

Opinião: O Foreign Corrupt Practices Act e a Lei Sapin II

O denominado *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), ou Lei Americana Anticorrupção no Exterior, foi promulgado em 1977 com a finalidade de regulamentar, entre outras coisas, as atividades persecutórias das autoridades norte-americanas em relação a pessoas e entidades que realizem pagamentos a funcionários públicos estrangeiros com o objetivo de obter ou manter negócios.

Spacca



Cristiano Zanin Martins

Em 1998 o FCPA foi emendado para abranger também pessoas físicas e jurídicas estrangeiras que provocam, diretamente ou através de agentes, um ato de corrupção no exterior, o que ampliou o espectro legal e consequentemente a extraterritorialidade da normativa norte-americana.

O FCPA é complementado pelo *Ominibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, que trata de acordos comerciais dos Estados Unidos e possui o objetivo de ampliar o poder de negociação global dos EUA no que diz respeito a acordos comerciais que devam ser atingidos mediante um acesso aberto e equitativo ao mercado com a redução ou eliminação de barreiras e outras práticas de distorção do comércio.

Por sua vez, o *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* é um diploma não vinculativo que reflete a opinião da Divisão de Aplicação da Lei. Apesar de não ter força vinculativa, esse diploma trata de temas relevantes, como as pessoas físicas e jurídicas que são abrangidas pelo FCPA, a jurisdição na persecução e investigação de atos anti-corrupção, regras sobre o combate à lavagem de dinheiro, princípios relativos à investigação, normas de *compliance*, penalidades, sanções, acordos de delação premiada e ainda sobre a denominada prática do *whistleblower*.

Spacca



Valeska Teixeira Zanin Martins

Seja pela tradução do *Foreign Corrupt Practices Act* em mais de 30 idiomas, seja pela imagem do *mapa mundi* na primeira página do *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, a mensagem é clara: o poder iminente de intervenção do Departamento de Justiça e de outras agências norte-americanas em supostos atos de corrupção no cenário internacional.

Ainda, toda a atividade persecutória é complementada pela Unidade de Integridade do Mercado e Principais Fraudes (MIMF), que possui atividade focada na investigação de fraudes financeiras. A unidade investiga as fraudes na indústria dos serviços financeiros por meio do Programa de Proteção de Pagamentos e o Programa de Empréstimo por Desastres Econômicos.

Existe também a *Corporate Enforcement, Compliance, and Policy Unit*, unidade focada no combate aos crimes econômicos nacionais e internacionais que visa a gestão de casos complexos e "multijurisdicionais", a fim de combater estrategicamente crimes econômicos sofisticados, o desenvolvimento de iniciativas estratégicas de aplicação da lei para identificar e combater os crimes de colarinho branco emergentes.

Nesse contexto, o que se verifica é um complexo aparato persecutório criado pelos Estados Unidos a partir do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e que tem sido complementado por atos e convenções internacionais (inclusive mercantis), objetivando estabelecer uma teia complexa de atos persecutórios com a intervenção de atores privados e controle concorrencial.

Por que todo esse aparato de perseguição deve ser visto com cautela?

Primeiro, a criação do modelo capitalista de perseguição empresarial possui forte influência política e cultural dos Estados Unidos que, exportando para o mundo a abordagem repressiva da *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), obtiveram sucesso na replicação ou captura dos modelos nacionais, inclusive no Brasil [\[1\]](#). Referida lei é usada de forma estratégica, na perspectiva do *lawfare*, assim entendido como "o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo" [\[2\]](#).



Segundo, a visão mercantilista da corrupção internacional pode acabar caracterizando a implementação de uma "parceria público-privada" na luta contra a corrupção, o que pode ser verdadeiramente perigoso no modelo de justiça "transaccional" ou "negociada". O envolvimento de atores privados na repressão de crimes econômicos torna a persecução horizontal e o jogo de interesses é patente. Intervenções persecutórias, compartilhamento informal de elementos de prova, práticas tecnológicas de espionagem e informação sistematizada, são alguns dos elementos a serem considerados.

É preciso analisar que quando um ato normativo como o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) deriva de uma potência econômica, militar e política, os encargos sobrevivendo de referida norma reverberam além das esferas jurídicas, ampliando desmedidamente a intervenção norte-americana diante de outros Estados soberanos.

A França tomou algumas iniciativas com o objetivo de contrapor ou minimizar esse uso estratégico do *Foreign Corrupt Practices Act* pelos Estados Unidos.

Em 1993 foi aprovada na França a denominada *Loi Sapin I*, em referência ao primeiro texto anticorrupção apresentado por Michel Sapin (ex-ministro das finanças), que inaugurou relevantes normativas a respeito do combate à corrupção, transparência econômica e de procedimentos públicos.

Em 2014, a francesa Alstom pagou a título de multa cerca de US\$ 800 milhões ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos, e após três dias o seu departamento energético foi vendido à multinacional americana General Electric.

Na obra "*Alstom, Scandale d'État*" [\[3\]](#) (2015), o autor Jean-Michel Quatrepoint sublinha que após o citado caso, em fevereiro de 2016, foi estabelecida uma missão de informação sobre a extraterritorialidade da legislação dos EUA pelas Comissões dos Negócios Estrangeiros e das Finanças da Assembleia Nacional francesa, presidida por Pierre Lellouche.

É interessante notar que quatro empresas francesas, quais sejam, a Alstom, Société Générale, Total, Technip, figuram atualmente na lista das dez maiores multas negociadas pelo Departamento de Justiça dos EUA por corrupção internacional, conforme gráfico publicado pela mencionada missão.

Nas conclusões da missão supramencionada foi salientada a necessidade de combater os efeitos indesejáveis da extraterritorialidade da legislação norte-americana, ampliar a jurisdição francesa aos atos de corrupção cometidos no estrangeiro e introduzir um mecanismo de transação criminal [\[4\]](#).

No relatório da missão verifica-se a constante preocupação relativa à extraterritorialidade da legislação estaduniense, registrando-se uma contrariedade entre a perspectiva norte-americana e a europeia, além da consideração do Direito como um instrumento de *puissance économique et de politique étrangère*, além da crítica direta às práticas americanas de investigação que se apoiam sobre critérios incertos, métodos intrusivos e abusivos.



Na conclusão do *rapport d'information* [5] da missão, constam importantes proposições para tornar claro aos Estados Unidos que certas práticas se tornaram abusivas e que a França não iria mais aceitá-las, exigindo-se a reciprocidade na aplicação de certos acordos internacionais e de paridade de armas aos EUA, a fim de poder impor-lhe políticas cooperativas.

No âmbito interno, a comissão propôs as seguintes diretivas: 1) o estabelecimento de uma convenção judicial de interesse público sobre transparência, a luta contra a corrupção e a modernização da vida econômica; 2) a introdução de uma disposição extraterritorial que permita a eventual persecução de empresas estrangeiras nos tribunais franceses por corrupção cometida no estrangeiro se a empresa corruptora tiver qualquer atividade econômica na França; e 3) a consideração da introdução de mecanismos de transação criminal da mesma inspiração (aprovado pelos tribunais e tornado público) na área das violações de embargo por todas as empresas que operam na França, além de outros apontamos que posteriormente foram adotados pela *Loi Sapin II*.

Como resultado do *rapport d'information* [6] publicado pela Comissão de Negócios Estrangeiros e das Finanças da Assembleia Nacional francesa, em 9 de dezembro de 2016 foi promulgada a já referida *Loi Sapin II*, nº 1.691, que trata da probidade administrativa na administração pública e privada, cria a Agência Francesa Anticorrupção (AFA), além de prever relevantes hipóteses de aplicabilidade extraterritorial da lei francesa.

A *Loi Sapin II* prevê a aplicabilidade extraterritorial da lei francesa no caso de infrações relativas à corrupção e ao tráfico de influência praticados por agente público ou particular, através de emenda aos artigos 435-1 à 435-4 do Código Penal francês.

O artigo 435-6-2 do Código Penal (acrescido pela *Loi Sapin II*), por seu turno, prevê que quando referidas infrações forem cometidas no estrangeiro por uma pessoa física ou jurídica francesa ou por uma pessoa que habitualmente resida ou que exerça a totalidade ou parte da sua atividade econômica em território francês, a lei francesa é aplicável.

A extraterritorialidade da lei penal francesa permite a punição de um cidadão estrangeiro à frente de uma empresa à qual se aplica o Direito Penal francês, o que já existia no combate às infrações penais relativas à atos de terrorismo, agressão sexual e proxenetismo.

Ainda, nos moldes do *whistleblower*, a *Loi Sapin II* traz a figura do *lanceur d'alerte*, relativa à uma pessoa que revele ou denuncie, desinteressadamente e de boa fé, um crime ou delito, uma violação grave e manifesta de um compromisso internacional devidamente ratificado ou aprovado pela França.

Também, o artigo 17 da lei supramencionada exige a implementação por pessoas físicas e jurídicas de um sistema interno de denúncia de irregularidades com o objetivo de permitir uma centralização de relatórios de empregados das empresas supostamente envolvidas em atos fraudulentos (*devoir de conformité/compliance*).

Uma das normas mais relevantes da *Loi Sapin II* se refere à Convenção Judiciária de Interesse Público (CJIP), por meio da qual o Ministério Público e a Agência Francesa Anticorrupção (AFA) elaboraram diretrizes sobre acordos de não persecução que visam a encorajar uma abordagem de cooperação com a autoridade judicial e a AFA.

Nesse sentido, no âmbito da Convenção Judiciária de Interesse Público (CJIP), diversas diretivas foram publicadas envolvendo empresas como JP Morgan (26 de agosto de 2021), Airbus (29 de janeiro de 2020), Google (3 de setembro de 2019), Société Générale (24 de maio de 2018) e o HSBC (30 de outubro de 2017).

Portanto, à luz da experiência francesa, verifica-se possível, por meio de inovações legislativas e de novas práticas que fortaleçam os sistemas persecutórios nacionais, a criação de instrumentos de defesa em relação ao uso do *Foreign Corrupt Practices Act* como instrumento de *lawfare* empresarial.

Referências bibliográficas

DUNLAP JR., Charles. *Lawfare Today: A Perspective*, em *Yale Journal of International Affairs*, 2008, p. 146: "Although I've tinkered with the definition over the years, I now define 'lawfare' as the strategy of using — or misusing — law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective".

BREEN, Emmanuel, FCPA. *La France face au droit américain de la lutte anticorruption*.

F. HEIMANN ET M. PIETH (dir.), *Confronting Corruption : Past concerns, Present Challenges, and Future Strategies*, Oxford University Press, 2018, p. 12 s. Sur l'internationalisation de la lutte contre la corruption internationale, v. J. Lelieur et M. Pieth, *Dix ans d'application de la convention OCDE contre la corruption transnationale*, D. 2008. 1086 ; J. Tricot, *La corruption internationale*, RSC 2005. 753 ; F. Farouz-Chopin, *La lutte contre la corruption*, Presses Universitaires de Perpignan, 2003 ; M. Delmas-Marty (dir.), *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne humaine*, 7 vol., spéc. le n° 7, *Les processus d'internationalisation*, MSH, Paris, 2001.

FEREY, Amélie. *Droit de la guerre ou guerre du droit ? Réflexion française sur le lawfare*.

GOMÉZ, Santiago. *Lawfare y operaciones psicológicas*. Disponível em <http://www.agenciapacourondo.com.ar/patria-grande/lawfare-y-operaciones-psicologicas>.

KITTRIE, Orde F. *Lawfare: Law as a weapon of war* (2016).

MBEMBE ACHILLE, 2006, "On politics as a form of expenditure", in Comaroff Jean et Comaroff John L. (dir.), *Law and Disorder in the Postcolony*.

QUATREPOINT, Jean-Michel. *Alstom, scandale d'État* (2015).

SHKLAR, Judith N. *Legalism*. Harvard University Press, 1964, p. 1.

ZANIN MARTINS, Cristiano. ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira. VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*.



São Paulo: Editora Contracorrente, p. 26, 2019.

Sur le Champ de bataille. La revue de l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne. 2020, numéro 02. Programme de recherche Sorbonne War Studies. N. 1.257.

Pour Une Approche Sociologique Des Guerres Civiles. by Adam Baczko and Gilles Dorronsoro in Revue Française de Sciences Politiques, Vol 67. Disponível em : <<http://www.civilwarsproject.com>>. Acesso em 14/02/2022.

Legal Enforcement. Disponível em : <<https://ec.europa.eu/environment/legal/law/compliance.htm>> Acesso em 14/02/2022.

Embraer Agrees to Pay More than \$107 Million to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Charges. Disponível em : <<https://www.justice.gov/opa/pr/embraer-agrees-pay-more-107-million-resolve-foreign-corrupt-practices-act-charges>> Acesso em 14/02/2022.

(OAS) Inter-American Convention Against Corruption. Disponível em : <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/iacac.pdf>> Acesso em 14/02/2022.

Criminal law convention on corruption. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/12/06/criminal-law-convention-on-corruption.pdf>> Acesso em 14/02/2022.

Site do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide>> Acesso em 14/02/2022.

RAPPORT D'INFORMATION – ASSEMBLÉE NATIONALE, par la commission des affaires étrangères et la commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine. Disponível em: <<https://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp>> Acesso em 14/02/2022.

"Lava jato" usou norma anticorrupção dos EUA para punir empresas brasileiras. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/lava-jato-usou-norma-eua-punir-empresas-brasileiras> Acesso em 21/02/2022.

[1] <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/lava-jato-usou-norma-eua-punir-empresas-brasileiras> [consultado em 21/02/2021].

[2] ZANIN MARTINS, Cristiano. ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira. VALIM, Rafael. Lawfare: uma introdução. São Paulo: Editora Contracorrente, p. 26, 2019.



[3] Escândalo de Estado.

[4] Rapport D'information — Assemblée Nationale, par la commission des affaires étrangères et la commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine. Disponível em: <<https://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp>>

[5] Relatório de informação.

[6] Relatório de informação.

Meta Fields