

INFORMATIVO | Anticorrupção

9 de agosto de 2013

NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

Em mais um sinal dos tempos, a Presidente Dilma Rousseff sancionou, em 1º de agosto de 2013, conforme esperado, a Lei Federal nº 12.846, que vem sendo chamada de Lei Anticorrupção Empresarial (a “Lei Anticorrupção”).¹ A Lei Anticorrupção, pela primeira vez, sujeita empresas e outras sociedades brasileiras, bem como pessoas jurídicas estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, a sanções civis e administrativas por pagamentos indevidos a agentes públicos, brasileiros ou estrangeiros.² A nova lei, que entra em vigor em 29 de janeiro de 2014, também se aplica a atos fraudulentos no contexto de licitações públicas e contratos administrativos.³

O Contexto da Nova Lei

Embora o Brasil já seja parte, há mais de 12 anos, da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, projetos para implementar as diretrizes da convenção no território brasileiro nunca haviam tido tramitação bem-sucedida no Congresso.⁴ Com a difusão dos protestos públicos contra a corrupção no Brasil nos últimos dois anos, a Câmara os Deputados finalmente aprovou, em abril de 2013, um projeto de lei coerente com as diretrizes da OCDE. O Senado aprovou a Lei Anticorrupção Empresarial em 4 de julho de 2013, para sanção da Presidente.

Como é comum na tradição do direito continental europeu, no Brasil a responsabilidade penal é aplicável apenas a pessoas físicas. A Lei Anticorrupção não alterou esse paradigma. Da mesma forma, a nova lei não alterou o Código Penal e demais leis penais que impõem responsabilidade a pessoas físicas por atos de corrupção. A responsabilização penal ainda requer prova de que o acusado tenha pessoalmente oferecido ou prometido uma vantagem indevida a funcionário público em troca da prática, omissão ou retardamento de um ato.

As Disposições da Lei

A Lei Anticorrupção pune a promessa, oferta ou concessão, direta ou indireta, de vantagem indevida a agente público, brasileiro ou não, ou terceiro a ele relacionado. Ao contrário da *Foreign Corrupt Practices Act*, adotada nos Estados Unidos - mas de forma similar a outros países -, a nova lei aparentemente proíbe a oferta ou pagamento de verbas de facilitação. Adicionalmente, a Lei Anticorrupção proíbe o uso “de interposta pessoa física ou jurídica para

¹ Em anexo, cópia da Lei Anticorrupção Empresarial, conforme texto em vigor.

² A Lei Anticorrupção é aplicável “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado”.

³ A Lei Anticorrupção foi publicada no Diário Oficial da União em 2 de agosto de 2013, com entrada em vigor prevista para 180 dias após tal publicação - portanto, em 29 de janeiro de 2014.

⁴ Embora projetos de lei tenham sido apresentados no Congresso em 2010, prevendo a responsabilização de pessoas jurídicas com operações no Brasil, por atos de corrupção cometidos em seu nome ou benefício, e audiências tenham sido realizadas para discussão de alguns de tais projetos, as diversas tentativas de apresentá-los ao plenário do Senado e da Câmara em 2011 e 2012 fracassaram.

ocultar ou dissimular [...] reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”.⁵

Para a imposição de sanções, a Lei Anticorrupção não requer a imputação individual de responsabilidade penal aos seus dirigentes ou administradores, ou qualquer outra pessoa que tenha participado do ato ilícito, nem que os mesmos tenham agido com culpa ou dolo. Nos termos da nova lei, “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos [nela] previstos [...], praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

A nova lei também prevê punição a fraudes contra licitações públicas e contratos administrativos, listando um rol de condutas sob tal categoria, incluindo:

- “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”;
- “impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público”;
- “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”;
- “criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo”;
- “obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais”; e
- “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública”.

Adicionalmente, a Lei Anticorrupção torna passível de punição “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”. No entanto, a nova lei não detalha que tipo de conduta poderá ser conflitante com tais proibições. No mínimo, a destruição de documentos relevantes após a ciência da instauração de processo administrativo parece ser passível de punição sob tal categoria.

Violações da Lei Anticorrupção Empresarial são puníveis com multa de até 20% do faturamento bruto da empresa no último exercício anterior ao da instauração de processo, ou, caso não seja possível calcular o faturamento no exercício, de até R\$60 milhões.⁶ A nova lei também prevê a possibilidade de imposição de outras sanções, como o perdimento dos bens ou direitos obtidos; a proibição ao recebimento, por no mínimo um e no máximo cinco anos, de incentivos, subsídios ou demais verbas ou empréstimos públicos; suspensão ou interdição parcial de atividades; ou até mesmo a dissolução compulsória da pessoa jurídica infratora.⁷

⁵ O prazo prescricional aplicável às condutas sancionáveis pela Lei Anticorrupção é de cinco anos, “contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”.

⁶ As punições totais pela conduta ilícita podem ir além do valor de R\$60 milhões, que assim não é necessariamente um teto. O art. 6º, §3º, da Lei Anticorrupção estabelece que a “a aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado”.

⁷ Para assegurar a arrecadação das multas impostas e a reparação dos danos sofridos, a Lei Anticorrupção autoriza o Ministério Público ou o órgão de advocacia pública competente a requerer a indisponibilidade de bens da empresa infratora.

A Lei Anticorrupção prevê importantes mecanismos de incentivo para a revelação voluntária dos fatos. A empresa que dê ciência de infrações antes que as mesmas se tornem de conhecimento das autoridades competentes, coopere plena e permanentemente (incluindo por meio da “identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber”) e cesse completamente seu envolvimento na infração, sendo a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar, é elegível à celebração de acordo de leniência. Os incentivos em caso de celebração de acordo de leniência incluem a redução em até 2/3 do valor da multa aplicável.⁸ Um acordo de leniência poderá ainda prever a isenção a certas das outras sanções previstas na Lei Anticorrupção.

Um importante fator que deve ser levado em consideração na aplicação das sanções previstas, significando portanto uma potencial redução nas punições impostas, é a adoção, pela pessoa jurídica, 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”. Os parâmetros para avaliação de tais mecanismos e procedimentos deverão ser estabelecidos pelo Poder Executivo Federal. Ao contrário do caso da *Bribery Act* adotada no Reino Unido em 2010, a Lei Anticorrupção não chega a estender uma completa isenção às empresas que tenham adotado e implementado “procedimentos adequados” ao combate à corrupção.

Se as disposições relativas a leniência e admissão vão de fato contribuir para uma cultura de *compliance* no Brasil - como foi sugerido por diversos dos proponentes da nova lei -, ainda não se sabe. Muito vai depender dos critérios para celebração de acordos de leniência que venham a ser adotados pelas autoridades competentes e de uma aplicação séria e robusta da nova lei. E também dependerá, é claro, da consistência com a qual as autoridades de fato aplicarão os mecanismos de incentivo e critérios de leniência que venham a ser estabelecidos.⁹

Finalmente, a Lei Anticorrupção contém disposições aplicáveis à responsabilização em caso de sucessão empresarial. Na hipótese de alteração contratual, fusão ou incorporação por outra empresa, a entidade sucessora é passível de responsabilização integral. No entanto, em caso de fusão ou incorporação, essa responsabilidade será restrita ao pagamento de multa e reparação do dano causado, até o limite do patrimônio transferido.

Observações Finais

A Índia é agora o único país dentre os BRICS (grupo que inclui o Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) que ainda não promulgou legislação proibindo pagamentos indevidos a agentes de governos estrangeiros, feitos por empresas com operações em seu território. A África do Sul foi o primeiro do grupo, adotando tal legislação em 2004. China e Rússia aprovaram leis anticorrupção em 2011, sendo que a China recentemente iniciou uma série de investigações amplamente divulgadas envolvendo empresas chinesas e estrangeiras, incluindo companhias farmacêuticas.

⁸ De acordo com a Lei Anticorrupção, o “acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

⁹ Nos últimos 12 anos, desde a ratificação da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, apenas uma ação judicial foi ajuizada e duas investigações foram iniciadas no Brasil tendo por base a realização de pagamentos indevidos a funcionários públicos estrangeiros. Esta realidade deverá provavelmente mudar com a sanção da Lei Anticorrupção - especialmente se a opinião pública no Brasil continuar a pressionar por esforços legítimos no combate à corrupção. De forma bem distinta, a Polícia Federal relatou ter conduzido 289 investigações relativas a pagamentos indevidos no território nacional em 2012, resultando em 1.600 detenções, incluindo mais de 100 funcionários públicos.

Apenas o tempo dirá se a pressão da opinião pública no Brasil levará efetivamente a um aumento nas investigações de casos de corrupção de agentes públicos.¹⁰ Embora alguns digam que o aumento no número de investigações é provável apenas no nível federal - não capturando casos de corrupção nos Estados e Municípios, assim como possivelmente condutas perpetradas contra a administração pública estrangeira por entidades com operações no Brasil -, é certo que qualquer empresa que aja sob tais premissas estará assumindo um risco muito alto.

Com a adesão da Colômbia em janeiro de 2013, cinco países da América Latina até agora já ratificaram a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Isso inclui as duas maiores economias latino-americanas, Brasil e México. Talvez ainda seja muito cedo para dizer se outros países da região decidirão nos próximos meses seguir o exemplo de Brasil, México e Colômbia e aprovar leis proibindo que empresas operando em seu território se envolvam em práticas de corrupção em território nacional e estrangeiro. De qualquer forma, a importância destes três países na América Latina parece tornar tal possibilidade mais factível.

Enquanto isso, entidades com atividades no Brasil devem avaliar - se já não o tenham feito - a possibilidade de adotar e implementar políticas e procedimentos de combate à corrupção envolvendo agentes dos governos nacional e estrangeiro. Não fazê-lo pode acabar se tornando um erro custoso ao deixar tais entidades mais expostas à possibilidade de investigações e processos, não apenas no Brasil.

Caso haja questões relativas ao tema discutido nesse informativo ou em seu anexo, entre em contato com um dos membros atuantes da nossa área de Anticorrupção Global:

Tammy Albarran	+1.415.591.7066	talbarran@cov.com
Robert Amaee	+44.(0)20.7067.2139	ramaee@cov.com
Stephen Anthony	+1.202.662.5105	santhony@cov.com
Bruce Baird	+1.202.662.5122	bbaird@cov.com
Lanny Breuer	+1.202.662.5674	lbreuer@cov.com
Eric Carlson	+86.10.5910.0503	ecarlson@cov.com
Casey Cooper	+44.(0)20.7067.2035	ccooper@cov.com
Christopher Denig	+1.202.662.5325	cdenig@cov.com
Steven Fagell (co-chair)	+1.202.662.5293	fagellse@cov.com
James Garland	+1.202.662.5337	jgarland@cov.com
Haywood Gilliam	+1.415.591.7030	hgilliam@cov.com
Robert Kelner	+1.202.662.5503	rkelner@cov.com
Nancy Kestenbaum	+1.212.841.1125	nkestenbaum@cov.com
David Lorello	+44.(0)20.7067.2012	dlorello@cov.com
Lynn Neils	+1.212.841.1011	lneils@cov.com
Mona Patel Doshi	+1.202.662.5797	mpatel@cov.com
Don Ridings (co-chair)	+1.202.662.5357	dridings@cov.com
John Rupp (co-chair)	+44.(0)20.7067.2009	jrupp@cov.com
Anita Stork	+1.415.591.7050	astork@cov.com
Alan Vinegrad	+1.212.841.1022	avinegrad@cov.com

O informativo acima não se destina a fornecer consultoria jurídica. Os leitores devem obter consultoria jurídica antes de tomar medidas relacionadas aos assuntos mencionados nesse informativo.

Covington & Burling LLP, um escritório de advocacia internacional, atua nas áreas de direito contencioso, societário e regulatório, com expertise apta a auxiliar clientes a atingirem seus objetivos. Este informativo se destina a trazer acontecimentos relevantes ao conhecimento de clientes e outros colegas que possam se interessar. Favor enviar um e-mail para unsubscribe@cov.com caso não deseje receber futuros e-mails ou alertas eletrônicos.

© 2013 Covington & Burling LLP, 265 Strand, London WC2R 1BH. Todos os direitos reservados.

¹⁰ Um indicativo do impacto da opinião pública na luta contra a corrupção no Brasil é a recente apresentação de um projeto de lei na Câmara dos Deputados que tornaria a corrupção um crime hediondo, o que poderia levar a uma maior severidade nas penas impostas a indivíduos que subornassem um funcionário público.