magna.

NOTAS

1. Os modelos sociológicos conflitivistas negam a possibilidade de explicar a sociedade como “um sistema equilibrado normal (e a mudança ou o conflito como respectivo desvio), para passar a explicar o conflito como um componente normal e universal de toda sociedade”. (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2000, p. 350.) Os teóricos conflitivistas partem do pressuposto da impossibilidade da obtenção de paz social, pois os conflitos são inerentes à vida em sociedade. Neles, o direito penal é reconhecido apenas como mecânica institucional de canalização de sentimentos hostis, substitutivos do curso natural que o conflito teria sem a resposta punitiva.
2. Ato da Presidência da República, art. 84, VIII, CR.
3. Artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal.
4. A primeira concerne à expansão ultramarina, a partir do século XV. Aludindo à primeira circunavegação, a aventura de FERNÃO DE MAGALHÃES é romanceada por BERGREEN (2004, *passim*)
5. Artigo VII. Os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tipificar como delitos em seu direito interno os atos de corrupção descritos no artigo VI, parágrafo I, e para facilitar a cooperação entre eles nos termos desta Convenção.
6. O programa de *compliance* ou cumprimento de normas internas e externas busca evitar ilícitos no âmbito da empresa, dos quais possa derivar em seu desfavor sanções, bem como velar pela imagem do ente coletivo enquanto capital junto ao mercado consumerista e demais parceiros econômicos. Isto não se confunde com o *criminal compliance*, instrumento pelo qual o ente coletivo busca a específica prevenção de ilícitos penais e a responsabilização dos seres humanos que a integram, notadamente como vértices da pirâmide hierárquica. Ver, a propósito, BENEDETTI, 2014, p. 86.
7. ESTEFAM (2010, p. 360) acentua que a atenuação da pena advém do valor da confissão como prova, ao entender que a atenuante deve ser aplicada mediante o critério de haver sido utilizada “como meio de prova na sentença (o que importa no reconhecimento de que se mostrou verdadeira), para, ao lado de outros elementos, fundamentar a condenação”. Note-se, porém, que o CP não condiciona a observância da atenuante (que, aliás, é obrigatória) ao fato de haver servido como fundamento condenatório.
8. CHEMIM GUIMARÃES (2014, p. 159) distingue a cooperação nas investigações das demais circunstâncias de dosimetria do art. 7º, que “não apresentam na lei valores precisos de aumento ou diminuição da sanção”. A cooperação deve ser conjugada “com o parágrafo 2º do art. 16, o qual, além de evitar a sanção de publicação extraordinária da decisão, ainda prevê um patamar máximo de redução da sanção”. A cooperação, nestes termos, “deve ser a última a ser analisada no conjunto das nove circunstâncias previstas. Assim, o órgão sancionador deve primeiro fixar um valor de multa com base nos oito demais critérios de fixação e, ao final, havendo colaboração da empresa, deve diminuir a sanção arbitrada em patamar equivalente a até 2/3 (dois terços) da multa aplicada”. Não endossamos de todo a posição transcrita pelo fato de que pode haver cooperação da pessoa jurídica na apuração da infração sem acordo de leniência. Acaso incidam ambos, a posição de CHEMIM (2014) é ratificada. Porém, se houver somente a cooperação, mas não o acordo, esta circunstância reduzirá obrigatoriamente o montante da sanção administrativa, sem vínculo com os patamares legais do art. 16, parágrafo 2º.
9. Habeas Corpus nº 194.189 – DF (2011/0004696-6). 5ª Tur. STJ. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu. Julgado em 26.jun.20

REFERÊNCIAS

BAIGUN, David e BISCAY, Pedro. Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidade económica. In: **Delincuencia económica y corrupción**. Coord. David Baigun; Nicolas Garcia Rivas. Buenos Aires: Ediar, 2006.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2014.

BERGREEN, Laurence. **Além do fim do mundo**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO F. Ubirajara; ABDUCH S. José Anacleto. **Comentários à lei 12.846/2013**: Lei Anticorrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOCKMANN, Egon Moreira. BAGATIN, Andreai Cristina. Lei anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte. Ano 12, n.47, p. 34. jul./set, 2014.

BRASIL. Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm> Acesso em: 18.04.2015

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em: 25.06.2015.

BUSATO, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral del Derecho**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

CHEMIM GUIMARÃES, Rodrigo Régnier. Da responsabilização administrativa. In: **Lei Anticorrupção**: comentários à Lei 12.846/13. Coordenação Fábio André Guaragni e Eduardo Cambi. São Paulo: Almedina, 2014.

CUÉLLAR, Leila. PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Reflexões sobre a lei federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte. Ano 12, n.46, p. 12. abr./jun., 2014.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**. v. 77. 1982.

GUARAGNI, Fábio André; PORTELLA Júnior, José Carlos. Tutela penal de bens jurídicos supra-individuais no contexto da globalização: a questão das indicações convencionais criminalizadoras e o princípio da reserva legal. In: **Direito Penal e Criminologia**. Org. Fábio André Guaragni; Nestor Eduardo Araruna Santiago; Nivaldo dos Santos. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **O fim da democracia**: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio. Trad. Howard Johnson; Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONTE, Mário Ferreira. Apontamento Introdutório. In: Prefácio à obra de FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. De Freitas, Rafael Vêras. A Juricidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Fórum Administrativo**. ed. nº 156. Belo Horizonte, p. 19-21 nov. 2014.

NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: **El Derecho Penal Económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

NORONHA, Edgar Magalhães. Dos crimes Contra a Administração em nosso Código. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PUREZA, José Manuel. Para um internacionalismo pós-vestefaliano. In: **A Globalização e as Ciências Sociais**. Coord. Boaventura de Souza Santos. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Maria Luíza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2000.