

A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

31 de Janeiro de 2014

Rafael Federici

Sócio

rafael.federici@cnflaw.com

Em 29 de Janeiro de 2014 entrou em vigor a Lei nº 12.846 de 1º de Agosto de 2013, popularmente conhecida como “Lei Anticorrupção”. Inspirada em normas internacionais, a nova lei dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de determinados atos ilícitos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Alcance

A nova lei possui alcance amplo e os seus efeitos podem atingir quaisquer espécies de sociedade, incluindo as sociedades estrangeiras e as sociedades não personificadas, como as informais. Da mesma forma, seus efeitos podem atingir as pessoas naturais autoras, coautoras ou partícipes do ato ilícito, ainda que não ocupem cargos de administração na pessoa jurídica envolvida.

Responsabilidade Objetiva

A espécie de responsabilidade imposta para as pessoas jurídicas, no contexto da lei, é a objetiva – em sintonia com a regra do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro –, a qual prescinde de comprovação de dolo ou culpa, bastando a verificação do ato ilícito e do respectivo autor.

Por outro lado, a lei deixa claro que a responsabilidade específica dos administradores e dirigentes das sociedades *será aferida na medida da sua culpabilidade*, ou seja, a lei não abre mão da avaliação de culpa. Resta saber se o legislador pretendeu estabelecer, para estas pessoas, um tratamento de responsabilidade subjetiva clássica – que depende de prova da culpa, fato, resultado e nexos causal – ou apenas uma regra para graduação de uma culpa objetiva. A primeira hipótese parece ser a mais lógica diante do parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei Anticorrupção, que esclarece que a *pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais*.

Fato é que, ainda que restrita às pessoas jurídicas, a fixação da responsabilidade objetiva implica um ponto de extrema atenção, uma vez que as empresas não podem controlar todos os seus empregados o tempo inteiro. Como a lei não exige a necessidade de prova de culpa da pessoa jurídica, a empresa será responsabilizada ainda que não tenha concordado, autorizado ou tenha tido ciência prévia do ato ilícito praticado por um gestor ou empregado.

Operações Societárias

A nova lei produz efeitos relevantes nas operações societárias, ao estabelecer que *subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária*. Embora a expressão “alteração contratual” represente um conceito genérico – e não aplicável, por exemplo, às sociedades anônimas –, fica evidente que o legislador buscou atacar possíveis tentativas de afastamento de responsabilidade através de subterfúgios óbvios, como a alteração do quadro societário ou da administração.

Fato interessante é a limitação de responsabilidade que a lei cria para certas operações societárias, ao estabelecer no artigo 4º, §1º que *nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados*. Portanto, é possível concluir que a lei limitou a responsabilidade da sucessora com vistas a não interferir demasiadamente na dinâmica econômico-empresarial. Não fosse isso, os efeitos da lei poderiam provocar um refreamento dos movimentos societários naturais de um mundo globalizado e disputado pelos grupos econômicos consolidados.

Ainda como exemplo de seu alcance amplo, o §2º do mesmo artigo 4º estabelece a responsabilidade solidária das *sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas* pela prática de atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção. Para esta situação, o texto legal também limita a responsabilidade ao pagamento de multa e reparação integral do dano causado, porém não limita a reparação integral do dano ao valor do *patrimônio transferido*, tal como consta no artigo transcrito acima.

Da mesma forma o citado §2º não reproduz o trecho do §1º que imuniza os beneficiários da regra de sofrerem outras sanções relacionadas a *atos e fatos ocorridos antes* das operações societárias lá indicadas. Restava saber se o legislador pretendeu dar propositadamente um tratamento distinto a essas situações ou apenas falhou na técnica de redação destes dispositivos legais.

Ainda no tocante ao §2º do artigo 4º, parece compreensível a responsabilização solidária da controladora (por atos da controlada), levando-se em consideração o seu poder de influência e principalmente o espírito da responsabilidade objetiva sob o qual a nova lei foi concebida. No entanto, essa avaliação não parece tão óbvia quando tratamos da responsabilidade da controlada (por atos da controladora) e soa mesmo injusta no caso da responsabilidade de uma sociedade por atos de suas coligadas. Essa distorção é mais visível no cenário dos grandes grupos econômicos, que possuem investimentos em múltiplos e distintos segmentos da economia através de diferentes sociedades (coligadas entre si), porém sem proximidade entre as respectivas gestões.

Assim, se por um lado o legislador parece ter procurado não interferir demasiadamente na dinâmica econômico-empresarial ao conceber a limitação de responsabilidade

constante do §1º do artigo 4º, o mesmo não parece ter ocorrido com a sistemática do §2º do mesmo artigo.

Tipificação dos Atos Ilícitos

Os atos ilícitos definidos na Lei Anticorrupção são todos aqueles que atentem contra o patrimônio nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos assumidos pelo Brasil, assim definidos:

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;

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;

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.

Sanções Administrativas

Na esfera administrativa a Lei 12.846/13 estabelece como sanção uma multa que pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. A multa nunca será inferior à vantagem auferida quando for possível sua estimação, e, caso não seja possível tal estimação, a multa será de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões.

A nova lei prevê, ainda, a publicação extraordinária da decisão condenatória, a expensas da pessoa jurídica. Essa publicação deverá ser feita em veículos de comunicação de grande circulação na área da infração e na área de atuação da pessoa jurídica.

Tais sanções poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente e não excluem a obrigação de reparação integral do dano causado.

A Lei Anticorrupção estabelece alguns parâmetros ou condicionantes para a aplicação das sanções. São eles:

- (i) *a gravidade da infração;*
- (ii) *a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;*
- (iii) *a consumação ou não da infração;*
- (iv) *o grau de lesão ou perigo de lesão;*
- (v) *o efeito negativo produzido pela infração;*
- (vi) *a situação econômica do infrator;*
- (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;*
- (ix) *o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.*

Merece ser destacado o item (viii) acima, uma vez que incentiva as empresas a adotarem, manterem ativos e aplicarem os mecanismos, procedimentos e regramentos lá descritos. Tal dispositivo da lei deverá ser regulamentado pelo Poder Executivo Federal.

Processo Administrativo

A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo para apuração de responsabilidade caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria Geral da União terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na Lei Anticorrupção, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

O processo administrativo será conduzido por uma comissão designada pela autoridade competente e será composta de no mínimo 2 servidores estáveis. O prazo de defesa é de 30 dias da intimação e o processo deverá ser concluído em até 180 dias de sua instauração. Durante o processo administrativo, a autoridade competente poderá requerer medidas judiciais que julgue necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

Como a responsabilidade da pessoa jurídica definida em lei é da espécie objetiva, a instauração de processo administrativo não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas na lei e descritas acima.

Desconsideração da Personalidade Jurídica

Em sintonia com artigo 50 do Código Civil Brasileiro, a Lei 12.846/13 estabelece que *a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa*. Portanto, os sócios sem poderes de administração que de fato não tenham concorrido para os atos ilícitos estarão livres das consequências previstas em lei.

Acordo de Leniência

A nova lei regula a figura do acordo de leniência, que poderá ser celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública competente e a pessoa jurídica que incorrer em tais atos, desde que esta venha a colaborar efetivamente nas investigações.

O acordo de leniência não evitará a responsabilidade da pessoa jurídica quanto à obrigação de reparação integral do dano causado, mas, por outro lado, produzirá os seguintes efeitos:

- a multa aplicável terá o seu valor reduzido em até 2/3;
- a pessoa jurídica ficará isenta da publicação extraordinária em meio de comunicação de massa;
- a pessoa jurídica não estará impedida de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público

Se a pessoa jurídica envolvida fizer parte de um grupo econômico composto de várias empresas, estas últimas poderão se beneficiar dos efeitos do acordo de leniência, desde que aceitem firmar o documento em conjunto.

Não há dúvida de que o legislador pretende, com a figura do acordo de leniência, incentivar a denúncia espontânea dos atos ilícitos, tanto é que estende a abrangência do acordo de leniência também aos atos ilícitos tipificados na lei de licitações (Lei nº 8.666/93) com vistas à isenção ou atenuação das penalidades descritas nos artigos 86 a 88 desta última lei. Portanto, o acordo de leniência poderá também minimizar sanções como a multa pecuniária por descumprimento de contrato administrativo, a suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade.

Para que possa ter o direito a um acordo de leniência, a Lei 12.846/13 exige que a pessoa jurídica colabore nas investigações, sendo requisito essencial que esta colaboração resulte (i) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. E mais, a lei exige que:

- a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
- a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; e
- 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.

A rejeição de uma proposta de acordo de leniência não implicará o reconhecimento da prática do ato ilícito pela pessoa jurídica investigada. Vale destacar, também, que o descumprimento do acordo de leniência impedirá a pessoa jurídica de celebrar um novo acordo pelo prazo de 3 anos contados do conhecimento do descumprimento pela autoridade.

Responsabilização Judicial

Ainda em decorrência da prática dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção e descritos mais acima, poderá a pessoa jurídica ser responsabilizada na esfera judicial, através de ação ajuizada pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, e o Ministério Público. A ação deverá observar o rito da ação civil pública prevista na Lei nº 7.347/85.

As sanções estabelecidas na Lei 12.846/13 para a esfera judicial são:

- 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;
- suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- 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.

A dissolução compulsória mencionada acima será determinada quando ficar comprovado (i) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou (ii) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Vale destacar que o Ministério Público poderá requerer judicialmente a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado.

Cadastro Nacional

Por meio da nova lei foi criado o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base na Lei 12.846/13. O CNEP incluirá também os acordos de leniência celebrados, mas tal registro será excluído uma vez que o acordo seja cumprimento regularmente.

Prescrição

Prescrevem em 5 anos as infrações previstas na Lei Anticorrupção, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Competências Preservadas

Importante esclarecer que o disposto na Lei 12.846/13 não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

No mesmo sentido, a aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção não afetam os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de (i) ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429/92 e (ii) atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/93, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462/11.

São estes os pontos relevantes dessa Lei Anticorrupção Brasileira que inaugura no cenário jurídico nacional uma fase de incentivo à ética e ao aperfeiçoamento das práticas empresariais, em sintonia com o que é esperado pela comunidade internacional. As empresas certamente deverão redobrar sua atenção diante da regra de responsabilidade civil objetiva e do valor que a nova lei dá aos procedimentos internos de *compliance*.

O presente artigo foi escrito e divulgado com finalidade meramente didática e informativa, e, portanto, não configura uma orientação jurídica ou consultoria em nenhuma hipótese. Para obter uma orientação específica sobre o tema aqui tratado, consulte um advogado.

www.cnflaw.com

THE BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION ACT

January 31st, 2014

Rafael Federici

Partner

rafael.federici@cnflaw.com

On January 29th, 2014, Statutory Law 12846 of August 1st, 2013 came into force, also known as the “Anti-corruption Act”. Inspired in international standards, the new law provides for accountability and strict liability of companies that commit certain unlawful acts against national or foreign governments’ best interests.

Range

The new law is very comprehensive and its consequences may reach any type of company, including foreign companies and unincorporated entities, such as informal partnerships. Likewise, its consequences may reach individuals who participate or commit such unlawful acts, even if they do not take office in the implicated company.

Strict Liability

Under said law, the companies are strictly liable – in compliance with Section 927, sole paragraph of the Brazilian Civil Code – which means that the liability is triggered irrespective of intent or fault, therefore only the unlawful act and its perpetrator need to be ascertained.

On the other hand, the Anti-corruption Act provides that the company officers’ specific liability *will be ascertained insofar as they are found at fault*. By virtue of this provision, it becomes clear that such law does not exclude fault assessment. It is open to debate whether the lawmaker has decided to set a classic fault-based liability – which depends on proof of fault, fact, result and causation – or just a rule for a tort liability gradation. The first case seems more logic according to Section 3, paragraph 1 of the Anti-Corruption Act, which states that *the company shall be held liable regardless of individual liability*.

The fact is that, even considering that strict liability is only applied to companies under the Anti-corruption Act, this is a sensitive subject, since companies cannot control all their employees the whole time. As the Anti-corruption Act does not require proof of company’s fault, it follows that any given company shall be held liable even if it has not agreed, authorized or been aware of unlawful acts by its officers or employees.

Corporate Transactions

The new law has relevant impact in corporate transactions when it states that *the company’s liability shall survive contract amendments, conversion, merger, consolidation or spin-off*. Although the term “contract amendment” is a generic concept – not applicable to corporations, for instance – it is clear that the lawmaker aimed at

fending off possible attempts to dodge liability by using obvious subterfuge, such as changing the members or officers.

It is worth mentioning the limitation of liability created by such law under certain corporate transactions. In this sense, Section 4, paragraph 1 provides that *in case of consolidation or merger, the successor's liability shall be limited to being fined and paying full indemnity for the damage caused up to the transferred assets, and the remaining penalties set forth herein arising from acts and facts from before such consolidation or merger shall not apply, unless it is proved that such consolidation or merger was done to commit fraud or simulation*. Therefore, it is possible to conclude that the law has limited the successor's liability with a view not to interfere greatly in economic-corporate dynamics. Otherwise, the consequences of such law could hinder corporate motions that are natural in a globalized world where consolidated economic groups compete with each other.

Also, as an example of its extensive comprehension, Section 4 paragraph 2 predicts the joint liability of *controlling, controlled and affiliated companies or consortium members* in unlawful acts under the Anti-corruption Act. In this case, the law also limits the liability to being fined and full indemnity for the damage caused, but such indemnity is not limited only to the *transferred assets*, as provided for in the aforementioned provision.

Likewise, said paragraph 2 does not reproduce the wording from paragraph 1 that exempts from other penalties arising from *acts and facts from before* the aforementioned corporate transactions. It is arguable whether the lawmaker intended to give different treatment to both cases or it was just a flawed wording.

Also, regarding Section 4 paragraph 2, the controlling's joint liability (in acts by the controlled company) seems understandable, given its influence and especially the will of strict liability under which such law has been conceived. However, such assessment is not that obvious when we have a look at the controlled company's liability (in acts by the controller); in fact, it sounds rather unfair to hold a company liable for acts by its affiliates. Such distortion is even more visible under great economic groups that have interest in multiple and different economy segments through different companies (affiliated to each other), but without proximity of administration.

Thus, if on one hand the lawmaker seemed to take care not to interfere much in the economic-corporate dynamics when conceiving the limitation of liability in Section 4, paragraph 1, it doesn't seem to have been the case with paragraph 2 of the same Section.

Criminalization of Unlawful Acts

The unlawful acts defined in the Anti-corruption Act are all those that are committed against national or foreign property, or violate government principles or commitments made by the Brazilian government, defined as follows:

I – directly or indirectly promising, offering or giving undue advantages to a public servant or third-party connected to a public servant;

II – is proved to have funded, sponsored or in any way enabled unlawful acts set forth herein;

III – is proved to have used an individual or company to hide or disguise the real interests or the identity of those who benefit from such practiced acts;

IV – regarding bidding processes and contracts:

- a) hindering or frauding public tenders by arrangements, agreements or other means;*
- b) preventing, disturbing or frauding the performance of bidding procedural acts;*
- c) removing or attempting to remove bidders upon fraud or offering advantages of any nature whatsoever;*
- d) committing fraud in public tenders or awarded contracts;*
- e) setting up a company in irregular or fraudulent manner to engage in public biddings or to enter into awarded contracts;*
- f) obtaining improper advantage or benefit upon fraud in changing or extending government contracts without being consented by law, bid notice or the contracts; or*
- g) manipulating or frauding the economic and financial balance of the contracts entered into with the government;*

V – obstructing investigation or inspection by government bodies, entities or agents, or intervening in their activities, including regulatory agencies and inspection departments of the national financial system.

Administrative Penalties

Statutory Law 12846/13 sets forth an administrative fine that goes from 0.1% to 20% of the gross revenue from the financial year immediately before the administrative procedure is initiated, excluded taxes. Fines will never be less than the advantage earned when its value can be ascertained and, in case it cannot be verified, fine shall range from BRL 6,000 to BRL 60,000,000.

The new law also provides for the special publication of the ruling, to be paid by the company. Such ruling shall be published in means of communication with great coverage in the area where such violation has occurred and where such company operates.

Said penalties may apply separately or cumulatively, and do not impair the obligation of full indemnity for the damage caused.

The Anti-corruption Act sets forth a few parameters or conditions precedent to apply such penalties. They are as follows:

- (x) seriousness of the infraction;*
- (xi) expected or obtained advantage by the wrongdoer;*
- (xii) consummation of the infraction or not;*
- (xiii) degree of harm or danger of harm;*
- (xiv) the adverse effect caused by the violation;*
- (xv) wrongdoer's economic status;*
- (xvi) company's cooperation to assess the violations;*
- (xvii) the existence of internal mechanisms and procedures of integrity, audit and incentive to tipping off violations and efficient application of codes of conduct and ethics within the company's premises;*

(xviii) *the price of the contracts executed between the company and the aggrieved public entity.*

It is worth pointing out item (viii) above, once it encourages companies to adopt, keep and apply such mechanisms, procedures and rules. Such legal provision shall be further regulated by the Federal Government.

Administrative Procedure

The jurisdiction to initiate an administrative procedure to assess liability belongs to the highest authority of each body or entity in the Executive, Legislature and Judiciary, which shall act on their own or upon request, observed the right to be heard and to present defense.

Within the Executive, at Federal level, the Office of the Federal Controller General shall have concurrent jurisdiction to initiate administrative procedures to hold companies liable, or to call up cases that have been initiated under the Anti-corruption Act, whether to assess their regularity or to correct them.

The administrative procedure shall be conducted by a commission appointed by the competent authority, and shall be composed of at least 2 civil servants with tenure. The deadline to present defense is within 30 days from notice and the procedure shall be concluded within 180 days from its start date. During the procedure, the competent authority may request any court measures deemed necessary to investigate and process the violations, including search and seizure.

Since the liability defined thereunder is strict, the initiation of an administrative procedure does not harm the immediate application of penalties set forth by law and those described hereinabove.

Piercing the Corporate Veil

In the same manner of Section 50 of the Brazilian Civil code, Statutory Law 12846/13 states that *the corporate veil can be pierced whenever it has been abused to enable, cover or disguise unlawful acts set forth herein or to provoke property confusion, and all the consequences that applies to the company shall be extended to their officers and members with managing powers, observed the right to be heard and to present defense.* Therefore, members without *managing* powers that have not contributed to such unlawful acts are held harmless from the consequences of such law.

Leniency Agreement

The new law regulates the leniency agreement, which can be executed between the highest authority of each competent government entity and the company that causes such acts, as long as the latter actually cooperates with the investigation.

The leniency agreement does not exempt the company's liability to indemnify the damage caused in full, but it shall have the following consequences:

- the applicable fine shall be reduced by 2/3 at most;
- the company shall be exempt from causing the award to be published in the national coverage media;
- the company shall not be prevented from receiving incentives, grants, benefits, donations of loans from public bodies or entities, and from public or government-controlled funding institutions.

If the company is part of an economic group with many other companies, they may benefit from the consequences of the leniency agreement, as long as they accept to sign the document as well.

There is no doubt that the lawmakers want to encourage people to tip off unlawful acts with the leniency agreement, as lawmakers also extend the leniency agreement to unlawful acts set forth in the Bidding Act (Statutory Law 8666/93) in order to exempt or attenuate the penalties listed in Sections 86 to 88 of such Act. Therefore, the leniency agreement may also minimize penalties like default fines under government contracts; suspension of rights to engage in public tenders; and declaration of trustworthiness.

In order to be eligible for the leniency agreement, Statutory Law 12846 demands that the company collaborates with the investigations, and it is essential that such collaboration results in (i) the identification of others involved in the violation, when applicable; and (ii) promptly gathering of information and documents that prove the violation under investigation. Also, the law requires that:

- the company be the first to show interest in cooperating to assess the unlawful act;
- the company stop all the involvement in the investigated violation from the date the agreement is proposed; and
- the company admit its participation in the unlawful act and cooperate in full and permanently with the investigations and the administrative procedure, answering as requested to all procedural acts, at its own expenses, until its conclusion.

A rejected leniency agreement proposal shall not imply the acknowledgment of the unlawful act by the investigated company. It is worth pointing out that failure to comply with the leniency agreement shall prevent the company from entering into a new agreement for 3 years from the authority's awareness of such failure.

Liability under the Judiciary

Also arising from the unlawful acts set forth in the Anti-corruption Act and described hereinabove, the company may also be held liable in court, under a lawsuit brought by Federal, State or Local Government represented by their Attorneys and the Prosecution.

The lawsuit must comply with the procedures for public civil actions set forth in Statutory Law 7347/85.

Statutory Law 12846/13 provides for the following penalties to be enforced in court:

- forfeiture of goods, rights or amounts that represent the advantage or benefit directly or indirectly obtained under the violation, observed the rights belonging to the aggrieved party or third-parties in good-faith;
- partial suspension or prohibition of its activities;
- mandatory dissolution of the company;
- prohibition to receive incentives, grants, benefits, donations or loans from public bodies or entities and from public or government-controlled funding institutions from 1 (one) to up to 5 (five) years.

The aforementioned mandatory dissolution shall be determined when it rests proven that (i) the corporate veil has been used repeatedly to enable or promote unlawful acts; or (ii) it has been set up in order to hide or disguise unlawful interests or the identity of those who benefit from such acts.

It is worth pointing out that the Prosecution may request in court that property, rights or sums are seized to guarantee the fine or full indemnity of the damage.

National Database

The new law also created the National Convicted Companies Database – CNEP, which shall gather and disclose penalties applied by Executive, Legislature and Judiciary agents at all government levels based on Statutory Law 12846/13. CNEP shall also include the executed leniency agreements, but such records shall be erased once the agreement is fully performed.

Statute of Limitations

Violations under the Anti-corruption Act have a 5-year statute of limitations, counting from the date the violation is acknowledged or, in case of repeated and permanent violation, from the date it has ceased to be. In administrative or court procedures, the statute of limitations shall be interrupted upon the initiation of a procedure to assess such violation.

Preserved Jurisdiction

It is important to clarify that the provisions in Statutory Law 12846/13 do not exclude the jurisdiction of the Brazilian Antitrust Authority (CADE), the Ministry of Justice and Ministry of Finance to process and rule over violations to the economic order.

Likewise, the application of penalties provided for in the Anti-corruption Act do not impact the procedures to assess the liability and apply penalties arising from (i) administrative corruption pursuant to Statutory Law 8429/92; and (ii) unlawful acts under Statutory Law 8666/93 or other laws on bidding procedures and government contracts, including the special Public Contracting Regime – RDC created by Statutory Law 12462/11.

These are the relevant aspects of the Brazilian Anti-corruption Act that has introduced a new era of incentive to ethics and improvement of corporate practices in the national legal system, attuned to what is expected by the international community. The companies must certainly devote attention to the strict liability rule and the importance that this new law gives to internal compliance procedures.

This article has been written and disclosed exclusively for didactic and informative purposes; therefore it shall not be construed as a legal opinion or consultation under no circumstances whatsoever. For a specific opinion on the subject herein, please consult a lawyer.

www.cnflaw.com