

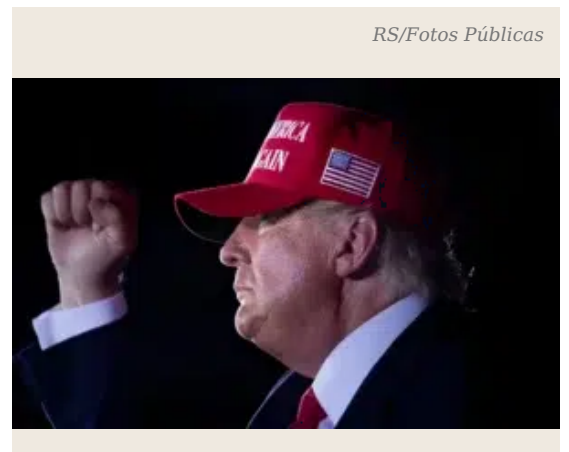
O Gato de Schrödinger e o FCPA

28/03/2025

Em fevereiro de 2025, o presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, assinou uma ordem executiva que, teoricamente, suspendeu por 180 dias o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, a poderosa legislação transnacional anticorrupção, sob o pretexto de harmonizar a aplicação da norma com a sua política externa. Isto significou, além da pausa em investigações futuras, que as ações em andamento nos órgãos responsáveis fossem revistas e que novas diretrizes interpretativas sejam estabelecidas [1] [2].

Essa pausa forçada aconteceu porque, segundo o entendimento do atual mandatário, a aplicação expansiva e imprevisível do FCPA contra empresas e cidadãos norte-americanos em virtude de práticas comerciais rotineiras acabaria por prejudicar a competitividade econômica do seu país, limitando a segurança nacional dos Estados Unidos que depende, em grande parte, das suas empresas obterem vantagens comerciais estratégicas [3].

Esses argumentos deixam qualquer departamento de *compliance* à beira de um colapso nervoso. Não nos parece, pelo menos em circunstâncias normais de temperatura e pressão, que a prática de atos corruptivos possa coexistir pacificamente dentro do conceito de práticas comerciais rotineiras. Essa dissociação semântica se conecta diretamente com a falácia que o FCPA constituiria um empecilho geopolítico para empresas norte-americanas.



Legitimar uso da ordem executiva

Essa tática diversionista provavelmente foi utilizada para legitimar o uso da ordem executiva. Isto porque esse poder presidencial decorre da autoridade executiva do presidente, nos termos do artigo II, Seção I, da Constituição norte-americana [4] ou é oriundo de uma delegação dada pelo Congresso [5], com o propósito de moldar as políticas do seu país.

Considerando que a política externa é prerrogativa do Poder Executivo e a Suprema Corte Americana aparenta manter o histórico de manter uma posição de deferência nestes assuntos [6], a pausa no FCPA, diante de uma pretensa reorganização de prioridades dos órgãos encarregados da sua aplicação, não deve ser interpretada como sua revogação (já que somente uma outra lei poderia fazê-lo). Daí que a hipótese mais plausível para um certo ceticismo com o futuro do *compliance* é que a sombra do Departamento de Justiça Norte Americano parece ter minguado enquanto argumento para mobilizar a alta gestão de empresas multinacionais de aderir aos custos transacionais dos programas de integridade [7].

As razões para o pretendido giro hermenêutico no FCPA e os seus potenciais efeitos podem ser vistas sob diversos prismas. Não se pode descuidar que o *Foreign Extortion Prevention Act (FEPA)* não foi alvo de nenhuma ordem executiva, o que poderia, em tese, tutelar eventuais procedimentos persecutórios com objetos bastante similares ao FCPA. Por outro lado, ainda a título de exemplo, a estratégia de esvaziamento (*debunking*) dos órgãos encarregados da aplicação desta norma pode acarretar, na prática, na sua “virtual revogação”.

Cenário no Brasil

Enfim, independente das projeções, o curto circuito proposto pelo chefe do Poder Executivo norte-americano causa alvoroço, sobretudo para nós habituados na experiência jurídica romano germânica. Já imaginou o atual presidente do Brasil editando decreto regulamentador para suspender os efeitos da nossa Lei Anticorrupção? O nosso sistema inquisitorial jamais toleraria uma negociata dessas com a verdade real.

Mas a hipótese estapafúrdia não anda tão distante do imaginário dos nossos mandatários, já que o uso de ferramentas infralegais à disposição do Poder Executivo têm sido usados alargando as margens da legalidade[8]. Ainda que a ordem executiva e o decreto regulamentador possuam suas gramáticas particulares, considerando as dinâmicas e experiência de ambos os países, estes curiosos casos da pirâmide invertida de Kelsen desafiam os destinatários e intérpretes das normas.

No caso do FCPA trata-se de uma norma estável desde a década de 70, cuja interação com empresas brasileiras foi relativamente expressiva até pouco tempo atrás. Além do mais, a ideia por trás do lema *make america great again* pode acabar aliviando o FCPA apenas para empresas nacionais daquele país, para os demais, os rigores da lei. Eu iria com calma nesta história que o FCPA está com os dias contados.



[1] Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/pausing-foreign-corrupt-practices-act-enforcement-to-further-american-economic-and-national-security/> Acesso em 17.03.2025.

[2] Agradeço a Dra. Sarah Bria de Camargo pela revisão do texto e pelo intercâmbio de ideias.

[3] “Seção 1. Objetivo e política. Desde sua promulgação em 1977, a Lei de Práticas de Corrupção no Exterior (15 U.S.C. 78dd-1 et seq.) (FCPA) tem sido sistematicamente, e em um grau cada vez maior, ampliada além dos limites adequados e abusada de uma maneira que



prejudica os interesses dos Estados Unidos. A aplicação atual da FCPA impede os objetivos da política externa dos Estados Unidos e, portanto, autoriza a autoridade do Artigo II sobre assuntos estrangeiros. (...) Mas a aplicação excessivamente expansiva e imprevisível da FCPA contra cidadãos e empresas americanas — por nosso próprio governo — para práticas comerciais rotineiras não apenas desperdiça recursos limitados dos órgãos persecutórios que poderiam ser dedicados à preservação das liberdades americanas, mas prejudica ativamente a competitividade econômica americana e, portanto, a segurança nacional” (tradução livre) Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/pausing-foreign-corrupt-practices-act-enforcement-to-further-american-economic-and-national-security/>. Acesso em 17.03.2025

[4] “Artigo II Seção 1 – O poder executivo será investido ao Presidente dos Estados Unidos da América.” (tradução livre). Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/article-2/> Acesso em 17.03.2025

[5] “Ordens executivas normalmente transmitem diretivas presidenciais destinadas a ter força e efeito de lei. Para ter efeito jurídico, essas diretivas devem ser emitidas de acordo com uma das fontes de poder do Presidente: o Artigo II da Constituição ou uma delegação de poder do Congresso” (tradução livre). Disponível em <https://www.congress.gov/crs-product/R46738> Acesso em 17.03.2025

[6] “Veja, por exemplo, Am. Ins. Ass’n v. Garamendi, 539 U.S. 396, 414 (2003) (“Embora a fonte do poder do Presidente de agir em assuntos estrangeiros não tenha permissão textual expressa, o histórico sobre o ‘Poder Executivo’ investido no Artigo II da Constituição reconheceu a ‘vasta parcela de responsabilidade do Presidente pela condução de nossas relações exteriores’”, citando Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579, 610-611 (1952) (Frankfurter, J., concordando). Veja também Zivotofsky v. Kerry, 576 U.S. 1, 11-16 (2015) (discutindo bases para entender que o Presidente tem autoridade constitucional exclusiva sobre o reconhecimento de soberania estrangeira)” (tradução livre). Disponível em <https://www.congress.gov/crs-product/R46738> Acesso em 17.03.2025

[7] Sugiro o texto excelente da Dra. Hui Chen. Disponível em : <https://www.cdeadvisors.com/better-way-blog/fcpa>. Acesso em 17.03.2025.

[8] O texto discute como a edição de atos infralegais subverte a dinâmica da separação de Poderes, problematizando tal prática durante o mandato do Presidente Bolsonaro. Vide: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L. P. Infralegalismo autoritário: a estratégia do Governo Bolsonaro para implementar sua agenda iliberal sem apoio no Legislativo. Em: VIEIRA, O. V. (Ed.). Estado de direito e populismo autoritário: Erosão e resistência institucional no Brasil (2018-22). Rio de Janeiro, RJ: Editora FGV, 2023.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-mar-28/o-gato-de-schrodinger-e-o-fcpa/>