

A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12.846/2013)

The new Anti-Corruption Law – 12.846/2013
Revista de Direito Empresarial | vol. 12/2015 | p. 301 - 308 | Nov - Dez / 2015
DTR\2016\100

Ana Maria Borges Fontão Cantal

Pós-graduação em Direito Contratual pela PUC-SP (2005). Pós-graduação em EAD, Unip (2011). Mestranda em Função Social do Direito, linha de pesquisa Acesso à Justiça, pela Fadis. Professora da disciplina Direito Processual Civil, desde 2008, na Unip. Idiomas: português/inglês. Advogada militante na área contenciosa cível e consultiva empresarial. anamaria.cantal@gmail.com

Área do Direito: Administrativo; Comercial/Empresarial

Resumo: O presente artigo aborda questões relevantes e atinentes à Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), bem como pretende ampliar sua compreensão no que se refere à atual tendência de práticas de Compliance corporativo, suas consequências e aplicabilidade. Neste objetivo, fez-se um estudo sobre o início da era de combate à corrupção, que foi alavancada pelos Estados Unidos da América, nos idos da década de 70. Ao final, abre-se um debate sobre a tendência do Compliance, no contexto da citada Lei, bem como as consequências para o mundo corporativo.

Palavras-chave: Anticorrupção - Combate à corrupção - Compliance - Acordo de leniência - Tendências do Compliance.

Abstract: This paper discusses relevant issues and relating to the Anti-Corruption Law (Law 12.846/2013), and intends to increase its understanding with regard to the current trend of corporate compliance practices, its consequences and applicability. Thus, there was a study of the early era of fighting corruption, which was leveraged by the United States of America, on the Ides of the 70s. At the end, it opens a debate on the trend of Compliance in the context of the aforementioned Law, and the consequences for the corporate world.

Keywords: Anti-corruption - Fighting corruption - Compliance - Leniency Agreement - Trends Compliance.

Sumário:

1Introdução - 2Aplicabilidade da Lei 12.846/2013 - 3Responsabilidade objetiva - 4Ato lesivos à Administração Pública - 5Sanções administrativas - 6Acordo de leniência - 7Competência e processamento - 8Desconsideração da personalidade jurídica - 9Responsabilização na esfera judicial - 10Considerações finais - 11Referências

1 Introdução

O presente artigo tem a finalidade precípua de abordar os principais tópicos da Lei 12.846/2013, bem como ampliar sua compreensão no que se refere à atual tendência de práticas de *Compliance* corporativo, suas consequências e aplicabilidade.

Antes de adentrar ao tema central aqui proposto, importante se faz um estudo sobre o início da era de combate à corrupção, que foi alavancada pelos Estados Unidos da América, nos idos da década de 70, após o caso conhecido como *Watergate* e o escândalo envolvendo a fabricante americana de aviões, *Lockheed Corporation*, acusada de subornar membros do primeiro escalão do Governo do Japão.

Naquela época, os Estados Unidos publicaram a Lei de combate à corrupção, conhecida como FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act* - USA 1977). A intenção era de fato regulamentar as empresas que atuavam no ramo de investimentos, seguro, e mercado de capitais, entre outras. A FCPA tem como finalidade específica coibir o pagamento de propinas para agentes do Governo, com objetivo de se obter vantagens indevidas.

De acordo com a FCPA, são alvo de processo de investigação empresas americanas, mesmo fora dos USA, e estrangeiras, que negociam ações nas Bolsas americanas, ou que utilizam os USA, ou qualquer estrutura americana, para fazer negócios.¹ Importa ressaltar que as sanções da FCPA são aplicadas tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas.

Já na Inglaterra, seguindo o mesmo modelo da FCPA dos USA, editou-se a denominada *Bribery Act*, em vigor desde 2010. Com a mesma força e rigor da lei norte americana, a lei britânica igualmente visa a prevenir atos de corrupção de suas empresas, tanto situadas naquele país, como em territórios estrangeiros (através de negócios de empresas multinacionais inglesas, suas filiais e/ou subsidiárias em países estrangeiros).

Enfim, a partir destes precedentes, a busca pelo combate à corrupção vem ganhando adeptos no mundo todo, e o Brasil não ficou para trás: a tão temida e polêmica Lei Anticorrupção foi publicada em agosto/2013, entrando em vigor no início do corrente ano, trazendo um novo cenário para a realidade das empresas privadas.

2 Aplicabilidade da Lei 12.846/2013

O art. 1.º da Lei 12.846/2013 dispõe, em rol taxativo, quanto às pessoas que seriam alvo das sanções imposta pela citada Lei.

Assim, compõem o rol as sociedades empresárias e sociedades simples, fundações, associações, bem como outras entidades ou pessoas constituídas de fato e de direito.

Aqui encontra-se um primeiro problema a ser discutido quanto à aplicabilidade da Lei: estariam as empresas públicas subordinadas à Lei 12.846/2013?

Embora essa questão ainda não esteja fechada, o melhor entendimento deve ser no sentido de que as empresas públicas estariam sujeitas à outras normas e princípios, como a Lei da Improbidade Administrativa, por exemplo. Contudo, há que se aguardar a regulamentação posterior que deverá fazer abordagens sobre o tema, para que não restem dúvidas quanto aos destinatários da citada norma.

3 Responsabilidade objetiva

A possibilidade de as empresas, pessoas jurídicas, responderem no âmbito administrativo e civil, pelos atos de corrupção dos seus próprios funcionários, por si só, já causou grande desconforto para os empresários em geral. O que se falar então sobre a possibilidade de esta imputação de responsabilidade ser independente de qualquer grau de culpabilidade?

Trata-se da denominada Responsabilidade Objetiva, que vem causando polêmica quando se fala na nova Lei Anticorrupção. Ora, pergunta-se: como devem as empresas, a partir de agora, prevenir-se de atos de seus funcionários, já que, ao final, tudo recairá sobre os ombros da própria Pessoa Jurídica?

Evidente que a responsabilidade objetiva é considerada o coração da Lei Anticorrupção brasileira, pois sem ela, não se teria força para o combate efetivo à corrupção. Assim, se houver o dano, e a empresa foi beneficiada, ela deverá responder objetivamente.

O momento atual pede novas regras e a tendência é no sentido de que cada empresa passe a investir e adotar códigos de ética e de conduta anticorrupção, visando a mitigar a responsabilização dos dirigentes, administradores e da própria pessoa jurídica.

Lembrando, é claro, que a responsabilidade da pessoa jurídica é autônoma com relação à responsabilidade individual do agente que praticou o ato de corrupção. Este poderá responder inclusive na esfera penal, se for o caso. Pode-se inclusive se pensar em responsabilidade por coautoria, participação, etc.

Ressalte-se que a responsabilidade objetiva alcança somente a Pessoa Jurídica. Quando se tratar de responsabilização dos dirigentes, administradores da pessoa jurídica, há que ser apurada a responsabilidade na medida da culpa de cada um dos envolvidos (responsabilidade subjetiva - art. 3.º, § 2.º da Lei 12.846/2013).

4 Atos lesivos à Administração Pública

Os atos lesivos à administração pública são todos aqueles que atentem contra o patrimônio público, contra os princípios da administração pública, ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo país.

Assim, o art. 5.º, I a IV da Lei 12.846/2013, expõe, novamente em rol taxativo, quais seriam os "atos lesivos", cometidos pelas pessoas jurídicas citadas no art. 1.º da mesma lei, bem como por seus funcionários. Confira-se abaixo alguns exemplos deste rol:

"Art. 5.º - Constituem atos lesivos à administração pública (...)

I - Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

(...)."

5 Sanções administrativas

Outro ponto bastante discutido desde a publicação da Lei Anticorrupção diz respeito aos valores impostos as Pessoas Jurídicas e seus dirigentes/funcionários, no caso de serem apuradas e constatadas condutas ligadas à corrupção, que se enquadrem em um dos incisos do art. 5.º, supra mencionado.

O art. 6.º, I da Lei 12.846/2013 prevê multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao do processo administrativo. Parece bastante pesada se considerarmos o máximo da imposição, ainda mais quando a referência é o valor bruto, que pode de fato superar milhões e milhões de reais.

Por outro lado, a Lei dispõe que referida multa não deve ser inferior ao valor da vantagem auferida pelo ilícito praticado - se for possível sua estimativa. Isto se deve ao caráter pedagógico da Lei, e até um certo ponto é interessante que se observe essa regra, haja vista que se o crime compensar, estaríamos diante de uma norma vazia de coerção - fragilizando todo o sistema anticorrupção.

Outra sanção que está causando certa polêmica no mundo corporativo é a que se refere à publicação da decisão condenatória ("sentença") em veículos de comunicação, sites corporativos, e, principalmente, em cadastro de empresas punidas - a serem criadas por Lei, em cada Estado membro (art. 6.º, II da Lei).

Seguindo essa orientação, no Estado de São Paulo já foi criado, através do Decreto 60.106/2014, o cadastro estadual de empresas punidas - CEEP.

A ideia, embora interessante, passa por questões mais complexas, haja vista que, uma vez cumprida a norma sancionadora, ou seja, uma vez que a Pessoa Jurídica condenada pague e /ou cumpra sua condenação, ainda assim ficaria seu nome constando num rol de "inadimplentes", ou melhor dizendo, "corrupta"? Isto certamente denegriria a imagem e reputação da Pessoa Jurídica, mesmo que ela já tenha pago multa, ou tenha se "reabilitado".

A questão está ligada, inclusive, à constitucionalidade desta norma, e deve ser objeto de regulamentação para se adequar ao sistema jurídico pátrio.

Por fim, reza o art. 6.º, § 4.º que, se não for possível a aferição do faturamento bruto da Pessoa Jurídica, a multa será fixada entre o mínimo R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e o máximo de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

6 Acordo de leniência

Outro tema bastante polêmico levantado pela Lei é no que se refere ao acordo de leniência.

Segundo este acordo, a empresa assume que praticou o ato ilícito e denuncia as demais pessoas envolvidas, em troca de alguns benefícios, como, por exemplo, um abrandamento da penalidade imposta.

Foi o que aconteceu no caso Siemens, que fez sua auto denúncia, contribuindo com as investigações, no episódio conhecido como "cartel do metrô".

O art. 16 da Lei dispõe que a pessoa jurídica que colaborar com as investigações, delatando os demais envolvidos no ato de corrupção poderá ter em troca benefícios como o sigilo e imunidade ou redução de penas.

O legislador certamente buscou inspiração na figura da "delação premiada", instituto utilizado no direito penal.

Os benefícios auferidos - isenção da inclusão no cadastro de empresas infratoras e da proibição de receber incentivos, subsídios etc. (art. 6.º, II c/c art. 19, IV) - parecem bastante interessantes especialmente para as empresas envolvidas, pois o sigilo e imunidade não permitiriam o abalo à sua reputação.

O acordo de leniência, igualmente, deverá ser objeto de regulamentação, pois na Lei não ficou muito bem claro se haverá o abrandamento da pena, ou se esta poderá deixar de ser aplicada.

Tal regulamentação é necessária e muito bem-vinda, para se evitar outra norma vazia de efeitos, pois se não for algo atrativo, certamente cairá em desuso.

7 Competência e processamento

Um dos problemas a serem resolvidos através de futura regulamentação é no que tange à competência para o processo administrativo.

A Lei prevê uma diversidade de órgãos que podem investigar e aplicar suas sanções. Assim, a competência para criar a comissão de apuração é do órgão público que sofre o prejuízo.

Essa competência ampla poderá suscitar algumas questões, como por exemplo, quando houver órgãos da União e dos Estados envolvidos no mesmo caso, de quem será a competência para investigar e punir? Se não houver uma regra para situações como esta, poderá ser uma janela aberta para conflitos de interesses, o que deve ser afastado pelo Legislador.

Além da previsão da autoridade máxima do órgão envolvido na corrupção, há também a previsão de competência da Controladoria Geral da União - CGU, para apuração, processo e julgamento dos atos ilícitos previstos na lei - art. 9.º.

Ao lado disto, estão presentes e garantidos no processo administrativo o contraditório e ampla defesa, sendo que o prazo para apresentação da defesa é de 30 dias - art. 11.

Por fim, importante ressaltar que poderá ocorrer a inscrição na Dívida Ativa da União - art. 13, parágrafo único - caso a empresa condenada não pague a multa a ela imposta, após final do processo administrativo.

8 Desconsideração da personalidade jurídica

Na expectativa de se buscar o ressarcimento dos prejuízos causados à Administração Pública, o Legislador buscou inspiração no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, que já estabeleciam a chamada "desconsideração da personalidade jurídica".

Tal instituto jurídico foi reflexo da conhecida "disregard doctrine", há muito já praticada pelos Tribunais Pátrios, segundo a qual poderia ser afastada temporariamente a personalidade jurídica de uma Pessoa Jurídica, e os seus sócios responderiam pessoalmente pelos seus atos.

Nesse sentido, a Lei Anticorrupção em nada inovou, prevendo que poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da Pessoa Jurídica quando esta for utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previsto na Lei ou quando provocar confusão patrimonial (art. 14). Neste caso, estendem-se as sanções aplicáveis as Pessoas Jurídicas a seus dirigentes e/ou administradores.

9 Responsabilização na esfera judicial

A responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa e cível não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

A Lei 12.846/2013, em seu Capítulo VI, arts. 18 a 21, estabelece que, através de suas Advocacias Públicas ou órgãos de representação processual, ou equivalentes, e o Ministério Público, podem ajuizar ação judicial em face das pessoas penalizadas na esfera administrativa. As sanções previstas na Lei são as seguintes:

- a) perda de bens e direitos - que representem vantagens obtidas pelo ato ilícito;
- b) suspensão/interdição de suas atividades;
- c) dissolução compulsória da Pessoa Jurídica;
- d) proibição de receber incentivos, empréstimos de instituições financeiras públicas, etc.
- e) indisponibilidade dos bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado.

Um ponto quanto às sanções deve chamar atenção: questiona-se se a dissolução compulsória da Pessoa Jurídica seria constitucional, pois o encerramento definitivo e obrigatório equivaleria a se admitir a "pena de morte" da Pessoa Jurídica, o que, por analogia jurídica e interpretação sistemática, não seria permitido em nosso Direito.

Por fim, uma vez condenada a Pessoa Jurídica, ou seus dirigentes, por atos lesivos previstos nesta Lei, surge a obrigação de ressarcimento integral do dano, cujo valor poderá ser apurado em liquidação de sentença, se dela não constar expressamente.

10 Considerações finais

Diante do novo quadro legal e das punições severas, as empresas devem repensar o estímulo à adoção de uma série de medidas preventivas nas companhias, visando a mitigar as possibilidades de atos por parte de seus dirigentes/administradores que possam ser alvo de denúncias de corrupção.

A regulamentação que virá sobre a nova Lei servirá também para nortear a aplicabilidade da norma, inclusive com relação à implementação de modelos de *compliance* a serem seguidos pelas empresas.

A Lei Anticorrupção representa um grande avanço. Antes dela, punia-se aqueles que recebiam propina, mas não quem pagava. Com isso, uma nova fase se inicia, pois agora todos os elos da corrupção podem ser atingidos.

É claro que a Administração Pública precisa aparelhar-se criando mecanismos para que sejam colocadas em prática as sanções previstas na Lei, especialmente para investigação, apuração dos fatos, e correta punição dos responsáveis.

Com tudo isso, espera-se que o país vá ao encontro dos ideais de combate à corrupção, juntando-se aos países que há muito já regulamentaram a questão, em busca da transparência nas relações entre público e privado, beneficiando, em última análise, o cidadão brasileiro em geral.

11 Referências

Jornal do Advogado 391. p. 16-17. São Paulo: OAB, fev. 2014.

Lei 12.846/2013.

A nova Lei anticorrupção. Disponível em: [www.cartacapital.com.br]. Acesso em 26.03.2014.

A lei anticorrupção e o novo regime de responsabilidade das empresas envolvidas em atos de corrupção. Disponível em: [www.migalhas.com.br]. Acesso em 26.03.2014.

A lei anticorrupção reforça a importância do compliance. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 26.03.2014.



1 Disponível em: [www.abseg.com.br]. Acesso em 26.05.2014.