

Lei n.º 12.846/13

Primeiras Impressões

RECORTE

- Publicação em data de 02.08.13.
- Vigência em data de 29.01.14 (Art.31 – *Vacatio legis* de 180 dias).
- Ainda não regulamentada do Poder Executivo.
- Ainda sem profunda análise doutrinária.
- Ainda sem análise jurisprudencial.

RECORTE

- Apresentação dos principais institutos jurídicos.
- Antecipação de prováveis pontos controversos.
- Analogia a institutos similares.
- Reflexão sobre providências no âmbito corporativo.

CONTEXTO

- Contexto externo: FCPA/EUA (1977), OEA (1996), OCDE (2000), ONU Global Pact (2002), UK Bribery Act (2010).
- Contexto interno: Projeto de iniciativa do Poder Executivo (n.º 6826/10), Ação Penal 470, manifestações populares de junho/13.

ABRANGÊNCIA

- "Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências" (Preâmbulo/Arts. 1.º e 2.º).

SUJEITOS

- Qualquer pessoa jurídica (Parágrafo único do Art.1.º).
- Pessoas naturais: Lei não trata. Ressalva possibilidade de apuração de sua responsabilidade autônoma, ressaltando que a responsabilidade da Pessoa Jurídica é independente (Art. 3º).
- Possibilidade de desconsideração para sócios administradores e administradores (Art. 14).

SUJEITOS

- Sucessão (Art. 4.º): responsabilidade nos casos de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, limitada, nas hipóteses de fusão e incorporação ao pagamento de multa e reparação do dano, até limite do **patrimônio transferido (?)**. Exclusão do limite nos casos de simulação ou fraude (Art. 4.º, §1º).

SUJEITOS

- Solidariedade (Art. 4º, §2º): controladoras, controladas, coligadas, consorciadas, solidárias no que tange ao pagamento de multa e reparação de dano.

NATUREZA DA RESPONSABILIDADE

- Responsabilidade objetiva (Art. 1.º, *caput*, Art. 2.º). Não exige elemento subjetivo (culpa). Contenta-se com a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre eles.
- Problema: A lei impõe sanção, em alguns casos, mesmo sem dano (infrações de perigo/tentativa). Responsabilidade por mera conduta (?). Reflexos a terceiros (acionistas/colaboradores/administradores).

IMPUTAÇÃO

- Quem sofre a sanção é a Pessoa Jurídica.
- Quem pratica o ato (?).
- A expressão “*no interesse e benefício, exclusivo ou não*” (Art. 2.º). Desnecessidade de vínculo jurídico formal com a Pessoa Jurídica (?).
- Artigo 3.º da Lei n.º 9.605/98.

TIPIFICAÇÃO DOS ATOS

“Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (até aqui conceito amplo), assim definidos (numerus clausus?):

TIPIFICAÇÃO DOS ATOS

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 **(alto grau de subjetividade)**;

TIPIFICAÇÃO DOS ATOS

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) 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; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; **(maioria das condutas está tipificada na lei n.º 8666/93);**

TIPIFICAÇÃO DOS ATOS

V - 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 **(alto grau de subjetividade/atenção jurídico)**”.

AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

“Art. 6.º Na esfera administrativa:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto **(intensidade da sanção vai variar de acordo com a margem da atividade)** do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; **(limite mínimo objetivo – vantagem auferida estimada)** e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória”.

AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

- Sanção sucessiva (Art. 6.º, §4º): multa de R\$ 6.000,00 a R\$ 60.000.000,00 . Qual o critério da impossibilidade (?)
- Sanção x Reparação integral do dano (Art. 6.º, §3º/ Art. 13).
- Destinação (Art. 24).
- Não pagamento: Inscrição em dívida ativa (Artigo 13).
- Veto do §6º: Limite ao valor do contrato.

AS SANÇÕES - DOSIMETRIA

"Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração (**subjetivismo**);

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (**difícil quantificação prática**);

III - a consumação ou não da infração (**punição por tentativa**);

IV - o grau de lesão (**difícil quantificação prática**) ou perigo de lesão (**confirma a possibilidade de sanção sem dano**);

V - o efeito negativo produzido pela infração (**dano?**);

AS SANÇÕES - DOSIMETRIA

VI - a situação econômica do infrator **(critérios?)**;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; **(considerada atenuante não excludente)**

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; **(considerada atenuante, cujos parâmetros serão estabelecidos pelo regulamento por vir, não excludente)**

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados **(critério)**”.

TÓPICOS SOBRE O PROCESSO

- Instauração (Art. 8.º): de ofício ou mediante provocação; autoridade máxima de cada órgão Executivo/Legislativo/Judiciário, admitindo-se delegação, vedada subdelegação. Caso omissa a autoridade própria, MP se legitima (Art. 20). Altíssima capilaridade.
- Condução: comissão nomeada pela autoridade instauradora com, no mínimo, 02 servidores estáveis (Art. 10).
- Julgamento: autoridade instauradora (Art. 12).
- Admite-se medidas judiciais investigativas/suspensão dos efeitos do ato objeto de investigação/necessidade de contraditório e ampla defesa (Art. 10/11).
- Possibilidade de segregação do processo de multa/reparação de dano. (Art. 13).
- Informação ao Ministério Público (Art. 15).

ACORDO DE LENIÊNCIA

- Acordo de leniência (Art. 16/ Art. 86/87 da Lei n.º 12.529/11).
- Da cooperação deve resultar: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (**obrigação de resultado**).
- Requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

ACORDO DE LENIÊNCIA

- Benefício: Isenção da sanção de publicação da decisão condenatória e de proibição de receber subsídios públicos e redução em até 2/3 (dois terços) da multa aplicável. Remanesce obrigação de reparar integralmente o dano causado.
- Extinção da punibilidade dos delitos (?). Questão dos TAC ambientais. Art. 87 da Lei n.º 12.529/11.
- Rejeição não importa em confissão (§7.º) – (?).
- Celebração interrompe a prescrição (§ 9º).

RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

- Independência entre as esferas Administrativas e Judicial (Art. 18).
- Sanções judiciais (Art. 19): I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica (nas hipóteses do §1º); IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. Sanções podem ser aplicadas de forma cumulativa (§3.º)
- Rito de ação civil pública/ Legitimidade: órgãos de representação judicial e MP / Procedência torna certa obrigação de reparação do dano (Art. 21).
- Veto do §2º: Exigia culpa/dolo para sanções II a IV.

DISPOSIÇÕES FINAIS

- Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP (Art. 22).
- Prescrição (Art. 25) – 05 anos, no caso de infração permanente contado da cessação. Processo administrativo e judicial interrompe.
- Arts. 29/30 – Mesma conduta, mesma esfera de responsabilidade e mesmo sujeito. *Bis in Idem* (?).

PROVIDÊNCIAS

- Em síntese: (i) responsabilidade objetiva; (ii) hipóteses de imputação ampla; (iii) infrações de perigo/punição por tentativa; e (iv) possibilidade de sanções administrativa, civil, além de obrigação de reparação de dano.
- Prevenção - a não prática do ato(!): (i) política de RH e de contratações; (ii) estrutura de compliance que se antecipe à conduta; (iii) importância da due diligence nas operações de M&A; (iv) canais para denúncias (anônimas, inclusive); (v) auditorias, internas e externas, inclusive de parceiros comerciais; (vi) evitar contratação de intermediários; (vii) código de ética interno; (viii) desenvolvimento de sistemas de TI específicos; (ix) treinamento contínuo de colaboradores e parceiros.
- Atenuação: Caso ato ocorra estrutura de compliance será valorada como atenuante.
- Responsabilidade pessoal administradores por desconsideração: contratação de seguros específicos.

Obrigado!

