

JusBrasil - Artigos

30 de março de 2015

Os desafios empresariais da nova Lei Anticorrupção Brasileira - Lei 12.846/2013

Rogério Abdala Bittencourt Júnior - Sócio-Diretor do Rabelo, Moreira & Bittencourt Advogados

Publicado por Rabelo, Moreira & Bittencourt Advogados - 7 meses atrás

A Lei Anticorrupção Brasileira, a qual entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, certamente alterará a forma com que as empresas tratam a apuração e coibição de atos de corrupção em sua atividade.

1. A Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Nº 12.846/2013)

1.1 – Contexto e Objetivos

Promulgada em 1º de agosto de 2013, com início de vigência em 29 de janeiro de 2014, a Lei Federal [12.846](#), já alcunhada de “LEI ANTICORRUPÇÃO”, estabeleceu a responsabilidade objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos de representantes seus ou terceiros no âmbito da administração pública nacional ou estrangeira.

Dispôs, ainda, sobre a responsabilidade de dirigentes e administradores, na medida de sua culpabilidade. A lei foi resultado de clamor social decorrente de seguidos escândalos de corrupção no país, e, sobretudo, pressão de investidores estrangeiros, que buscam reduzir os riscos de investimentos no país.

Anteriormente à sua promulgação, a lei penal previa em maior grau penas aos agentes públicos (corruptos), e em menor aos dirigentes de empresas (corruptores). Em âmbito internacional, a lei foi criada para harmonizar a legislação brasileira com tratados internacionais anticorrupção de que o país é signatário, como OEA – Organização dos Estados Americanos, OCDE – Organização de Cooperação ao Desenvolvimento Econômico e ONU Global Pact.

Baseada em leis estrangeiras, tais como a estadunidense “FCPA” (1977 - Lei de Práticas Corruptas Estrangeiras) e britânica “Bribery Act” (2010 - Lei do Suborno), tem em seu texto os mesmos objetivos destas, no entanto, com rigor bem mais elevado, haja vista ao altíssimo valor das multas, a severidade das penalidades administrativas e a responsabilidade objetiva, a qual, daqui em diante, não depende da demonstração de culpa da pessoa jurídica acusada, bastando que o ato tenha sido praticado por um de seus empregados ou representantes.

Tal é a preocupação do governo brasileiro com a implementação e efetividade da lei, que solicitou com o DOJ (“Department of Justice” – ente norte-americano equivalente ao Ministério Público Federal) que este realizasse “sessões de treinamento” de apuração e investigação de práticas de suborno.

Estão sujeitas à lei todas as espécies de pessoas jurídicas de direito privado, constituídas de fato ou de direito, temporárias ou não, personificadas ou não, fundações, associações e sociedades estrangeiras.

Chama atenção a forma de apuração e punição adotada pela Lei Brasileira. Enquanto atos corruptos praticados contra países estrangeiros são investigados e punidos pela Controladoria Geral da União, os atos dispostos na lei são investigados por autoridades municipais, estaduais e federais, o que inclui os poderes legislativo, executivo e judiciário de cada ente federado, bem como dirigentes de entidades autárquicas ligadas a estes.

A lei traz consigo o conceito dos “atos” por ela atingidos, a responsabilidade objetiva, bem como mecanismos de apuração dos atos de corrupção, e as penas a eles imputadas, acordos de leniência passíveis de serem firmados entre o poder público e pessoas jurídicas interessadas em contribuir com a investigação de tais atos, e, por fim, a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

1.2 – Conceito de “Ato de Corrupção”

O conceito dos “atos” atingidos pela Lei estão definidos em seu art. 5º, genericamente como atos que “atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro”, princípios da administração pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”, e especificamente os seguintes:

- I) oferecimento direto ou indireto de propina, assim definida como qualquer tipo de “vantagem indevida” a agente público nacional ou estrangeiro;
- li) custeio de atos ilícitos;
- lii) utilização de “laranjas” – empresas ou pessoas para os fins de obter benefícios de atos corruptos;
- Iv) frustrar ou perturbar licitações ou criar pessoa jurídica com o exclusivo intuito de participar de certame licitatório;
- V) dificultar investigação ou fiscalização; Como se verifica dos itens acima, a lei visa a abarcar todos os atos que sejam potencialmente lesivos à concorrência de mercado e ao patrimônio público, e prevê como puníveis atos que até então eram pouco explorados pela legislação penal e sem sérias repercussões no âmbito administrativo e civil, sobretudo às pessoas jurídicas que os praticavam.

A lei de improbidade (8.429/92), a [lei de licitações](#) (8.666/93) e a lei de defesa da concorrência (8.884/94)

preveem penalidades administrativas e civis às empresas que comprovadamente praticassem atos contrários a elas, no âmbito da responsabilidade subjetiva.

Nestes casos, a coleta de provas era difícil e o interesse das empresas em auxiliar sua apuração e na descoberta dos verdadeiros responsáveis era pequeno. Atenta à fragilidade da lei penal em face da corrupção e diante da magnitude de seus efeitos negativos para o desenvolvimento do país, a nova Lei trouxe consigo a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas ou pessoas físicas que tenham em sua organização pessoas que tenham praticado tais atos.

1.3 – Análise da Responsabilidade Objetiva das Pessoas Jurídicas

Grande novidade da Lei Anticorrupção Brasileira (Lei nº 12.846/2013), e disposição que a difere dos modelos britânico e norte-americano é a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados por agentes ou representantes seus – conforme previsão anterior nos arts. 932, III e 933 do Código Civil, ou, ainda, terceiros, em seu benefício (art. 2º): É este o ponto de maior destaque na lei brasileira, eis que representa o motivo principal de as empresas promoverem mudanças internas a fim de apurar e punir práticas de corrupção.

Até a promulgação da lei, somente pessoas físicas poderiam ser sancionadas por corrupção. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a responsabilidade civil subjetiva a quem, “por ato ilícito, causar dano a outrem” (art. 927, Código Civil).

A doutrina, por sua vez, subdivide a compreensão do termo “ato ilícito” em dois caracteres: a existência de um ato voluntário e a culpa do agente, decorrente de dolo, omissão, imperícia ou negligência. O “ato ilícito” causador de um dano (material ou moral), gera o dever de reparar.

São três, portanto, os requisitos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: i) ato culposo, ii) um dano e o iii) nexos causal – relação de causalidade entre o ato e o dano. A responsabilidade objetiva, por sua vez, é aquela que não depende da comprovação de culpa lato sensu (dolo, omissão, imperícia ou negligência) do agente para que este seja responsabilizado por alguma ocorrência.

O jurista SÍLVIO RODRIGUES esclarece a questão da seguinte maneira:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.(...) Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.”(Direito Civil, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002, p. 10)

Na Lei Anticorrupção Brasileira (LEI Nº 12.846/2013) há questão ainda mais delicada que a

responsabilidade da empresa por ato de seus empregados. Trata-se da responsabilização por ato de terceiro, isto é, qualquer pessoa, como fornecedor ou parceiro comercial, que venha a agir em seu benefício ou interesse. Em termos práticos, a pessoa jurídica que receba benefício de um ato praticado por seu procurador, empregado, agente, representante, ou terceiro, perante órgão, entidade ou agente público nacional ou internacional, ainda que contra sua vontade, ou sem conhecimento de gerentes, gestores, acionistas ou sócios, estará sujeita às sanções previstas na Lei Anticorrupção Brasileira.

O mesmo vale para empresas coligadas, consorciadas ou controladas, componentes de grupo econômico ou holding. Diante disso, ao investigador bastará provar o fato, o resultado e o nexo causal entre um e outro, e, com isso, punir a pessoa jurídica, por ter participado da infração ou não tê-la evitado de maneira eficaz. Isto certamente importa na necessidade urgente de o mundo corporativo alterar sua cultura predominantemente “frouxa” com a apuração interna de atos de corrupção, e promover, sobretudo, a fiscalização de seus fornecedores e a conscientização de seus funcionários e a instauração e aprimoramento de órgãos de controle interno e código de ética.

1.4 – Mecanismos Administrativos de Análise e Apuração de Atos de Corrupção

A lei anticorrupção brasileira traz consigo informações sobre a maneira com que se dará, sob sua vigência, a apuração, o processamento e a punição de atos de corrupção de particulares. O art. 8º da Lei versa que a competência, via de regra, para instaurar, de ofício ou por provocação, e processar o procedimento administrativo de apuração dos atos nela referidos é da “autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”.

No âmbito executivo federal haverá competência concorrente da CGU – Controladoria Geral da União, a qual ficará exclusivamente responsável por apurar casos que envolvam corrupção contra administração pública estrangeira. Comissões de dois ou mais servidores deverão ser constituídas para tal fim, as quais terão 180 dias (prazo prorrogável por ato fundamentado) para instaurar e concluir o processo administrativo e gerar relatórios sobre os fatos apurados, de maneira motivada, respeitado o devido processo legal – princípios do contraditório e ampla defesa.

O julgamento dos atos de corrupção, depois de gerado o relatório pela comissão por ele responsável, será realizado pela autoridade que instaurou o procedimento administrativo, podendo ser um prefeito, um presidente de câmara municipal, um gerente de autarquia, um presidente de Tribunal de Justiça, etc. Tais disposições significam que os próprios entes potencialmente envolvidos em atos de corrupção serão competentes para o processamento e o julgamento dos corruptores.

A própria Lei, em seu art. 18, deixa claro que a apuração e finalização do procedimento administrativo em face de determinada pessoa jurídica, com ou sem aplicação de pena, não impede o ajuizamento de ação judicial por parte dos entes públicos potencialmente lesados, ou ainda pelo Ministério Público. Para tanto, foram criadas sanções aplicáveis em âmbito administrativo, que envolvem, por exemplo, multas e divulgação da decisão, e em sede de ação judicial, estas mais severas, que podem alcançar inclusive a dissolução da sociedade.

1.5 – Sanções Aplicáveis Segundo a Lei

A Lei anticorrupção previu em seu texto uma vasta gama de sanções aplicáveis às pessoas beneficiadas por atos de corrupção. Parte delas só pode ser aplicada em âmbito administrativo, e outra somente em processo judicial. Cumpre mencionar que, qualquer seja a sanção aplicada em virtude da Lei Anticorrupção, seu emprego não impede a responsabilização decorrente de atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) ou contrárias à lei de licitação (Lei 8.666/93), ou RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – Lei 12.462/11).

Dentre as sanções aplicáveis em âmbito administrativo às pessoas jurídicas, a serem aplicadas depois de processo administrativo, que se finda com relatório e julgamento, procedido de parecer da advocacia pública ou órgão de assistência jurídica, encontram-se: i) Multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas; a. Caso não seja utilizar tal critério, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) ii) Publicação da decisão condenatória, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica, ou publicação de circulação nacional, e ainda, por meio de afixação de edital na empresa e em seu sítio eletrônico; iii) Inclusão da decisão e dos dados da pessoa jurídica no CNEP – o Cadastro Nacional de Empresas Punidas;

O art. 7º da Lei lista quais os critérios de aplicação e quantificação das penalidades, dentre eles: i) a gravidade de infração; ii) a vantagem auferida ou pretendida; iii) a consumação ou não da infração; iv) o grau de lesão ou perigo de lesão; v) o efeito negativo produzido pela lesão; vi) a situação econômica do infrator; vii) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados,

A lei também prevê atenuantes, quais sejam: i) a cooperação da pessoa jurídica para apuração das infrações; ii) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Importante salientar, no entanto, que os critérios de avaliação dos mecanismos internos das empresas serão regulamentados pelo Poder Executivo Federal, o que até então não foi feito. Em seus artigos 16 e seguintes, a Lei prevê que, ainda em âmbito administrativo, é possível que a pessoa jurídica interessada firme acordo de leniência com o poder público, com vistas a cooperar nas investigações e coleta de provas e, com isso, abrandar suas penalidades.

Por outro lado, acaso haja o ajuizamento de ação judicial, que seguirá o rito das Ações Cíveis Públicas (art. 21) em face de pessoa jurídica acusada de corrupção, as sanções potencialmente aplicadas a ela, de maneira cumulativa ou isolada, são as de: i) Perdimento de bens, direitos ou valores relacionados à infração, destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.;ii) Suspensão ou interdição parcial das atividades;iii) Dissolução compulsória, quando verificada a habitualidade dos atos ou que a pessoa jurídica foi constituída para ocultar interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos

atos;iv) Proibição temporária (1 a 5 anos) de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos, entidades ou instituições financeiras de caráter público;

A par das penas possivelmente aplicáveis, medidas cautelares como a indisponibilidade de bens, direitos ou valores podem ser requeridas, com vistas à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado. Quanto à prescrição das sanções previstas na lei, esta será de 5 (cinco) anos contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

A prescrição será interrompida com a instauração de processo administrativo ou judicial cujo objeto seja a apuração da infração. Por fim, vale dar destaque ao fato de que empresas controladoras, controladas, coligadas ou, e as consorciadas serão solidariamente responsáveis pelo pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

1.6 – Acordos de Leniência (delação Premiada)

Com o intuito de provocar a cooperação das empresas na apuração de práticas internas de corrupção, a Lei Anticorrupção criou a figura do acordo de leniência, a ser proposto pela própria pessoa jurídica à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. Caso se pretenda firmar acordo em âmbito internacional ou do Poder Executivo Federal, a Controladoria Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrá-lo.

O acordo de leniência consiste no compromisso da pessoa jurídica de colaborar com as investigações e o processo administrativo, com os objetivos de identificação dos envolvidos e obtenção de informações e provas, no qual se estipularão as condições necessárias para assegurar a efetividade dele próprio e do processo administrativo.

Os requisitos para que uma pessoa jurídica tenha direito a firmar o acordo são: i) manifestar seu interesse antes de qualquer pessoa; ii) cessar seu envolvimento com a infração desde a propositura do acordo; iii) admitir sua participação no ilícito e cooperar com as investigações e ao processo administrativo, comparecendo a todos os atos processuais, quando solicitada.

Os benefícios da celebração do acordo de leniência e seu efetivo cumprimento pela pessoa jurídica são: i) a não publicação extraordinária (em meios não oficiais) da decisão desfavorável; ii) a não proibição de recepção de incentivos descritos no art. 19, inciso IV; e, sobretudo, iii) a redução em 2/3 do valor da multa aplicável. Os benefícios e efeitos do acordo se estendem às empresas de mesmo grupo econômico, desde que estas também o assinem. Em que pese aos benefícios listados, a assinatura do acordo não exime a pessoa jurídica de reparar o dano ao erário público.

Em tese, a proposta de acordo não aceita não importará no reconhecimento do ilícito pela pessoa jurídica nas investigações e no processo administrativo, conforme prevê o art. 16, § 7º da Lei. Se houver o descumprimento do acordo, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3

(três) anos, além de serem restabelecidas as sanções da qual ficara isenta. Outra novidade introduzida pela lei é a de que o acordo de leniência poderá ser firmado pela pessoa jurídica responsável por ilícitos relacionados nos arts. 86 a 88 da lei 8.666/93 (Licitações).

1.7 – Responsabilidade da Pessoa Jurídica Sucessora

A lei anticorrupção brasileira prevê, ainda, a responsabilidade da pessoa jurídica sucessora quanto aos atos praticados anteriormente a operações de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societários. Em caso de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora se restringirá à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido. As demais sanções da lei não lhe serão aplicadas, exceto em caso de simulação ou fraude.

2. Providências Atenuantes

A lei anticorrupção brasileira (12.846/2013), pesar de dispor sobre inúmeras sanções às pessoas jurídicas por atos de corrupção cometidos em seu benefício, valoriza sobremaneira o esforço das empresas em coibir tais práticas, senão veja-se o disposto em seu art. 7º: Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...)VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Como visto, o compliance será daqui em diante cada vez mais valorizado no mundo corporativo, visto que pode representar a indulgência ou o crédito às empresas com bons programas de auditoria, bom uso de códigos de ética e conduta e sistemas de incentivo à denúncia.

Recomenda-se, portanto, às empresas, o desenvolvimento de seu sistema anticorrupção, sobretudo de forma a: i) Ministar palestras a colaboradores, informando a importância de seguir a legislação anticorrupção e as penalidades nela previstas, bem como incentivando a denúncia de irregularidades; ii) Desenvolver e aprimorar os Códigos de Ética e Conduta, segundo os preceitos da Lei, e disponibilizá-los no site da empresa; iii) Incluir cláusula padrão em todos os contratos de trabalho futuros de que o novo empregado teve plena ciência dos códigos de ética e conduta, indicando “link” para consulta no site e intranet; iv) Fornecer termo de ciência dos Códigos de Ética e de Conduta da empresa a todos os colaboradores, colhendo via assinada de cada um; v) Incluir cláusula padrão em todos os contratos de fornecedores que a empresa contratada teve plena ciência dos códigos de ética e conduta, indicando “link” para consulta no site, bem como incluir cláusula de penalidade em caso de descoberta prática de ato de corrupção, incluída a retenção de valores e regresso em caso de multas aplicadas; vi) Estabelecimento de fluxo de licitações (governança), otimizando o controle das licitações em curso e contratos já firmados com o poder público, e, com isso, facilitar a detecção de ilegalidades; vii) Desenvolvimento dos sistemas de compliance, e adaptação à nova lei, com conscientização dos colaboradores dos canais de denúncia e ouvidoria internos;

Ainda que os parâmetros específicos de atenuação das penas e indulgência ainda tenham de ser

regulamentados pelo poder executivo federal, não há dúvidas de que as empresas que tomarem providências para evitar, apurar e punir atos de corrupção evitarão riscos de graves prejuízos.

3. Visão Geral e Conclusão

A lei, se amplamente aplicada, como se espera, pelos governos federal, estaduais e municipais, pode gerar grandes prejuízos às empresas que não se resguardem, sendo o maior deles a dissolução da empresa. Ciente ou não do problema, a pessoa jurídica terá de arcar com as consequências da lei.

Daí a importância de que todas as pessoas jurídicas potencialmente atingidas pela lei devem se preocupar em aprimorar, ampliar e tornar mais efetivos seus sistemas de compliance, auditoria, denúncias, ouvidoria e Códigos de Ética e Conduta, bem como oferecer conscientização a seus funcionários e proteger-se contra atos de seus fornecedores.

O Rabelo, Moreira & Bittencourt Advogados permanece à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.



Rabelo, Moreira & Bittencourt Advogados PRO

O Rabelo Moreira e Bittencourt Advogados é um escritório full service, e presta serviços de excelência a pessoas e empresas. Fornecemos consultoria, assessoria em contratos e atuação em disputas judiciais e extrajudiciais, e atuamos em todo o território nacional. Site: www.rmbadvogados.com.br Email...

14

publicações

16

seguidores

Seguir

Disponível em: <http://rmbadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/135003962/os-desafios-empresariais-da-nova-lei-anticorruptao-brasileira-lei-12846-2013>