

LA LEI FEDERAL N. 12.846/13: IL BRASILE SI CONFORMA ALLA CONVENZIONE OCSE IN MATERIA DI LOTTA ALLA CORRUZIONE E RESPONSABILITÀ DA REATO DELLE PERSONE GIURIDICHE

Lo scorso mese di agosto, il Congresso Nazionale brasiliano ha approvato la *Lei Federal n. 12.846/13*¹ recante disposizioni sulla responsabilità “oggettiva amministrativa e civile” di persone giuridiche per illeciti contro la Pubblica Amministrazione, nazionale o estera.

Si tratta di un provvedimento molto atteso, emanato in risposta alle pressanti richieste di maggior trasparenza ed integrità nell'agire governativo provenienti dall'opinione pubblica, che si propone altresì di offrire alla Comunità Internazionale una miglior immagine del Paese, anche in vista degli importanti eventi sportivi che vi si terranno nei prossimi tre anni.

La nuova Legge anti-corruzione, in vigore dal 29 gennaio 2014, introduce pertanto nell'ordinamento brasiliano la responsabilità degli enti da reato ed allinea il Paese alle principali convenzioni in materia².

Destinatario delle disposizioni normative sono tutte le persone giuridiche, fondazioni, associazioni, indipendentemente dalla forma giuridica adottata, siano esse *profit* o *no profit*, domestiche o estere: queste ultime sottostanno alle previsioni della *Lei federal* sia che abbiano sul territorio brasiliano una sede, sia qualora vi insistano solo per il tramite di filiale o ufficio di rappresentanza, ed anche in via temporanea.

Condizione necessaria, ma non sufficiente, affinché sia possibile procedere nei confronti dell'ente, è la commissione (o il tentativo) di atti lesivi della Pubblica Amministrazione, domestica o straniera (ivi comprese le organizzazioni mondiali), del patrimonio pubblico, o atti comunque tali da compromettere gli impegni assunti dal Brasile a livello internazionale. L'articolato non contempla ad oggi ipotesi di corruzione nel settore privato.

In particolare, assumono rilievo le seguenti condotte:

- promettere, offrire o fornire indebitamente, per via diretta o indiretta, un beneficio ingiusto ad un pubblico ufficiale o ad altra persona a questi collegata, così come il finanziamento o la sovvenzione delle stesse condotte;
- finanziare, sostenere i costi, promuovere o sovvenzionare l'esecuzione degli atti illeciti previsti

¹ La normativa, ratificata dal Presidente Dilma Rousseff lo scorso 1° Agosto 2013, è frutto di un complesso *iter* legislativo. E' stata pubblicata il giorno successivo nella Gazzetta Ufficiale brasiliana con la seguente rubrica “*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*”.

Per il testo integrale si veda http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm.

² Segnatamente, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, emanata dall'OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) e sottoscritta dai Paesi membri in data 17 Dicembre 1997 ed entrata in vigore il 15 Febbraio 1999. Il Brasile non è attualmente membro dell'OECD ma è destinatario di uno specifico programma da parte della medesima organizzazione, a far data dal 1998. Come specificato nel sito web dell'OECD medesimo “*Brazil is one of the many non-member economies with which the OECD has working relationships in addition to its member countries. In 1998, in response to a request from the Brazilian authorities for closer co-operation with the OECD, the OECD Council established a country-specific programme for Brazil. Since then, Brazil has become a strong and active partner of the OECD. The OECD Council at Ministerial level adopted a resolution 16 May 2007 to strengthen the co-operation with Brazil, as well as with China, India, Indonesia and South Africa, through a programme of enhanced engagement. While enhanced engagement is distinct from accession to the OECD, it has the potential in the future to lead to membership*”.

dalla legge in esame;

- occultare o dissimulare le proprie reali partecipazioni o l'identità dei beneficiari degli atti commessi ricorrendo a persona fisica o giuridica interposta;
- ostacolare o influire sulle attività di indagine e vigilanza degli organismi preposti a tali fini.

Sono poi previste ulteriori fattispecie di reato nello specifico ambito delle gare di appalto e dei contratti³.

La normativa sembra stabilire un ampio spettro di soggetti che possano impegnare la responsabilità societaria, richiamando espressamente gli amministratori, i dirigenti, nonché qualsivoglia persona fisica, autore, co-autore o concorrente dell'atto illecito⁴.

In parallelo a quanto disposto dal Decreto legislativo 231/2001 n. 231, la colpevolezza dell'impresa rileva altresì all'ottenimento di un interesse o vantaggio in capo alla persona giuridica⁵.

La punibilità di quest'ultima non esclude quella dell'autore del reato⁶ e, d'altro canto, l'eventuale

³ Nella specie: “*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, 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.

§ 1º-Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.”

⁴ La disposizione di cui all'art. 3 sancisce che “*A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.*”

⁵ In forza di quanto disposto dall'art. 2 “*As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.*”

⁶ “*Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.*

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.”

Interessante il parallelo con il nostro D.lgs 231/2001, art. 8 che, sotto il titolo “*Autonomia della responsabilità dell'ente*”, stabilisce, come noto, la sussistenza della responsabilità per le ipotesi in cui l'autore del reato non sia identificato o imputabile, per le ipotesi di estinzione del reato per causa diversa dall'amnistia. In quest'ultima ipotesi, la procedibilità è esclusa allorché l'amnistia è concessa per un reato in relazione al quale è prevista la relativa responsabilità per l'ente e l'imputato ha rinunciato all'applicazione.

proscioglimento dell'autore del reato non pregiudica la possibilità di perseguire l'impresa.

Come anticipato in premessa, si tratta di una responsabilità squisitamente oggettiva, che resiste alle cd. “vicende modificative dell'ente”: in caso di commissione di fatti di cui alla legge in esame, è peraltro stabilita la solidarietà tra società controllanti, controllate, collegate o consorziate⁷.

Il Titolo Terzo, “DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA”, appronta pene severe per le società giudicate colpevoli. A **sanzioni pecuniarie** di importo rilevante nel massimo (pari al 20% del fatturato lordo relativo all'esercizio fiscale precedente all'instaurazione del procedimento amministrativo e comunque mai inferiore al vantaggio ottenuto qualora determinabile), si accompagna la **pubblicazione straordinaria della decisione di condanna** cui deve essere data, per Legge, massima diffusione. In determinati casi, su istanza dell'Unione degli Stati, del Distretto Federale e delle Municipalità, l'ente potrà inoltre essere assoggettato a confisca di importo variabile, nonché a **misure interdittive** analoghe a quelle apprestate dal domestico Decreto 231, tra cui la sospensione o parziale divieto delle sue attività, lo scioglimento obbligatorio ed il divieto di ricevere elargizioni da enti, organismi pubblici per un periodo variabile da 1 a 5 anni⁸.

Tali sanzioni, peraltro, non esimono l'ente dall'obbligo di risarcire integralmente i danni causati⁹.

⁷ La disposizione di cui all'art. 4 specificatamente stabilisce: “*Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária:*”

§ 1^ª *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.*

§ 2^ª *As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado”.*

⁸ “*Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5^ª desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:*

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;

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.

§ 1^ª *A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:*

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos;

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2^ª *(VETADO).*

§ 3^ª *As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.*

§ 4^ª *O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7^ª, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé”*

⁹ “*Art. 6 - Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:*

I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto 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; e

II – publicação extraordinária da decisão condenatória. [...]

§ 3^ª *A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.”*

Un aspetto di rilevante interesse è previsto all'art. 7, norma che contiene l'elenco dei parametri per la commisurazione della pena nei confronti dell'ente. Accanto a indici quali la gravità della violazione, l'avvenuta consumazione della stessa, l'intensità del danno provocato e del pericolo procurato, assumono rilievo elementi quali l'ammontare dei benefici conseguiti o ricercati dalla persona fisica autrice dell'infrazione, la situazione economica della stessa e l'eventuale **collaborazione** dell'ente nell'accertamento della violazione¹⁰.

Grande importanza, nell'ottica di una attenuazione della responsabilità della persona giuridica, riveste infine l'adozione di meccanismi e **procedure interne** volte a promuovere integrità e sicurezza per i *whistleblower* all'interno dell'azienda, così come l'**effettiva applicazione di codici etici e di condotta**¹¹. I criteri per la valutazione dei predetti meccanismi e procedure saranno oggetto di apposito regolamento dell'Organismo Esecutivo Federale.

Sotto il profilo procedimentale, il potere di instaurare il processo amministrativo a carico dell'ente - d'ufficio o su istanza - e di deciderne l'esito, spetta alle più alte cariche di ciascun organo o ente dell'Esecutivo, Legislativo e Giudiziario, salvo deleghe¹². L'*iter* prevede tuttavia che l'Ufficio del Controllore Generale dell'Unione (GCU) abbia autorità concorrente nell'instaurazione di tali procedimenti e nell'avocazione degli stessi¹³; diversamente, l'organismo ha competenza esclusiva nel

¹⁰ Il sistema sanzionatorio appena delineato ricorda quello previsto dal Chapter Eight delle US-Federal Sentencing Guidelines. Nel sistema statunitense è previsto un vero e proprio punteggio (*culpability score*) ove i fattori attenuanti diminuiscono il punteggio "base" ed i fattori aggravanti lo aumentano. La *culpability of the organization* è aggravata in caso di (i) *the involvement in or the tolerance of criminal activity*, (ii) *the prior history of the organization*, (iii) *the violation of an order*, (iv) *the obstruction of justice*. Fattori attenuanti della *culpability of the organization* sono (i) *the existence of an effective compliance and ethics program*; (ii) *self-reporting, cooperation, or acceptance of responsibility*.

¹¹ "Art. 7 Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I – a gravidade da infração;

I – 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; e

X – (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal."

Analoga esigenza informativa anche nell'ordinamento italiano.

¹² "Art. 8 - A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem 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. § 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação."

¹³ "Art 8 - § 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União – CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento."

caso di illeciti commessi in danno di amministrazioni pubbliche estere¹⁴.

L'attività istruttoria è sempre affidata ad un Comitato *ad hoc* (composto da due o più dipendenti pubblici permanenti), cui spetta il compito di accertare eventuali profili di responsabilità in capo all'ente e di proporre all'Autorità procedente l'applicazione delle opportune sanzioni. L'indagine deve concludersi nel termine di 180 giorni, prorogabili esclusivamente per atto motivato dell'Autorità. La persona giuridica sotto inchiesta vede comunque assicurati il proprio diritto al contraddittorio ed alla difesa: può infatti formulare osservazioni nel termine di 30 giorni dalla notifica della conclusione delle indagini, nonché produrre documentazione a sua discolpa.

La *Lei Federal* istituisce inoltre un particolare meccanismo di definizione del procedimento amministrativo. La legge prevede infatti la possibilità per l'ente di stipulare un **accordo di clemenza** in caso di collaborazione effettiva alle indagini. Non basta tuttavia che l'ente collabori, essendo vieppiù necessario che da tale collaborazione derivi la possibilità di assicurare prontamente le prove dell'illecito, nonché di individuare altri soggetti coinvolti. Peraltro, la conclusione dell'accordo di clemenza è subordinata al contemporaneo verificarsi di ulteriori tre condizioni. Si richiede infatti che la persona giuridica:

- dichiarare immediatamente la propria volontà di collaborare;
- cessi il proprio coinvolgimento nella violazione a partire dalla data del proposto accordo;
- ammetta il proprio concorso nell'illecito e collabori con le indagini appieno ed in modo permanente.

In virtù dell'accordo, la persona giuridica non vede pubblicata la decisione di condanna e ottiene una riduzione della sanzione pecuniaria sino a 2/3. L'accordo tuttavia non libera l'ente dall'obbligo di risarcire la totalità dei danni provocati¹⁵.

Le sanzioni applicate a mente della *Lei Federal*, nonché gli accordi di clemenza conclusi in forza del medesimo provvedimento, sono oggetto di iscrizione nel **Registro Nazionale delle Società Sanzionate** (CNEP), istituito all'interno dell'Organo Esecutivo Federale allo scopo di raccogliere e

¹⁴ “Art. 9 - Competem à Controladoria-Geral da União – CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000.”

¹⁵ “Art. 16 - A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa 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.

§ 1º - O acordo de que trata o caput poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes 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.

§ 2º - A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º - O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.”

rendere pubblici le sanzioni e gli accordi in parola. Il Registro contiene indicazione dei dati identificativi dell'ente, del tipo e della durata della sanzione, oltre che di ogni informazione relativa ad eventuali inadempienze da parte dell'ente¹⁶.

La norma precisa, infine, come l'avvio del procedimento a carico della persona giuridica discenda automaticamente dalla notizia di reato, senza che le Autorità competenti possano discrezionalmente valutarne l'opportunità.

Nel complesso, si tratta dunque di un articolato che promette di contrastare con forza il fenomeno corruttivo diffuso nel Paese e che sembra destinato ad incidere direttamente anche sui futuri investimenti esteri *in loco*.

Avv. Iole Anna Savini

Prof. Ascensionato Raffaello Carnà

¹⁶ “Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal 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 nesta Lei.

§ 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no CNEP, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

§ 2º O CNEP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas: I – razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ; II – tipo de sanção; e III – data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no CNEP, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

§ 5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.”