

Práticas de prevenção e combate à corrupção e cuidados a serem tomados nas contratações públicas

23 de março de 2022

Lefosse

Leis Anticorrupção no Brasil

Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/13)

- Responsabilidade objetiva da empresa

Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92 alterada pela Lei nº 14.320/21)

- Responsabilidade da empresa subjetiva (apenas quando não responsabilizada pela Lei Anticorrupção)
- Responsabilidade individual subjetiva (apenas se comprovada sua participação e benefícios diretos, respondendo neste caso, nos limites de sua participação)
- Enriquecimento ilícito (art. 9º)
- Prejuízo ao erário (art. 10º)
- Violação aos princípios administrativos (art. 11) – rol taxativo de condutas
- Titularidade do Ministério Público

Código Penal (Decreto-Lei n.º 2848/40)

- Responsabilidade individual subjetiva
- Corrupção ativa (art. 333)
- Corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B)
- Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n.º 9.613/98)

Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/21)

- Contratos e licitações com a administração pública em geral
- Responsabilização administrativa
- Possibilidade de responsabilização por desconconsideração da personalidade jurídica

Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/16)

- Contratos e licitações com empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias
- Responsabilização administrativa

Case – Obtenção de licenças

Sua empresa precisa requerer uma licença ambiental para a ampliação de uma de suas plantas industriais no Brasil. Decorridos os prazos legais, o órgão ou órgãos responsáveis não se posicionam formalmente a respeito do requerimento solicitado. Em reunião com o analista do órgão competente responsável pelo processo, este sinaliza que os estudos apresentados são ineficientes e que, para a conclusão do processo, inclusive com prazo mais célere, é necessária a contratação de uma consultoria especializada indicada por ele.



Caso Walmart

As falhas nos controles internos permitiram que as subsidiárias estrangeiras do Walmart no México, Índia, Brasil e China contratassem terceiros sem estabelecer controles suficientes para evitar que realizassem pagamentos indevidos a funcionários do governo para obter alvarás e licenças de armazenamento. As falhas permitiram que a empresa abrisse lojas mais rapidamente do que caso houvesse controles internos suficientes anticorrupção.

Case – Licitações

Sua empresa celebra um contrato de representação com um terceiro que conduzirá as negociações de um contrato de fornecimento de equipamentos para determinada sociedade de economia mista da área de energia ABC.

O processo de aquisição dos equipamentos é feito com dispensa à licitação e o contrato prevê o pagamento de bônus de performance de acordo com o volume de equipamentos vendidos e o valor do contrato firmado com a estatal ABC.



Caso Rolls-Royce - Indonésia

Na Indonésia, os funcionários seniores da Rolls-Royce concordaram em pagar US \$ 2,2 milhões e dar um carro Rolls-Royce Silver Spirit a um intermediário. Segundo o SFO, houve uma "inferência" de que esse dinheiro era uma recompensa para o intermediário em relação a um contrato para motores Trent 700, usados em aviões.

Case – Licitações

Sua empresa decide participar de uma licitação no município de Gilbués - PI para o fornecimento de equipamentos de filtragem de ar para estações de ônibus daquele município. O edital contém diversos pontos omissos e sem especificações, o que impede que sua proposta seja orçada de forma assertiva. Sua empresa tem muito interesse em participar desse processo licitatório e apresentou diversos questionamentos. As respostas aos questionamentos foram evasivas e não esclareceram as dúvidas. Sua empresa foi abordada por um consultor que se dispôs a obter as informações pendentes de forma privilegiada após o período de esclarecimento, o que beneficiará sua proposta.



Caso Foster Wheeler

Em 2011 a Foster Wheeler AG participou de uma licitação para o planejamento de um complexo gás-químico para a Petrobras. Para vencer a licitação, a empresa contratou dois agentes, que obtiveram de forma corrupta documentos e informações confidenciais e não públicos da Petrobras para ajudar Foster Wheeler a vencer a licitação.

Case – Patrocínio

Durante as negociações de um contrato para fornecimento de equipamentos para um hospital pertencente à Universidade Federal XYZ, sua empresa é indagada sobre a possibilidade de um patrocínio para um programa interno de formação de gestores, custeando os valores referentes ao curso de 2 semanas a ser realizado em outra cidade, incluindo o deslocamento e hospedagem para gestores e profissionais sêniores do hospital, além de contemplar algumas atividades extracurriculares na programação.



Caso Rolls-Royce - China

Na China, a Rolls-Royce pagou US \$ 5 milhões à CES, uma companhia aérea chinesa estatal, enquanto negociava a venda de motores T700. Segundo o SFO, parte do dinheiro foi utilizado para custear um curso de MBA de duas semanas na Universidade de Columbia para funcionários da companhia aérea chinesa. Os custos incluíram "acomodações quatro estrelas e atividades extracurriculares luxuosas".

O que é um ato de corrupção?

**Abuso do “poder recebido”
para um ganho privado**

*Abuse of “entrusted power”
for private gain*

Transparência Internacional

Exemplos de Corrupção (Ackerman e Palifka. <i>Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform</i>)	
Propina	Troca explícita de dinheiro ou favores pela infração de regras
“Extorsão”	Exigência de propina ou favor por um agente como condição <i>sine qua non</i> para praticar ou deixar de praticar ato de ofício.
Troca de favores	Infração de uma regra em troca da infração de outra
Nepotismo	Contratação de um membro da família ou outro terceiro próximo em detrimento de candidato não relacionado mais qualificado
<i>Cronyism</i> (“compadrio”)	Beneficiar membros de um mesmo grupo – etnia, religião, afiliação político-partidária ou social – a membros de outros grupos
Fraude contábil	Adulterar intencionalmente vendas ou lucros
Fraude eleitoral	Manipular resultados de eleições, por compra de votos, ameaça ao eleitorado, ou pela falsificação ou destruição de votos
Desfalque ou desvio (<i>embezzlement</i>)	Subtrair valores do empregador
Tráfico de influência	Usar os poderes de decisão no governo para obter propinas ou favores

Lei 12.846/2013

O que diz?

- 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.
 - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
 - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
 - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
 - Fraudar, frustrar, impedir, obstar licitações e contratos com órgãos públicos
- Art. 2º 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.

E as pessoas físicas?

- A responsabilização da pessoa jurídica:
 - Não exclui a responsabilização individual de seus dirigentes e administradores;
 - Independe da responsabilização individual de seus dirigentes e administradores (inclusive criminal);
 - Subsiste mesmo se a pessoa jurídica não tiver ciência do ato de corrupção; e
 - Não exclui o dever de reparar o dano nem a responsabilização em outras esferas.

“Agente Público”

Quem exerce na
Administração Pública

- Mandato,
- Cargo,
- Emprego, ou
- Função,

Em razão de

- nomeação
- designação
- contratação
- ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo,

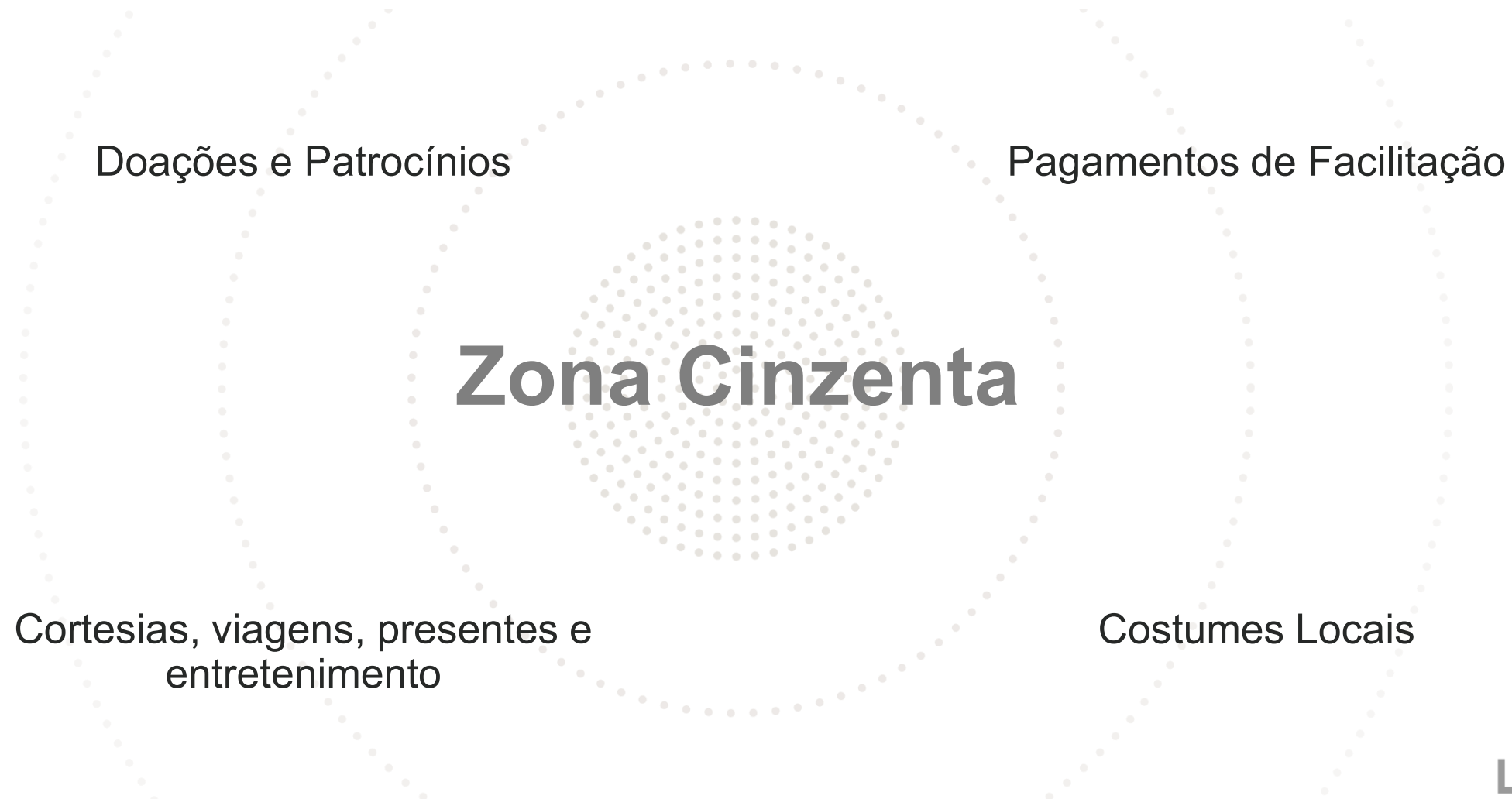
ainda que transitoriamente
ou sem remuneração.

Administração Pública: administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Código Penal (327, §1º): § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em **entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.**

§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores ... forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de **direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.**

“Vantagem indevida”?



“Pagamentos de facilitação”?



Pagamentos de facilitação

- Pagamento para estimular o agente público a realizar atos que deveria realizar de ofício (ex: emissão de licenças e alvarás, vistos, liberação de carga, etc.)
- Enquadra-se na noção de vantagem indevida da Lei nº 12.846/13 – é, portanto, vedada.

O que fazer nestes casos?

- Possível denunciar a solicitação de pagamento para apuração pelos órgãos competentes (Controladoria, Ministério Público), inclusive, de forma anônima.
- Necessário avaliar se eventual denúncia poderá afetar os processos de interesse da empresa junto ao órgão.
- **Prevenção:** Política interna com cuidados/vedações que evitem tais situações (ex: proibir contatos informais, exigir que o funcionário esteja acompanhado em encontros presenciais)
- **Remediação:** (a) Instaurar investigação interna. (b) Se encontrados indícios de irregularidade, avaliar eventual comunicação do fato às autoridades competentes.

Licitações e Contratos Administrativos

Exemplos de possíveis situações irregulares durante as etapas da contratação pública

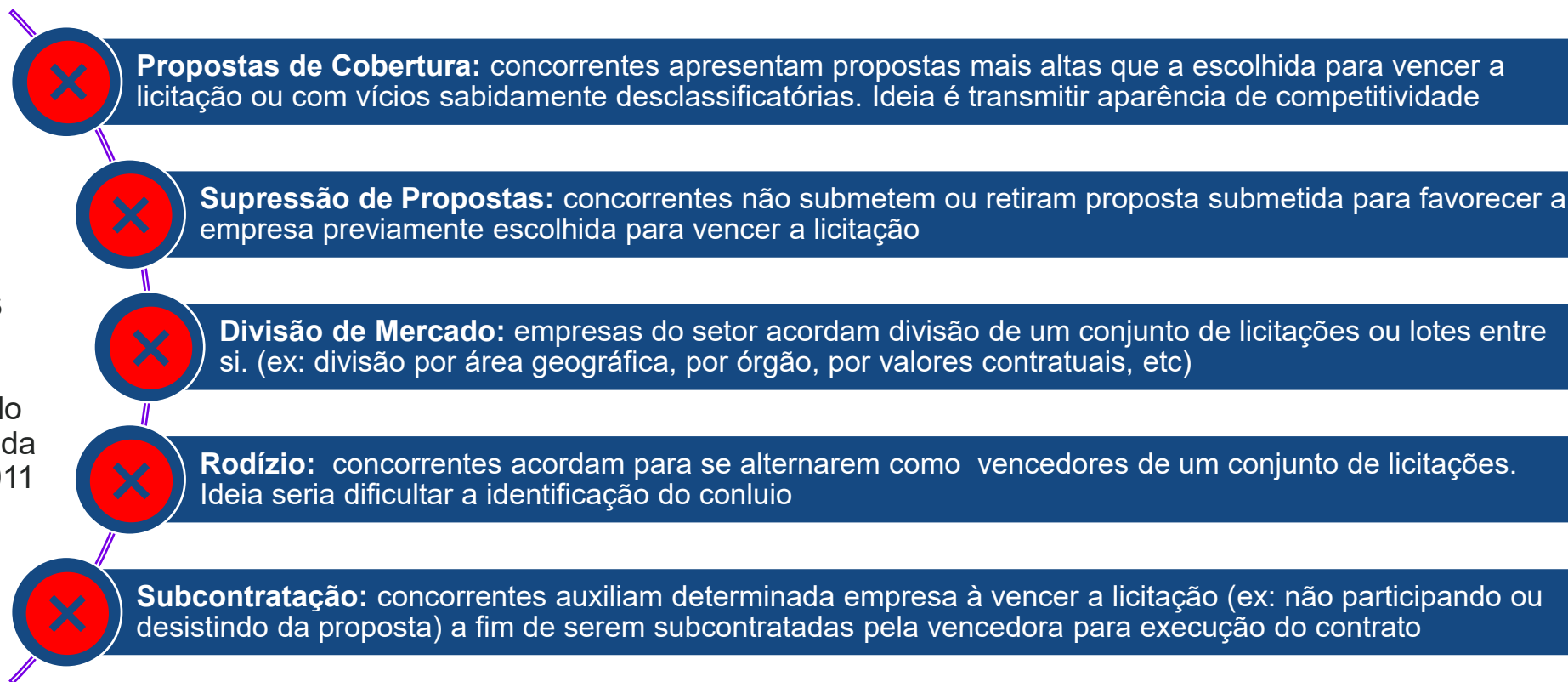


Fase interna (elaboração do edital)	<ul style="list-style-type: none">• Direcionamento do edital em favor de determinada empresa (ex: prazo inadequado para formular propostas, especificações de objeto injustificadas do ponto de vista técnico, exigências técnicas desarrazoadas).• Inexigibilidade ou dispensa de licitação fora das hipóteses autorizadas por lei, sem justificativa ou com justificativa incompatível.
Fase externa (etapa competitiva)	<ul style="list-style-type: none">• Direcionamento na condução da licitação (não esclarecimento de dúvidas, exclusão de licitantes qualificados por meras formalidades totalmente sanáveis, ausência de transparência).• Formação de cartel entre empresas concorrentes.
Execução contratual	<ul style="list-style-type: none">• Superfaturamento, jogo de planilhas, fraude nas medições ou recebimentos.

Licitações e Contratos Administrativos

Cartel em Licitações

Passível de penalização pelo CADE na forma da Lei nº 12.529/2011



Cuidado com a contratação e utilização de terceiros!

- Segundo dados publicados no reporte anual sobre fraudes e crimes econômicos da PWC, **19% dos casos de corrupção e outras fraudes ocorridas no mundo envolveram a participação de terceiros.**

- **Quem são os Terceiros?**

- Fornecedores e prestadores de serviço;
- Representantes comerciais;
- Consultores;
- Parceiros comerciais.

- Os cuidados com Terceiros devem envolver:
 - *Due Diligence* e Avaliação de Risco;
 - Monitoramento constante;
 - Cláusulas anticorrupção nos contratos;
 - Exigência de políticas anticorrupção formais e existência de código de conduta;
 - Cláusulas de auditoria e investigação interna.



Cuidados na interação com agentes públicos

Boas práticas para prevenção de atos de corrupção em licitações e contratos públicos

- ✓ **Evite comparecer sozinho em encontros presenciais com agentes públicos**. O ideal é sempre contar com um segundo participante da empresa nas interações.
- ✓ Preferencialmente, **realize reuniões com agentes públicos apenas nos gabinetes destas autoridades**, mantendo registro de todas elas, e dos temas nelas tratados, por meio de atas que detalhem todos os assuntos discutidos e sejam assinadas por todos os participantes;
- ✓ **Mantenha registros das interações com os agentes públicos** e atenção na linguagem desses registros;
- ✓ Caso algum contato ocorra por vias informais (e.g., Whatsapp ou qualquer outro meio semelhante), recomenda-se que os **entendimentos sejam formalizados por e-mail**. Contatos por meio de aplicativos de mensagens eletrônicas devem ocorrer em situações pontuais (i.e., diante de situações urgentes ou para tirar dúvidas pontuais) e todos os contatos realizados dessa forma devem ser mantidos pelo seu interlocutor; e
- ✓ **Cuidado ao realizar almoços ou jantares com agentes públicos** (motivo deve ser legítimo, valor razoável, registro da interação e dos temas tratados: OBSERVAR POLÍTICAS DE COMPLIANCE).
- ✓ **Tenha o mesmo cuidado no relacionamento com fornecedores e parceiros comerciais**
- ✓ Não utilize celular pessoal para lidar com questões profissionais

Cuidados na interação com agentes públicos

Boas práticas para prevenção de atos de corrupção em licitações e contratos públicos

- ✓ Promova entre os concorrentes e clientes, através de ações coletivas, **a transparência, a integridade e o comportamento ético**. Entidades de classe são um bom veículo para tais promoções.
 - Apenas garanta, antes de mais nada, que tais ações não violam a lei antitruste.
- ✓ **Adote uma Política de Compliance** proibindo suborno, contemplando, se possível, a implantação de uma Política de Relações Governamentais, e contendo instruções claras sobre como rejeitar ofertas de pessoas interpostas para facilitar relações com o governo, através de qualquer suborno ou pagamentos de facilitação.
- ✓ Caso exista uma solicitação indevida, **denuncie a atitude do servidor público, informando-a para terceiros sob a forma de relato a uma linha de ética de sua empresa**, bem como diretamente às áreas jurídica e de compliance, para que elas informem o ocorrido às autoridades, e seja transparente para concordar em colaborar com a investigação/coleta de provas, com o objetivo de eliminar a prática de solicitações indevidas naquela autoridade ou instituição governamental.
- ✓ **Mantenha registros** da formação de seus preços.
- ✓ No caso de contratações diretas, com dispensa ou inexigibilidade de licitação, **certifique-se que a contratação:**
 - i. se enquadra em uma das hipóteses de inexigibilidade ou dispensa previstas pela lei;
 - ii. está devidamente justificada; e
 - iii. observa o procedimento específico previsto pela lei.

Lefosse

Juliana Daniel

juliana.daniel@lefosse.com

Natássia Ueno

natassia.ueno@lefosse.com

SÃO PAULO

Rua Tabapuã, 1227 14º andar
04533-014 Itaim Bibi
São Paulo SP Brasil
+ 55 11 3024-6100

RIO DE JANEIRO

Av. Presidente Wilson, 231 Conjunto 2703
20030-905 Centro
Rio de Janeiro RJ Brasil
+ 55 21 3263-5480



Follow us
on LinkedIn

www.lefosse.com