

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**EXTRATERRITORIALIDADE DE LEIS ANTICORRUPÇÃO:
FCPA E AS EXPERIÊNCIAS DA OPERAÇÃO LAVA JATO**

SAMARA GEWEHR

RIO DE JANEIRO

2022

SAMARA GEWEHR

EXTRATERRITORIALIDADE DE LEIS ANTICORRUPÇÃO:
FCPA E AS EXPERIÊNCIAS DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Carolina Araujo de Azevedo Pizoeiro

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

GG396e Gewehr, Samara
Extraterritorialidade de leis anticorrupção: FCPA e as experiências da operação Lava Jato / Samara Gewehr. -- Rio de Janeiro, 2022.
68 f.

Orientador: Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Extraterritorialidade de leis anticorrupção. 2. FCPA. 3. Lava Jato. 4. Transplantes legais. 5. Lawfare. I. Pizoeiro, Carolina Araújo de Azevedo, orient. II. Título.

SAMARA GEWEHR

EXTRATERRITORIALIDADE DE LEIS ANTICORRUPÇÃO:
FCPA E AS EXPERIÊNCIAS DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Carolina Araujo de Azevedo Pizoeiro

Data da Aprovação: 18 de fevereiro de 2022

Banca Examinadora

Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro

Orientador (a)

Alberto Lopes da Rosa

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2022**

Gewehr, Samara.

Extraterritorialidade de Leis Anticorrupção: FCPA e as experiências da operação Lava Jato/Gewehr, Samara – 2022

68 FOLHAS

Projeto de Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: fls. 64-68

RESUMO

A extraterritorialidade de leis anticorrupção projeta-se habilmente num mundo multiconectado. Dessa forma, com as fronteiras estatais adquirindo maior flexibilidade através do fluxo intenso de relações jurídicas que ultrapassam os limites territoriais, os sistemas jurídicos dos países deparam-se com os mais variados desafios de jurisdição. Tal circunstância demanda a implementação do princípio da extraterritorialidade nos ordenamentos jurídicos internos, como disposto na inteligência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e na *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), lei anticorrupção dos EUA. A força extraterritorial de legislações internas é uma necessidade ao Direito Internacional nesse cenário globalizado, mas o uso de elementos de conexão frágeis para cumprir essa performance suscita críticas e questionamentos quanto ao propósito e eficiência de tal disciplina jurídica: o discurso anticorrupção e o combate extraterritorial seriam os novos moldes da Doutrina de Segurança Nacional? É através de uma pesquisa exploratória que o presente estudo aproxima-se do tema, pretendendo, mediante revisão bibliográfica e ponderações sociojurídicas, um diálogo crítico do alcance extraterritorial das leis anticorrupção. A correlação entre a aplicação da FCPA, os vícios procedimentais enfrentados no percurso da operação Lava Jato e suas consequências são o escopo da análise, reflexão que percorre o conceito de Prestígio de Sacco e os estudos de Graziadei sobre Transplantes Legais para compreender um dos possíveis motivos propulsores desse cenário.

Palavras – Chave: Corrupção. Democracia. Direito Comparado. Doutrina Monroe. Extraterritorialidade. FCPA. Lava Jato. Lawfare. LINDB. Transplantes Legais.

ABSTRACT

The extraterritoriality of anti-corruption laws is projected very skillfully into a multi-connected world. In this way, with state borders acquiring greater flexibility through the intense flow of legal relationships that go beyond territorial limits, the legal systems of countries are faced with the most varied challenges of jurisdiction. This circumstance demands the implementation of the principle of extraterritoriality in domestic legal systems, as provided in the intelligence of the Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) and in the Foreign Corrupt Practice Act (FCPA), US anti-corruption law. The extraterritorial force of domestic legislations is a necessity for International Law in this globalized scenario, but the use of fragile connection elements to fulfill this performance raises criticisms and questions about the purpose and efficiency of such a legal discipline: the anti-corruption discourse and the extraterritorial combat would be the new molds of the National Security Doctrine? It is through an exploratory research that the present study approaches the theme, intending, through a bibliographic review and socio-legal considerations, a critical dialogue of the extraterritorial scope of anti-corruption laws. The correlation between the application of the FCPA, the procedural errors faced in the course of the Lava Jato operation and its consequences are the scope of the analysis, a reflection that runs through the concept of Prestige of Sacco and Graziadei's studies on Legal Transplants to understand one of the possible reasons behind this scenario.

Keywords: Corruption. Comparative Law. Democracy. Extraterritoriality. FCPA. Lava Jato. Lawfare. Legal Transplants. LINDB. Monroe Doctrine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. EXTRATERRITORIALIDADE DE LEIS	11
1.1 ASPECTOS CONCEITUAIS	11
1.1.2 Elemento de Estraneidade	12
1.2 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	13
2. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT	15
2.1 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO	16
2.2 O MAL ENDÊMICO E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL	20
3. A OPERAÇÃO LAVA JATO E A FCPA	24
3.1 REAÇÕES IMUNOLÓGICAS.....	29
3.2.1 Da Soberania Nacional	31
3.2.2 Da Opinião Pública	33
3.2.3 Da Economia	36
3.2.4 Do Sistema Jurídico	38
3.2.5 Da Democracia	40
4. CRÍTICAS	42
4.1 DOCTRINA MONROE	45
4.2 LAWFARE	48
4.3 TRANSPLANTES JURÍDICOS: SEMELHANÇAS.....	51
4.3.1 Elementos	54
4.3.2 Prestígio como consequência	55
4.3.3 Maturidade como perspectiva	59
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A extraterritorialidade de leis, tema essencial no âmbito do Direito Internacional com previsão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na execução da *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), engloba inúmeras controvérsias na solução de conflitos que ultrapassam os limites fronteiriços das nações. Atualmente, em decorrência do combate ostensivo à corrupção como agenda mundial, a atuação de leis estrangeiras, em países orientados por sistemas jurídicos distintos, alavancou os debates sobre os efeitos e a dimensão do instituto abordado.

O suborno distorce a competitividade do mercado e enfraquece a democracia, além de precarizar o desenvolvimento do país. Diante da globalização e no intuito de dificultar isenções de julgamentos com base na nacionalidade ou ofensa política, os países promulgam leis de alcance extraterritorial, como a FCPA, lei anticorrupção dos Estados Unidos. Mas, para que a estratégia ostente legitimidade, a incidência legislativa estrangeira implica a presença de ato/fato jurídico que conecte a aplicação de tal jurisdição (estranheidade).

Através desse requisito, os EUA expandiram o alcance de sua lei anticorrupção para corrigir as distorções na economia estadunidense. Pelas diretrizes da FCPA, qualquer empresa estrangeira que, mesmo fora do território dos Estados Unidos, realize suas operações ilegais utilizando o sistema financeiro americano ou até mesmo suas redes de comunicação, se tornará alvo do *enforcement* da legislação.

Por razões diplomáticas e, principalmente, práticas, a aplicação legislativa extraterritorial necessita do consentimento e da assistência do país local. A operação Lava Jato surge nesse cenário de mútuo esforço dos Estados na repressão de crimes que transcendem os interesses nacionais: uma força tarefa de combate à corrupção sistêmica no Brasil, com início em março de 2014 e sediada na 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba.

A diligência em confrontar as práticas de corrupção estimula o debate e a busca por mecanismos eficientes que estruturam uma agenda estatal preocupada em realçar a capacidade de combate. É pauta de estudos os malefícios advindos do comportamento corrupto dentro de entidades públicas e empresas multinacionais, prejudicando os setores essenciais de um Estado, como a saúde, economia e infraestrutura. Mas, até mesmo a melhor das iniciativas precisa observar os limites intransponíveis da atuação, ou seja, na busca pela aplicação da legalidade, os meios

empregados devem ser executados, evidentemente, pelas vias da legalidade, ou macula-se o intento. É manifesto na atualidade, depois de tantas experiências cruéis vividas pela sociedade, que os fins não justificam qualquer meio.

Nesse sentido, a extraterritorialidade de leis anticorrupção pode tanto auxiliar a regulamentação internacional nesta seara de crimes como pode prejudicar a soberania e competência jurisdicional dos Estados. Diante dos efeitos resultantes da operação Lava Jato, estuda-se a possibilidade de situar a correlação destes com a aplicabilidade do instituto jurídico em tela, identificando, pela incidência da FCPA, quais as consequências da jurisdição extraterritorial na estrutura estatal nacional.

1. EXTRATERRITORIALIDADE DE LEIS

A globalização, dentre tantos importantes efeitos, agregou à atualidade social o instituto jurídico da extraterritorialidade de leis. Conforme salientado pelo Grupo de Trabalho Direito Internacional I, em uma sociedade complexa:

“(...) a vida local deixa de ser possível de forma isolada, pois a tecnologia aproxima as pessoas, a cultura e as expectativas em tempo real. Com isso, atitudes tomadas em um lugar geram consequências não desejadas ou desejadas em outro país, em outra cultura” (XXVII CONPEDI)

A interligação entre as nações resulta no estabelecimento de legislações que ultrapassam os limites territoriais, principalmente quanto às condutas lesivas que repercutem em esfera global. O instituto jurídico da extraterritorialidade de leis é um instrumento do Direito que canaliza incentivos para a cooperação internacional e busca soluções de conflitos jurídicos e sociais.

1.1 ASPECTOS CONCEITUAIS

Delimitar, com clareza, as características do princípio da extraterritorialidade de leis certamente é um desafio para o Direito Internacional, sendo uma exceção à regra geral de territorialidade. A diretriz territorial preserva a soberania e delinea a incidência jurisdicional de um Estado, além de garantir a legitimidade da atuação estatal pelo princípio da reserva legal, pois os cidadãos de uma nação desconhecem os dispositivos jurídicos estrangeiros.

Sobre esse dilema, Clóvis Beviláqua deixou escrito:

“Si a lei é, como se pretende, essencialmente territorial, desnatural-a-emos sempre que a forçarmos a ser extraterritorial, o que acontece com as leis reguladoras do estado das pessoas. Ou a extraterritorialidade é uma necessidade, imposta pelas relações internacionais de ordem privada, e, neste caso, não se pôde partir da territorialidade essencial das leis, para a construção de um systema de direito internacional privado, ou a territorialidade é qualidade substancial das leis, e dar-lhe efeitos extraterritoriaes é atacar a sua essência.” (pág. 23)

A competência territorial descobre sua insuficiência na complexidade e necessidade de uma harmonização jurídica no cenário internacional, que demanda a

materialização de efeitos extraterritoriais e uma reestruturação constante dos moldes de uma segurança jurídica.

Seguindo uma conceituação derivada da função do instituto, o princípio da extraterritorialidade de leis compreende uma isenção e uma incidência jurisdicional: isenta-se o ato/fato jurídico da aplicação de uma jurisdição estranha e o alcance da jurisdição do Estado competente é majorado para envolver o ato/fato jurídico ocorrido fora de suas fronteiras geográficas. José Carlos Magalhães assim expõe o tema na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

“Os efeitos extraterritoriais da jurisdição do Estado decorrem sempre de um vínculo fático do evento com o território e se justifica sempre em razão desse vínculo, seja ele a nacionalidade dos agentes, seja o objeto de determinado negócio ou relação jurídica, quer ainda se refira a valores que direta ou indiretamente afetem o Estado, em seus domínios territoriais. Essa aplicação extraterritorial de normas nacionais foi reconhecida no direito internacional, de modo claro, na decisão do caso Lotus, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, que acolheu como legítima a ampliação da jurisdição territorial, desde que circunscrita às regras do direito internacional. Em verdade, enfatizou a Corte, «tudo o que pode ser exigido de um Estado e que não ultrapasse os limites que o Direito Internacional impõe a sua jurisdição; dentro desses limites, seu título para exercer jurisdição repousa em sua soberania»” (pág. 163)

Definindo os contornos do Direito Internacional Privado, Mazzuoli também aborda a conceituação do princípio em estudo:

“A técnica escolhida e ainda aplicada pelos Estados, enquanto não sobrevém melhor solução, consiste em estabelecer, por meio do Direito interno, regras de solução de conflitos de leis no espaço com conexão internacional, que vêm a ser exatamente o foco principal do DIPr. Este, como se percebe, baseia-se na extraterritorialidade das leis (nacionais e estrangeiras) e na possibilidade de sua aplicação em ordens jurídicas distintas (aplicação da lei nacional na ordem jurídica estrangeira, e da norma estrangeira perante o direito interno). Não se poderia, de fato, pensar na sobrevivência do DIPr se não se estabelecesse, como premissa fundamental, a possibilidade de aplicar extraterritorialmente o nosso direito e, em consequência, o direito estrangeiro perante a nossa ordem jurídica.” (pág.26)

1.1.2 Elemento de Estraneidade

Quando um ato/fato jurídico atrai duas jurisdições distintas, para solucionar o impasse e fundamentar o efeito extraterritorial da legislação adequada, está manifesto o elemento de estraneidade. Mazzuoli destaca:

“Para que o DIPr possa operar num processo judicial deve aparecer na relação jurídica um determinado “elemento estrangeiro” (ou “elemento de estraneidade”) conectando a questão sub judice a mais de uma ordem jurídica. (...) Deve, assim, o ato ou o fato jurídico estar em contato com dois ou mais meios sociais onde vigoram normas jurídicas autônomas e independentes, cada qual regulando à sua maneira o mesmo tema, para que possa operar o DIPr” (pág. 34)

Identificado tal elemento estrangeiro, surge um aparente conflito normativo na esfera internacional. É a finalidade do Direito Internacional Privado, observando o eixo da demanda, definir qual a jurisdição pertinente e competente para o julgamento, como salienta a autora citada:

“(...) por não ser possível submeter a relação jurídica a dois ordenamentos estatais distintos, o DIPr “escolhe” qual deles resolverá a questão principal sub judice. Daí se entender ser o DIPr um direito sobre direitos (jus supra jura), pois acima das normas jurídicas materiais destinadas à resolução dos conflitos de interesses encontram-se as regras sobre o campo de aplicação dessas normas, ou seja, o próprio DIPr.” (pág. 32)

A grande adversidade do Direito Internacional Privado é a ausência de consideração plena pela solução justa do caso em análise. Ao apontar a jurisdição cabível, não há um cuidado direcionado à questão jurídica pendente de resolução e aos impactos gerados pela alternativa, circunstância que pode refletir negativamente na materialização da justiça.

A diversidade cultural mundial contempla tantas peculiaridades que a apreciação integral e eficaz do conflito implica um árduo, se não utópico, trajeto a ser desvendado pelo DIPr. Clóvis Bevilacqua já tecia observações para esta complexidade:

“Para a diversidade das leis jurídicas no mundo, militam razões poderosas e irreductíveis. A mais imperiosa resulta das condições ethnicas, historicas, psychicas, cósmicas, económicas e políticas, próprias de cada povo (...) esta penetração reciproca dos povos (...) forçosamente modifica a attitude das nações umas em face das outras e as obriga a attender à feição particular que assumem as relações jurídicas (...)”

1.2 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal define, no artigo 4, os princípios que regem o Brasil nas relações internacionais. Dentre estes, o inciso IX prevê a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, disposição que viabiliza os efeitos extraterritoriais jurisdicionais. A Carta Magna dispõe já em seu primeiro artigo:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania”

A soberania é um componente essencial na concepção existencial dos Estados, característica que implica o reconhecimento mútuo de igualdade soberana nas relações internacionais (art. 2, carta da ONU). O poder soberano é afirmado pela natureza tanto positiva quanto negativa, conforme leciona Leonardo Brant:

“(...) a soberania positiva refletida no princípio da igualdade está representada nas presunções de direito igualitário de voto no seio das organizações internacionais e de igual aplicabilidade das normas internacionais a todos os Estados, além de incluir o poder do Estado de regular livremente por via normativa os seus próprios interesses, sem sujeição a qualquer entidade superior: *summa potestas superiorem non recognoscens*. (...) a independência reflete um modelo de soberania negativa representada no universo do direito internacional como a capacidade de não se sujeitar a nenhuma produção normativa realizada por outra entidade soberana sem que seja manifestado, de um modo ou de outro, algum modelo de consentimento ou aceitação ” (pág. 37 e 39)

Para compreender a adoção do princípio da extraterritorialidade de leis é necessário compreender que a soberania assume a forma de cooperação no plano internacional, não configurando uma vontade suprema em detrimento das demais, mas, ao revés, estabelecendo-se através do diálogo entre iguais para a resolução de aparentes conflitos na definição da legislação incidente sobre o fato/ato jurídico.

Silvana Colombo, em artigo publicado, salienta:

“O ponto importante a ser considerado é que pensar a soberania como o poder supremo do Estado – *ubi societas, ibi suprema* – é insuficiente para compreender a soberania na sua dimensão externa, onde se faz necessário coabitar uma pluralidade de vontades soberanas. Os aspectos jurídicos, históricos e políticos do conceito de soberania são indissociáveis tanto que o seu conceito político serve para justificar a noção jurídica do poder estatal.” (pág. 8)

É nos parâmetros de tal compreensão que a legislação brasileira se manifesta, pois o pressuposto da extraterritorialidade concebe a atuação do Direito Internacional Privado diante da multiplicidade de ordenamentos jurídicos no plano global.

O tratamento brasileiro para a solução de conflitos de jurisdição é abordado na LINDB em seus artigos 7 ao 19. É importante salientar que, independentemente do

método aplicado, há limites para a incidência de lei estrangeira. Em tela, o artigo 17 da LINDB:

“Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. ”

A legislação no ordenamento jurídico pertinente ao instituto em estudo, como brevemente apresentado, é fragmentada, há ainda diversos tratados internacionais firmados com o objetivo de gerenciar a colaboração entre Estados na solução de impasses de níveis internacionais.

2. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

Os Estados Unidos, após o escândalo de Watergate que revelou o comportamento corrupto generalizado de empresas transnacionais para garantir facilidades com governos estrangeiros, editou e sancionou em 1977 (presidente Jimmy Carter), a *Foreign Corrupt Practices Act*, uma lei visando encorpar o sistema de normas anticorrupção. Ferreira e Morosini destacam, para a revista Austral:

“Em colaboração com a Comissão Norte-Americana de Câmbios e Títulos (SEC, sigla em inglês), órgão responsável pela regulação do mercado de ações nos EUA, mais de 500 empresas norte-americanas admitiram pagar o equivalente a 300 milhões de dólares em subornos a funcionários públicos estrangeiros.” (pág. 263)

A *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), lei americana anticorrupção no exterior, se estabeleceu como um importante e pioneiro modelo de legislação anticorrupção, de influência internacional e efeito extraterritorial, fixando um dever preventivo e punitivo quanto ao pagamento ilegal de subornos à funcionários públicos estrangeiros em troca de vantagens e de uma atuação oficial favorável aos interesses lucrativos empresariais. A aprovação de tais dispositivos legais gerou um engajamento mundial de posituação do combate à corrupção.

A preocupação com os efeitos nocivos do comportamento corrupto sistêmico na economia e nos valores éticos, em escala local e global, baseou o seguinte pronunciamento na Câmara dos Representantes dos Estados Unidos, 1977:

“The payment of bribes to influence the acts or decisions of foreign officials, foreign political parties or candidates for foreign political office is unethical. It is counter to the moral expectations and values of the American Public. But not only is it unethical, it is bad business as well. It erodes public confidence in the integrity of the free market system. It short-circuits the marketplace by directing business to those companies too inefficient to compete in terms of price, quality or service, or too lazy to engage in honest salesmanship, or too intent upon unloading marginal products. In short, it rewards corruption instead of efficiency and puts pressure on ethical enterprises to lower their standards or risk losing business. Bribery of foreign officials by some American companies casts a shadow on all U.S. companies.”

A aprovação da FCPA se tornou fundamental diante do quadro caótico de fundos de contribuições ilegais identificados nas investigações da década de 70, que lesionam profundamente a integridade financeira, o desenvolvimento econômico e a eficiência dos princípios do livre mercado. A condenação das práticas corruptivas em solo nacional impeliu os Estados Unidos a movimentar o arranjo global de adoção de medidas legislativas e fortalecimento de *compliance*, com intuito de evitar desvantagens competitivas nas transações comerciais influenciou a elaboração de vários acordos internacionais multilaterais e a internalização do conteúdo anticorrupção no ordenamento jurídico de diversos países.

2.1 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

TARUN resume:

“The FCPA contains two types of provisions: anti-bribery provisions, which prohibit corrupt payments to foreign officials, parties or candidates to assist in obtaining or retaining business or securing any improper advantage; and record-keeping and internal controls provisions, which impose certain obligations on all companies whose securities are registered in the United States or which are required to file reports with the SEC, regardless of whether or not the companies have foreign operations.” (pág. 2)

O regime jurídico da FCPA exige uma performance ileso, de pessoas físicas ou jurídicas, do crime de pagamentos indevidos à funcionários públicos e a implementação de um programa de *compliance* acurado. Contém, para isso, cláusulas anti-suborno e disposições que demandam a impecabilidade dos livros e registros contábeis empresariais, sendo atribuição da SEC (*Securities and Exchange Commission*), no âmbito civil, e do DOJ (Department of Justice), no âmbito penal, vigiar o cumprimento de tais diretrizes:

a) Exemplo de dispositivo contábil:

“Todo emissor que possua uma classe de valores mobiliários registrados de acordo com a seção 78l deste título e todo emissor obrigado a apresentar relatórios de acordo com a seção 78o(d) deste título, deverá (A) preparar e manter livros contábeis, registros e contas que, com um nível razoável de detalhe, reflitam de forma completa e precisa as transações e as disposições dos ativos do emissor” (§ 78m FCPA)

TARUN (2006) organiza os tipos de ofensas que geralmente envolvem violações aos dispositivos contábeis da FCPA:

1. *records that simply fail to record improper transactions at all, e.g., off-the-books transactions such as bribes and kickbacks;*
2. *records that are falsified to disguise aspects of improper transactions otherwise recorded correctly; and*
3. *records that correctly set forth the quantitative aspects of transactions but fail to record the qualitative aspects of the transactions that would have revealed their illegality or impropriety, such as the true purpose of particular payments to agents, distributors or customers.*

b) Exemplo de dispositivo anti-suborno:

“é ilegal para qualquer pessoa (...) ou para qualquer dirigente, diretor, funcionário ou agente de tal pessoa ou qualquer acionista da mesma que agir em nome de tal pessoa, enquanto estiver no território dos Estados Unidos, fazer uso dos correios ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual corruptamente para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro ou oferta, doação, promessa de doação ou autorização de doação de qualquer item de valor a (1) qualquer dirigente estrangeiro, com o fim de (A) (i) influenciar em qualquer ato ou decisão de tal dirigente estrangeiro em sua qualidade oficial, (ii) induzir tal dirigente estrangeiro a realizar ou deixar de realizar qualquer ação, em violação à obrigação legal de tal dirigente, ou (iii) garantir a obtenção de qualquer vantagem indevida (...)” (§ 78dd-3 FCPA)

Tais dispositivos se aplicam à três categorias de sujeitos:

“(1) “issuers”; (2) “domestic concerns”; and (3) other persons who take any act in furtherance of the corrupt payment while within the territory of the United States. “Issuers” means any company whose securities are registered in the United States or which is required to file periodic reports with the SEC. “Domestic concerns” means any individual who is a citizen, natural

*or resident of the United States and any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a state of the United States, or a territory, possession, or commonwealth of the United States. The Act now covers **persons** who commit bribery on U.S. territory regardless of whether the person is a resident or does business in the U.S.¹ (grifo meu)*

TARUN enumera cinco elementos que integram uma violação dos dispositivos anti-suborno da FCPA:

(1) a payment of - or an offer, authorization, or promise to pay - money or anything of value, directly, or through a third party;

(2) to (a) any foreign official, (b) any foreign political party or party official, (c) any candidate for foreign political office, (d) any official of a public international organization, or (e) any other person while “knowing” that the payment or promise to pay will be passed on to one of the above;

(3) the use of an instrumentality of interstate commerce (such as telephone, telex, email, or the mail) by any person (whether U.S. or foreign) or an act outside the U.S. by a domestic concern or U.S. person, or an act in the United States by a foreign person in furtherance of the offer, payment or promise to pay;

(4) for the corrupt purpose of influencing an official act or decision of that person, inducing that person to do or omit to do any act in violation of his or her lawful duty, securing any improper advantage, or inducing that person to use his influence with a foreign government to affect or influence any government act or decision;

(5) in order to assist the company in obtaining or retaining business or in directing business to any person or to secure an improper advantage.

A teoria do impacto territorial está nitidamente presente na elaboração dos critérios de aplicação da FCPA, pois se aplica a qualquer empresa que realize operações nos Estados Unidos, mesmo que por “correios”, critério que alicerça a competência extraterritorial. Assim, se o ato/fato produzir danos no território estadunidense, mesmo que praticados no exterior, os EUA detêm competência para apreciar o caso. Magalhães inteligentemente sintetiza que:

“O ponto central dessa doutrina de que, embora o evento ocorra no exterior, em área internacional ou dentro de outro Estado, se tal evento produz importante consequência no território do Estado, este pode legitimamente aplicar quaisquer meios legais para submeter a seu controle,

¹ TARUN, Robert W. Basic of the Foreign Corrupt Practices Act. Latham e Watkins, Chicago, 2006.

vale dizer, a sua competência legislativa e judiciária, os autores do evento, a fim de proteger seus interesses ameaçados. Isto é, o requisito de que parte do evento ocorra efetiva e fisicamente dentro do território, como propugnado pelo princípio da territorialidade subjetiva ou objetiva, é substituído pelo requisito dos resultados ou das consequências do fato dentro do território. “ (pág. 170)

Resumindo os principais dispositivos anticorrupção da FCPA, FAGALI² (2020) organiza o seguinte quadro:

Dispositivos anti-suborno	
O que:	pagar, oferecer, prometer ou autorizar.
Como:	dinheiro ou equivalente (cartões-presente, certificados, ações, títulos, comissões); presentes; entretenimento; refeições; viagens e/ou hospedagens; contribuições políticas.
Meios:	diretamente ou por meio de terceiro (parceiro, intermediário, agente etc.
Destinatário:	qualquer funcionário, empregado, agente ou terceiro (remunerado ou não, temporário ou permanente, em expediente integral ou não); partido político ou um empregado de partido político; qualquer candidato a um cargo político eletivo oficial estrangeiro; membro de monarquia ou família que governa um país; agentes reguladores.
Finalidade:	obter ou manter um negócio ou qualquer outra vantagem indevida/ilícita, por exemplo: influenciar o resultado de um contrato; obter a redução de tributos ou taxas alfandegárias; reter a oportunidade de negócio ou contrato existente.
Alcance:	empresas norte-americanas, subsidiárias em território norte-americano, de capital norte-americano; empresas estrangeiras que tenham negócios ou conexões com os EUA; e, ainda, cidadão norte-americano (pessoa física).
Competência investigativa e sancionatória:	Departamento de Justiça (Department of Justice – DoJ).
Sanções:	cíveis e criminais.
Dispositivos Contábeis	
Alcance:	empresas norte-americanas ou estrangeiras que estejam registradas em qualquer bolsa

² FAGALI, Bruno. A construção e consolidação do ambiente normativo global de combate à corrupção empresarial. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance. v. 1, p. 31-75. 2020.

	de valores dos Estados Unidos (“emissores”), ou cidadãos norte-americanos (pessoa física).
Obrigações impostas:	(i) manter livros e registros de maneira precisa e com detalhes suficientes para que reflitam as transações e pagamentos dos ativos da empresa; e (ii) elaborar e manter mecanismos de controle contábil interno que assegurem que as transações sejam realizadas conforme o que foi autorizado pela gerência.
Vedações:	(i) falsificar livros e registros de um “emissor” e (ii) não estabelecer um sistema adequado de controles internos.
Competência investigativa e sancionatória:	SEC

Ao elencar “item de valor”, a FCPA busca se desvencilhar da percepção de que o suborno é manobrado exclusivamente com quantias em dinheiro, desta forma outras modalidades de oferta estão abrangidas, como empregos, viagens e uma variedade de presentes/regalias persuasivas, sendo igualmente punível a prática corruptiva mesmo que concluída através de intermediários ou em favor de familiares.

A legislação se concentra na conduta ilícita do ator (quem paga o suborno) e não do receptor (responsabilidade subjetiva). Violações às disposições da FCPA são punidas civil e penalmente, aplicáveis tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas que emitem ações em bolsas de valores norte americanas, além da previsão de medidas disciplinares e multa, impondo à empresa a devolução ao erário norte americano dos valores obtidos indevidamente.

2.2 O MAL ENDÊMICO E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Tão complexo quanto determinar a origem deste male é definir ou crer no seu fim. A corrupção traz à memória a filosofia do teórico contratualista Thomas Hobbes, que associa a natureza humana à um comportamento traiçoeiro (o homem é o lobo do homem):

“Hobbes (1993, p. 50), no “De Cive”, refuta a tese, defendida por inúmeros autores que escreveram sobre a república, que o homem já nasceu capaz de viver em sociedade, e explica que por motivo [...] de nossa natureza, não buscamos a sociedade por si mesma; o que queremos é

receber dela honras e vantagens; estas em primeiro lugar, aquelas, depois”
(Michele Braun, 2014)

Especialistas da área abordam a corrupção como um mal endêmico. Waldo Fazzio Junior tece considerações em seu artigo (2016):

“A corrupção é endêmica e, a exemplo de outras doenças virais, afeta tudo e todos, espalhando-se graças à impunidade e uma equivocada leitura da tolerância, desde o famigerado “jeitinho” até as cerebrinas “maracutaias” que superam auditorias, investigações ministeriais e eventuais (poucas) medidas oficiais. Esse quadro que vai, desde os crimes contra a administração pública, passa pela improbidade administrativa, invade o segmento empresarial e integra o cotidiano familiar, escolar, esportivo e pseudo religioso, produz o sinistro efeito de convencer as pessoas de que a corrupção é normal, um costume, uma praxe, um modo de vida. Como toda febre, oculta sua etiologia e fica satisfeita com antipiréticos”

Steven Salbu¹, ao delinear o suborno como uma construção cultural, expõe:

“Even where corruption is a reality firmly ingrained in the social fabric, widespread participation does not denote approval. Those who are burdened by endemic corruption may have little choice but to participate in a firmly entrenched system of dealings. In this setting, popular resentment accompanies a weary acknowledgment of, and engagement with, the corrupt system”

Não há um conceito universal definido para a corrupção, pois é um fenômeno social, multifacetado³. O quadro articulado por MEDEIROS e SILVEIRA revela as mais diferentes acepções na abordagem do tema:

³ MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira. SILVEIRA, Rafael Alcadipani. A Petrobrás nas teias da corrupção: mecanismos discursivos da mídia brasileira na cobertura da operação Lava Jato. Revista de Contabilidade e Organizações. p. 12-20, 2017.

Tabela 1. Síntese das definições de corrupção de acordo com diferentes perspectivas

Foco	Definição para Corrupção
Perspectiva Legal	Ato oficialmente proibido por leis estabelecidas pelo governo. Comportamentos que desviam das normas e regulamentações legais.
Interesse público	Padrão de comportamento que se afasta das normas predominantes em um dado contexto, cuja principal motivação é a obtenção de ganhos privados.
Opinião pública	O ato corrupto é definido pela população, desde que consistente com as instituições formais.
Centrada no mercado	Uso ilegal de mecanismos de mercado em decisões alocativas, estabelecidas à parte do sistema político democrático, para maximizar decisões com base nos princípios e leis de mercado.
Centrada no cargo público	Comportamento que se desvia dos deveres formais de um cargo público em razão de vantagens pecuniárias ou de status oferecidas a seu titular, familiares ou amigos íntimos.
Histórico-cultural	Definida pelas práticas tradicionais e percepções culturais construídas historicamente.
Realista	O <i>partisanship</i> (interesse particular de um indivíduo ou grupo elevado acima do interesse coletivo) que desafia o <i>statesmanship</i> (político com habilidade e trânsito para integrar relações entre instituições e organizações exercendo fontes de poder tanto coercitivas como persuasivas).

Fonte: Elaborado pelos autores com base em Gardiner (1970), Heidenheimer (1970) e Hodgkinson (1997).

A maioria das dificuldades estruturais enfrentadas socialmente têm, como causa principal, a corrupção. Rogério Leal (as múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea, 2014) traz a seguinte informação:

“Pesquisas recentes do Fundo Monetário Internacional envolvendo 71 (setenta e um) países Ocidentais têm revelado que os que possuem os maiores indicadores de corrupção sistemática também têm as maiores taxas de mortalidade infantil, evidenciando políticas públicas baixíssimas de tratamento preventivo e curativo de gestantes e crianças”

Um sistema corrupto rompe a confiança no governo, corrói o funcionamento do livre mercado e a fé na democracia, gerando uma instabilidade tão grande que, segundo Matthew Caleb Stephenson (Harvard Law School), a anticorrupção deveria figurar como alta prioridade na agenda estatal. Owen Anderson (University of Texas) adverte que a corrupção permanece como principal impedimento de crescimento social e econômico de um país, prejudicando o gerenciamento de fundos para setores como educação, saúde e infraestrutura.

Leal também discorre em seus apontamentos sobre os principais afetados pela crise corruptiva e os efeitos degenerativos dessa prática para a sociedade:

“Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática

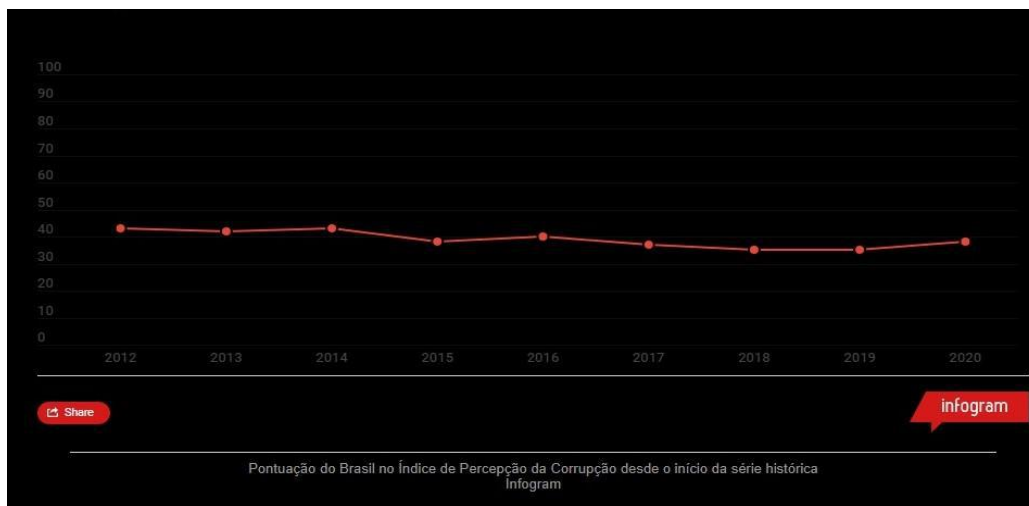
de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas”

Diante desse cenário caótico, os países aproximam os judiciários e buscam integração mundial na luta contra esse comportamento nocivo e endêmico, transformando o esforço anticorrupção em interesse elevado da comunidade internacional. Para Owen Anderson, os Estados Unidos não se intimidaram nesse combate ao impactar empresas que se utilizam de meios ilegais para gerenciar sua atuação econômica pois alguns dos riscos impostos pela FCPA implicam em multas, condenações penais e civis, reputação e publicidade maculadas. Os escândalos de suborno envolvendo empresas transnacionais tornam esse setor alvo de *enforcement*, cenário que provoca uma enorme perda de credibilidade.

Sobre a realidade brasileira, o site Transparência Internacional traz a seguinte mensagem:

“A luta contra a corrupção, que foi bandeira de boa parte da classe política eleita nos últimos anos, não se transformou em medidas concretas de enfrentamento do problema. Nenhuma agenda efetiva de reformas anticorrupção foi apoiada pelo governo e aprovada pelo Congresso. Pelo contrário, ocorreram graves retrocessos institucionais, principalmente com a perda de independência de órgãos fundamentais como a Procuradoria-Geral da República e a Polícia Federal. Além disso, o avanço do autoritarismo, com ataques crescentes aos jornalistas e à sociedade civil, ameaça outra frente essencial para a luta contra a corrupção: a produção de informação de interesse público e o controle social. Em 2020, com a pandemia do coronavírus, as atenções se voltaram para o enfrentamento da crise sem precedentes. Com a necessidade real de responder urgentemente às necessidades da sociedade, os riscos de corrupção também aumentaram. No mundo inteiro, foram inúmeros os casos de corrupção, que mostraram suas consequências mais perversas em meio à terrível crise humanitária. Em nosso país, a falta de integridade de nossos governantes literalmente tirou o oxigênio das pessoas”

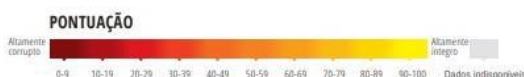
O Brasil encontra-se oscilando num péssimo patamar no Índice de Percepção da Corrupção, com 38 pontos (O IPC é o principal indicador de corrupção do mundo, avaliando 180 países e territórios e atribuindo notas de 0, altamente corrupto, a 100, muito íntegro):



Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc>

**180 PAÍSES.
180 PONTUAÇÕES**
**COMO SE SAIU
O SEU PAÍS?**

Níveis de percepção da corrupção no setor público de 180 países/territórios em todo o mundo.



Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/ipc-indice-de-percepcao-da-corrupcao-2020>

A deterioração institucional produziu o ambiente para que, em 2014, a operação Lava Jato emergisse, supostamente, como a maior diligência anticorrupção da história do país, fortalecida pela cooperação internacional na aplicação da FCPA.

3. A OPERAÇÃO LAVA JATO E A FCPA

A operação Lava Jato (2014), uma força tarefa com o objetivo de combater a profunda corrupção instalada no Brasil, alcança seu principal desenvolvimento através da cooperação com os Estados Unidos, na aplicação extraterritorial das diretrizes da

Foreign Corrupt Practices Act, que possibilita sanções e a incidência de sua jurisdição em crimes econômicos para além dos limites nacionais.

Beluzzo nos introduz o episódio:

“Pelos bandos de cá, a Lava Jato escancarou as relações carnis que acoplam o Estado à grande empresa privada. A concorrência entre as grandes empresas e as trapaças ideológicas dos mercados financeiros não só arrastam o Estado para a arena dos negócios, como também atraem a rivalidade privada para o interior das burocracias públicas com propósito de cooptar cumplicidade, influenciar as formas de regulação e capturar recursos fiscais”

Ao explicar a origem da nomenclatura da operação, o Ministério Público Federal esclarece:

“O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora os trabalhos tenham avançado para outros rumos, o nome inicial se consagrou”⁴

Sediada na 13^a Vara da Justiça Federal de Curitiba, a operação revelou um enorme esquema de corrupção no Brasil envolvendo a Petrobras, a maior estatal brasileira na época, a 50^a do mundo pela Forbes⁵ e a segunda maior do mundo em operações oceânicas pela Science Advances⁶. É o juiz Sérgio Moro, titular da vara paranaense e inspirado na operação italiana “Mãos Limpas”⁷, que se torna o principal julgador dos processos da Lava Jato.

Por realizar negociações na Bolsa de Valores de Nova York, a empresa se tornou alvo da força extraterritorial da FCPA. Conforme disposições da legislação norte americana, a Petrobras comete as violações por se enquadrar na tipicidade de “issuer” (*Title 15, United States Code, Sections 78dd-1 and 78m(b)*). A

⁴ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>

⁵ Disponível em: <https://www.agenciapetrobras.com.br>

⁶ Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/petrobras-e-a-segunda-maior-do-mundo-em-operacoes-no-oceano/>

⁷ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *Mani Pulite*. CEJ, Brasília. n. 26, p. 56-62. Jul/set. 2004.

responsabilização está especificada no acordo de não persecução penal firmado com o DOJ:

“52. Petrobras accepts responsibility under United States law for the wrongful acts set forth above taken by the Petrobras executives and officers, and admits that those acts meet the vicarious liability and responde at superior standard for corporate criminal wrong doing under United States law and as a result, Petrobras violated all of the elements of the books and records and internal controls provisions under Title 15, United States Code, Sections 78m, 78ff”.

Dentre outras violações, depreende-se das investigações que os contratos bilionários com a empresa eram superfaturados, gerando a circulação de um suborno de 1% a 5% do montante total pago aos altos executivos da estatal e outros agentes públicos⁸. BENCZKOWSKI (Justice Department’s Criminal Division) declarou que *“Executives at the highest levels of Petrobras—including members of its Executive Board and Board of Directors—facilitated the payment of hundreds of millions of dollars in bribes to Brazilian politicians and political parties and then cooked the books to conceal the bribe payments from investors and regulators”.*

O Ministério Público Federal apresenta um resumo da conduta dos agentes envolvidos no seguinte panorama:

⁸ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>

Agente envolvido	Ação no esquema
Empreiteiras	Empreiteiras envolvidas se reuniram em um cartel para forjar a concorrência. Preços que seriam cobrados e empresas que realizariam as obras foram pré-definidos em reuniões secretas. O preço acertado foi superfaturado em benefício privado.
Funcionários da Petrobras	Funcionários da Petrobrás garantiam que somente as empreiteiras pré-definidas fossem convidadas para as licitações. Os funcionários envolvidos fizeram negociações diretas injustificadas, cooperaram para a celebração de contratos com preços excessivos, aceleraram contratações e vazaram informações sigilosas.
Operadores Financeiros	Responsáveis por intermediar o pagamento e recebimento da propina, entregando-as transformada em dinheiro limpo aos beneficiários. Recebimento e pagamento da propina eram feitos em espécie, movimentação no exterior, por meio de contratos simulados com empresas de fachada ou mediante pagamento de bens.
Agentes Públicos	Pessoas com “foro privilegiado” que integraram ou tiveram relação com partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores e executivos da Petrobras envolvidos no esquema de corrupção.

Fonte: XXXVII ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO⁹

Para encerrar as investigações, a Petrobras assinou, em 2018, um acordo de não-persecução penal (Non-Prosecution Agreement) com o DOJ. A empresa se manifestou em seu site sobre os instrumentos que amparam o fim da investigação:

“i) *Non-Prosecution Agreement* assinado com o DOJ, no qual nos responsabilizamos pelos atos de certos ex-executivos e diretores que causaram violações às disposições legais sobre registros contábeis e controles internos de acordo com a legislação penal norte-americana (“*Title 15 of the United States Code, section 78 m*”). Estes indivíduos já há anos não integram nossos quadros. O acordo também afirma que, além dos malfeitos descritos pelo DOJ, fomos vítima de um esquema de corrupção que envolveu ex-executivos e ex-diretores.

(ii) Acordo com a SEC para encerrar as alegações de que esses mesmos ex-executivos cometeram violações do *Securities Act of 1933*, bem como das previsões sobre registros contábeis, controles internos e arquivamento de informações falsas previstos no *Securities Exchange Act of 1934*. Essas supostas violações, que não exigem atos intencionais, resultaram em distorções e omissões nos registros feitos

⁹ VILELA, Eunice Henriques Pereira. GROSSI, Janaina Cassia. CARVALHO, Luciano Ferreira. RIBEIRO, Karem Cristina de Sousa. A Petrobras após os escândalos de corrupção? Uma análise do valor da empresa. ENEGEP, Santa Catarina. 2017.

junto à SEC e em documentos relativos à oferta pública global de ações em 2010. O acordo com a SEC limita o reconhecimento da companhia quanto aos fatos constantes do acordo com o DOJ.

(iii) Acordo a ser assinado com o MPF, sem atribuição de culpa ou dolo à companhia, conforme a legislação brasileira, por meio do qual US\$ 682,6 milhões serão depositados por nós em um fundo especial no Brasil”

Sobre o pagamento das multas, a correção de conduta e o compromisso com o fortalecimento do *compliance*, esta é a manifestação publicada:

“Devido aos acordos coordenados entre DoJ e a U.S. *Securities and Exchange Commission* (SEC), a Petrobras pagou US\$ 853,2 milhões (10% como multa criminal para o DOJ, 10% como multa civil para a SEC e 80% para pagamentos às autoridades brasileiras), além de se comprometer com o aprimoramento de nossos controles internos por meio de um sistema de conformidade e de concordar em cooperar com as agências americanas, incluindo a prestação de informações em relatórios anuais ao DoJ. O acordo também reconheceu que, além das condutas que foram objeto do acordo, fomos vítima dos esquemas de corrupção desvendados pela Justiça brasileira”

Ao se pronunciar sobre o tema, o procurador dos EUA, Terwilliger, afirma que proteger a integridade do mercado financeiro é prioridade na administração estadunidense, garantindo que todos aqueles que acessarem os mercados capitais dos EUA com práticas corruptas serão responsabilizados. Nesta seara, também garante Johnson (FBI Assistant Director) que:

“The hefty \$853.2 million criminal penalty should act as a deterrent to anyone seeking to perpetrate this kind of fraud in the future. This case proves that no company is above the law and that corruption that spans borders will not be tolerated by the United States. I want to thank the agents, analysts, and prosecutors who investigated this case in parallel with Brazilian authorities. We will continue to pursue any and all companies and individuals throughout the world who disregard the rule of law and threaten our fair and competitive marketplace for their personal gain.”¹⁰

Apesar das declarações e posicionamentos acalorados sobre justiça, os envolvidos na repressão aos crimes de corrupção ignoram (consciente ou inconscientemente) a complexidade profunda da conjuntura do fenômeno e que no

¹⁰ Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/petr-leo-brasileiro-sa-petrobras-agrees-pay-more-850-million-fcpa-violations>

judiciário há servidores públicos imparciais e não heróis¹¹. Todo discurso é tão imbricado de política e interesses que o combate à corrupção é uma das mais sensíveis batalhas travadas na sociedade. Se espera, no mínimo, que os sujeitos responsáveis pela condução desse confronto estejam incólumes. A cautela necessária é apontada por LEAL:

“A questão é que fenômenos multifacetais como a corrupção não podem ser tratados como passíveis de soluções mágicas, imediatas e midiáticas (...)”

Tamanha são as consequências de uma operação nos moldes da Lava Jato e da FCPA que o Brasil está enfrentando e está marcado historicamente por um período de instabilidade, insegurança jurídica e declínio da democracia.

3.1 REAÇÕES IMUNOLÓGICAS

Ana Paula Martinez salienta que, com efeito:

“A toda aplicação extraterritorial (ação) deve corresponder um efeito extraterritorial (resultado). A diferença reside no fato de que enquanto a aplicação extraterritorial ocorre dentro do próprio Estado que reivindica a competência extraterritorial, o efeito dessa decisão manifesta-se no estrangeiro, no território de um Estado distinto do primeiro que, ao menos a princípio, não participou da aplicação daquela determinada lei”

Apesar da performance útil da extraterritorialidade de leis, o contraste entre os contextos jurídicos, culturais e sociais, na absorção da legislação estrangeira, culmina reações imunológicas de resistência do Estado receptor ao elemento jurídico estranho à sua realidade. Enfrenta-se, além da corrupção, uma emaranhada ideia de que institutos estrangeiros são mais aptos a solucionar conflitos locais (idealização; GRAZIADEI), distração que manifesta riscos de desconfiguração dos resultados esperados, por desconsiderar as deficiências camufladas na incidência legislativa.

A operação Lava Jato estruturou-se como uma grande força tarefa empenhada na luta contra a corrupção, trabalho que fomentou a expectativa nacional (e mundial)

¹¹ “Não nos cabe a fama de salvadores do mundo. O juiz não é herói, é um servidor público que, incumbido de uma missão divina, que é julgar, deve sentir o peso de tamanha responsabilidade” (Desembargador do TJRJ Cláudio de Melo Tavares, em entrevista para a Revista Justiça e Cidadania, 2019. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/juiz-nao-e-heroi-e-servidor-publico/>)

de punição efetiva contra os crimes de colarinho branco. Cooperando com os EUA e alicerçada na aplicação da lei anticorrupção norte americana (FCPA), a Lava Jato se tornou a iniciativa anticorrupção de maior destaque no cenário nacional. Mas, mesmo caracterizando uma excelente e urgente iniciativa, a força tarefa não se isentou de falhas espinhosas. Fábio Kerche e João Feres Junior, no livro Operação Lava Jato e a Democracia Brasileira, criticam o fenômeno conhecido como Judicialização da Megapolítica, e ponderam que:

“(...) a corrupção é um (dos) problema(s) do sistema político, particularmente porque ela aumenta ilegalmente o poder e influência do dinheiro sobre a política. Mas a maneira de combatê-la faz muita diferença. Seria mais saudável para a democracia que isso fosse feito respeitando o sistema de direitos e garantias (...)” (pag. 15)

A ausência desse cuidado atingiu as instituições estatais e a sociedade brasileira gerando profundos danos e hipertrofias no sistema democrático. Os atores do Sistema de Justiça e a imprensa exerceram um protagonismo na política superior ao de partidos e políticos eleitos. Em nome do “heroico” combate à corrupção a operação escolheu alvos, manipulou a opinião pública em parceria com a grande mídia, sustentou o *impeachment*, pautou os processos em condutas abusivas e ilegais além de influenciar a eleição presidencial de 2018.

Ao invés de avançar no enfrentamento à corrupção, o Brasil retrocedeu:

“In the last year, Brazil witnessed increasing political interference into several of its control and enforcement bodies, with measures to centralize power and impose oversight on authorities responsible for investigating white-collar crime and other illegal activity. This trend of setbacks, already outlined in last year’s report, turned into several crises involving President Jair Bolsonaro and the Federal Police, the Public Prosecutor’s Office, the Judiciary and environmental bodies, among other relevant institutions. These conflicts led to credible concerns about the legitimacy of decision taking processes and the potential political interests of numerous public authorities” (Transparência Internacional)¹²

KERCHE e JUNIOR organizam sete capítulos no livro “Operação Lava Jato e a Democracia Brasileira” para debater e expor as duras consequências dos exageros da operação para o país:

¹² Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/brazil-setbacks-in-the-legal-and-institutional-anti-corruption-frameworks-2020>

“(…) a operação Lava Jato, a partir de um impulso inicial de combate à corrupção vai se tornando um instrumento político de perseguição de políticos, particularmente do PT, e em seu desenvolvimento vai distorcendo procedimentos jurídicos a ponto de colocar em risco não somente o Sistema de Justiça mas o próprio estado de direito criado pela Constituição de 1988” (p. 16)

Algumas reações imunológicas do corpo social e institucional brasileiro à cólera da Lava Jato serão analisadas brevemente nos tópicos a seguir.

3.2.1 Da Soberania Nacional

A interdependência entre os Estados, delineada pela globalização, já redefiniu os contornos da soberania: o desenvolvimento dos países está conectado tão intrinsicamente que a rigidez do conceito cede lugar aos interesses de uma sociedade internacional. Cooperar se torna parte do exercício soberano, mas, ao mesmo tempo, a eficiência da conexão global está submissa aos direitos fundamentais e é a soberania indispensável de tais condições que vincula a extraterritorialidade de leis.

“Não há espaço, em democracias constitucionais, para ações unilaterais, não recíprocas e informais, ou que sejam desenvolvidas de qualquer outra forma à margem da lei, visando à submissão de outras nações ao Poder Judiciário nacional, por mais que essas soluções, de imediato, possam parecer mais convidativas e eficientes que as “burocráticas” e formais” (CASSIANO; CARVALHO. p. 209)¹³

Os operadores da Lava Jato, encantados com os EUA e a força da aplicação da FCPA, ignoraram procedimentos e garantias¹⁴ estabelecidas na Constituição, além de estabelecer cooperação direta com autoridades norteamericanas mesmo com a previsão constitucional do art. 84, VII, que atribui tal competência ao Presidente da República¹⁵. Se a soberania for absolutamente menosprezada em nome das relações

¹³ O prejuízo da Cooperação Internacional ilegal da República de Curitiba: informalidade e pretensão de soberania (O Livro das Suspeições)

¹⁴ O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, I, dispõe: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ele, ou para determinarem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza

¹⁵ “A outra questão é a soberania brasileira. Houve cooperação direta da delegada da Polícia Federal com autoridade estrangeira (policiais do serviço secreto norte-americano) sem o consentimento. Nos termos do art. 84, VII, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), compete ao

internacionais, o Estado Democrático de Direito não resiste. Este é o questionamento de Dorival Fagundes Cotrim Junior¹⁶:

“Como ter patriotismo constitucional com (...) os atuais processos judiciais penais, como a Lava Jato e suas derivações, nas quais não se respeita os procedimentos e garantias constitucionalmente estabelecidas, como o devido processo, a imparcialidade do julgador, as normas quanto às provas, sendo que, para agravar a situação, recebem estas operações e os seus conseqüências o apoio de número significativo da população? Há espaço efetivo para um patriotismo constitucional no Brasil?” (p. 16)

Mesmo que a soberania esteja inserida num momento de extrema integração mundial, a extraterritorialidade de leis, independente do panorama da sociedade internacional, continua operando os seus efeitos, repercussões que ainda carecem de serem examinadas. Para Jellinek “(...) a soberania consiste na capacidade exclusiva que tem o Estado de atribuir-se, em virtude de sua vontade soberana, um conteúdo que o obrigue e de fixar todas as diretrizes de seu próprio ordenamento jurídico”. Tal inteligência nos leva a questionar o avanço absoluto da extraterritorialidade, principalmente em casos complexos e de grande impacto como a Lava Jato, pois a punição impetuosa de uma lei estrangeira sobre a maior estatal brasileira¹⁷, através de um fraco elemento de conexão, aliciou uma interferência nas diretrizes do ordenamento jurídico nacional e favoreceu ilegalidades.

Branislav Hock¹⁸ aponta essa possibilidade da extraterritorialidade de leis produzir desequilíbrios entre Estados:

“While extraterritoriality makes it more effective to prosecute MNCs, the literature indicates that extraterritorial enforcement might also serve national self-interests, thus destabilizing markets, principles of international order, or international relations between states. Therefore, despite increasing use, extraterritoriality is controversial, and it is not clear when extraterritoriality

Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos” (Geopolítica da Intervenção, p. 61)

¹⁶ JUNIOR, Dorival Fagunde Cotrim. O patriotismo constitucional e a sociedade brasileira: uma visão contemporânea. REJUR, Mossoró, v. 2, n. 3, p. 158-176, jan/jun, 2018.

¹⁷ “Boa parte do acervo de Snowden revelou o que só pode ser qualificado de espionagem econômica: escuta e interceptação de e-mails da gigante brasileira de petróleo Petrobras (...)” (Geopolítica da Intervenção, p. 71)

¹⁸ HOCK, Branislav. Transnational bribery: when is extraterritoriality appropriate?. Charleston Law Review, v. 11, 2017.

is an appropriate response to the undesirable transnational activities of the MNCs” (p.307)

A submissão plena da operação Lava Jato aos interesses¹⁹ dos Estados Unidos através da aplicação da FCPA enfraquece qualquer conceito de soberania²⁰, antigo ou contemporâneo: ao revés de compromissar-se com as diretrizes nacionais, encanta-se com a força extraterritorial da legislação norte americana, abandonando o devido processo legal e a constituição nacional para, sem óbices e com agilidade, cativar a simpatia do país norte americano ao concluir com êxito as pretensões estrangeiras²¹.

A soberania é colaborativa, mas:

“Quem quer que reflita sobre o significado da soberania irá se reportar aos seus antagonismos: é preciso manter a autoridade soberana e proteger a esfera de liberdade e direitos dos indivíduos; não há espaço apenas para ordem e a autoridade, mas também para a legalidade e constitucionalidade (GOYARD-FABRE, 2002)²²” (COLOMBO, 2008)

3.2.2 Da Opinião Pública

“Como ser patriota se os próprios agentes estatais não o são? Vide a Lava Jato (...)” (Cotrim Junior)

¹⁹ “As negociações eram feitas diretamente com Patrick Stokes, advogado responsável pelo DOJ. Em outras palavras, tratava-se a coisa pública (direito de ação) como se privada fosse” (O livro das Suspeições, p. 211)

²⁰ “Do lado de cá do hemisfério, o Coordenador da Lava Jato “fugiu” da Autoridade Central (Presidência da República) por temer a interferência legal e esperada do Ministério da Justiça. Esqueceu-se, propositalmente, que a relação entre Estados soberanos é de competência da Presidência, com raras exceções previstas na Constituição (como, por exemplo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que permite a execução no Brasil de decisão judicial estrangeira – o exequatur)” (O livro das Suspeições, p. 212)

²¹ “O que começou como a "maior operação contra a corrupção do mundo" e degenerou no "maior escândalo judicial do planeta" na verdade não passou de uma estratégia bem-sucedida dos Estados Unidos para minar a autonomia geopolítica brasileira e acabar com a ameaça representada pelo crescimento de empresas que colocariam em risco seus próprios interesses” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/jornal-frances-mostra-eua-usaram-moro-lava-jato>

²² COLOMBO, Silvana. O Princípio da Soberania dos Estados Face ao Direito Internacional do Ambiente. UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres., Londrina, v. 9, n. 1, p. 5-12, Mar. 2008

A manipulação midiática é estratégia da imprensa conhecida por todos²³. Mas, apesar da constatação, a mente humana não assimila criticamente todas as manobras utilizadas pelos meios de comunicação. É nesse espaço psíquico, aberto ao arbítrio da influência²⁴, que a opinião pública sucumbe:

“Escândalos são produzidos a partir da publicização de uma transgressão, a qual pode ser real ou aparente, e sua ressonância depende da cobertura que recebem da mídia (Adut, 2005; Grü, 2008), visto sua forte influência na formação de opinião pública (Vaara et al., 2006; Clemente & Roulet, 2015) e sua importância como fonte de construção e reprodução de realidades (Risberg et al., 2003), pois, como observa Castells (2007, p. 241), “o que não existe na mídia não existe na mente do público” (MEDEIROS; SILVEIRA)

A presença dos meios midiáticos massivamente é a essência da sociedade contemporânea. É nítido que, nesse cenário, um conluio entre os órgãos do judiciário e a imprensa é perversa ao Estado Democrático de Direito, pois como Adut (2005) observa, terceiros podem ser afetados e normas podem ser modificadas como resultado de reflexões e ações para resolver conflitos²⁵.

O relacionamento da Lava Jato com a imprensa desestabilizou a opinião pública brasileira e concedeu o protagonismo desejado pela operação: os “heróis” contra os “vilões”. A conquista da opinião pública foi condição necessária para o bom êxito da ação:

“Por isso a CartaCapital analisou que: ‘Esse sistema de elos faz surgir’, diz nos, ‘uma nova magistratura que vai colher sua legitimidade, não mais na constituição, mas diretamente na opinião pública, que, entre nós, é apenas opinião publicada, manipulada por sistema de comunicação (...)’ (FERNANDES, p. 108)

“Em razão da grande repercussão midiática e o peso que pode ter uma decisão judicial, o juiz torna-se uma figura épica e muitas vezes a população toma-o como verdadeiro herói por fazer nada mais que sua obrigação como magistrado, ou até mesmo, aclamar quando este agir de forma arbitrária e com abuso de poder²⁶” (SOUSA, 2017)

²³ “O fato de que a grande mídia devota uma considerável parte de sua cobertura e comentários políticos a escândalos não escapa nem ao observador mais distraído” (A Lava Jato e a Mídia, p. 200)

²⁵ MEDEIROS; SILVEIRA. p. 17

²⁶ Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51001/o-neoconstitucionalismo-e-a-atuacao-do-poder-judiciario-um-paradigma-e-os-riscos-a-estabilidade-das-relacoes-juridicas>

O trabalho foi árduo para angariar como reação a mais alta reprovação social e desmoralização de figuras públicas. KERCHE e JUNIOR (2018) reiteram que “os brasileiros foram massacrados durante anos por uma cobertura jornalística enviesada, com pouco espaço para o contraditório, dominada pela mensagem de que política é sinônimo de corrupção, em que o PT é o maior responsável pela corrupção que assola o país”. Todo o discurso publicado alterou os ânimos da sociedade que, sem o filtro da suspeita, alinha-se ao sentimento anti-petista e anti-política vociferado pela mídia em cumplicidade com a operação. É dessa reação que o motor das intervenções na conjuntura eleitoral foi operado:

“Quem mais se beneficiou deste cenário, foi sem dúvida Jair Messias Bolsonaro²⁷. Seu discurso politicamente incorreto e intolerante era tudo o que a massa de indignados queria ouvir e as redes sociais, o veículo perfeito para sua disseminação, num movimento que Moura e Corbellini classificaram como a memeficação da política”²⁸

KAKAY e FREIRIA (O Livro das Suspeições) desenham a articulação política da Lava Jato manejada debaixo da vestimenta jurídica:

“O raciocínio é simples, nada sofisticado, e se funda numa óptica retribucionista de favores: a Lava Jato Curitiba atacou personagens políticos do grupo antagonista, erigidos à condição de adversários políticos, que foram sistematicamente eliminados da política, seja por desgaste da imagem pública, decretações de prisão preventiva e cumprimento de pena antecipada, ou por inelegibilidade; cooptou os veículos de mídia com vazamentos estratégicos de informações, direcionamento de investigações e eleição de alvos; promoveu um insuflamento de discursos simplórios de combate à corrupção a qualquer custo, com mobilização popular financiada por interesses políticos; sitiou o Poder Judiciário com ameaças investigativas casadas com matérias de imprensa articuladas com pressão da chamada “voz das ruas”, símbolo “comprado” por Magistrados como forma de evitar ataques pessoais e institucionais a tribunais. O resultado: todo o processo eleitoral e de articulação política que desaguou na eleição de 2018 sofreu profunda e irreversível interferência direta e explícita dessa coordenação lavajatista do Juiz Sérgio Moro e sua gama de ataques políticos com roupagem jurídico-penal” (p. 107)

²⁷ “Nem o mais convicto entusiasta dos métodos lavajatistas poderia negar a relação indissociável com a eleição presidencial de Jair Bolsonaro, bem resumida pelo Ministro Gilmar Mendes: “A Lava Jato é pai e mãe do bolsonarismo” (O Livro das Suspeições, p. 88)

²⁸ Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cultura/2019/06/o-impacto-do-partido-da-lava-jato-na-eleicao-de-bolsonaro-e-exposto-em-livro/>

A psicologia de massas utilizada pavimentou toda a estrada dos avanços, abusos e desequilíbrios na separação de poderes gerada pela Lava Jato. A opinião pública se veste de intolerância e “vai prontamente a extremos, a suspeita exteriorizada se transforma em certeza indiscutível, um germe de antipatia se torna um ódio selvagem”²⁹. A ausência desse suporte midiático teria freado a arbitrariedade e as irregularidades da força tarefa:

“(…) sem a mídia, Sergio Moro provavelmente teria suas sentenças e ações abusivas freadas pelas instâncias de controle do Poder Judiciário (Tribunal Regional, STJ, STF, e CNJ), ou o procurador Dallagnol e seus colegas não teriam a petulância de dar coletiva de imprensa para ameaçar o Congresso Nacional quando da votação da lei de abuso de autoridade (PLS n. 280/16). Esses operadores do Direito fazem isso sob o manto protetor das máquinas da imprensa nacional, que os apoiam em uníssono, apresentando-os como salvadores da pátria” (A Lava Jato e a Mídia, 2018. p. 226)

3.2.3 Da Economia

A demissão massiva de trabalhadores das empresas investigadas, a ruína dos empreendimentos, o peso pecuniário das multas, a má reputação e as reações do mercado mediante a desestabilização da cadeia produtiva abalaram a economia do país. Beluzzo (Operação Lava Jato e a Democracia Brasileira) cita a realidade econômica brasileira, afetada pelo “superego” da operação:

“Aplaudidos por seu empenho em combater a corrupção, os rapazes de Curitiba entraram de sola nas empresas brasileiras (...). No desenvolvimento das apurações da Lava Jato, os procuradores e juízes não cuidaram de separar a punição das pessoas físicas dos efeitos nefastos derramados sobre as empresas. Não seria excessivo repetir que nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça e a Securities Exchange Commission aplicaram multas, mas preservaram as empresas. No Brasil, os agentes da lei encarregados de vigiar e punir infligiram graves danos aos funcionários e colocaram em risco o cabedal técnico acumulado ao longo dos anos pelas empresas”

29 Trecho dos escritos de Sigmund Freud em “Psicologia das massas e a análise do eu” (1921): A massa é extraordinariamente influenciável e crédula, é acrítica, o improvável não existe para ela. Pensa em imagens que evocam umas às outras associativamente, como no indivíduo em estado de livre devaneio, e que não têm sua coincidência com a realidade medida por uma instância razoável. Os sentimentos da massa são sempre muito simples e muito exaltados. Ela não conhece dúvida nem incerteza (...) Como a massa não tem dúvidas quanto ao que é verdadeiro ou falso, e tem consciência da sua enorme força, ela é, ao mesmo tempo, intolerante e crente na autoridade. Ela respeita a força, e deixa-se influenciar apenas moderadamente pela bondade, que para ela é uma espécie de fraqueza. O que exige de seus heróis é fortaleza, até mesmo violência. Quer ser dominada e oprimida, quer temer os seus senhores. No fundo, inteiramente conservadora, tem profunda aversão a todos os progressos e inovações, e ilimitada reverência pela tradição”

Pior cenário apresenta Walfrido Warde, em citação no mesmo livro:

“Em casos de corrupção sistêmica, como os descobertos pela Lava Jato, o seu combate deve usar técnicas capazes de evitar uma grave deterioração dos ambientes econômico, social, político e jurídico. A maior parte das empresas alcançadas pela ‘lava jato’ (...) compunham uma indústria que representava a espinha dorsal da economia brasileira. A sua desgraça causou a paralisia de obras, o impasse sobre o destino de projetos de infraestrutura centrais para o Brasil e, o que é pior, a depreciação de tantos outros, cuja venda – em meio a problemas policiais e judiciais – é, ainda que difícil e arriscada, essencial para a sobrevivência dessas empresas. Em condições como essas, as empresas e os seus negócios não são vendidos pelo que valem, mas pelo que os compradores querem pagar. Ou seja, saem pelo mínimo estrutural, aquele que é estabelecido quando o vendedor é obrigado a se prostrar em frente ao único comprador disponível”

O Departamento Sindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) realizou uma pesquisa³⁰ do período entre 2014 e 2017, encomendada pela CUT, que revela que R\$ 172,2 bilhões deixaram de ser investidos no Brasil e 4,4 milhões de postos de trabalho (1,1 milhão da área de construção civil) foram perdidos nesse intervalo de tempo.

O desenvolvimento da economia brasileira foi condenado juntamente com os crimes perseguidos pela operação. A desvalorização na Bolsa de Valores da empresa conhecida mundialmente por realizar a maior capitalização da história em 2010³¹ (R\$ 120 bilhões) se torna alvo da impetuosidade de uma operação, cujas instruções foram patrocinadas pelos EUA anos anteriores (Projeto Pontes: construindo pontes para a aplicação da lei no Brasil³²). Não apenas a FCPA: a Lava Jato é extraterritorial.

“In this line of argument, the changes in foreign countries related to extraterritorial application of foreign legislation are not merely the question of moral values, but they also have important political and economic consequences. Spalding, for instance, sees anti-bribery enforcement as the imposition of economic sanctions against emerging markets. In addition, many other scholars discussed that the U.S. overseas enforcement of the Foreign

³⁰ Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/lava-jato-acabou-com-44-milhoes-de-empregos-aponta-dieese/>

³¹ Disponível em: <https://www.terra.com.br/economia/petrobras-arrecada-r-120-bi-na-maior-capitalizacao-da-historia,ca8ba8f241d2b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>

³² Treinamento pelo governo americano de agentes judiciais brasileiros: “(...) desenvolvido pela embaixada americana com a presença de juízes federais de 26 estados da federação, de 50 agentes da Polícia Federal e de 30 autoridades estaduais, entre promotores e juízes. (...) A metodologia indiciária na pesquisa sociológica torna óbvio que a influência americana se alastrou em nossas forças policiais e judiciárias, e por meio delas possibilitou a Operação Lava Jato” (FERNANDES; p. 83)

Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA) is too demanding. Despite the fact that extraterritorial enforcement might limit some bribery, it can negatively influence economic growth or the attraction of foreign direct investment in developing countries. Notwithstanding the fact that some firms might stop bribing, the overall economic situation in these countries might worsen because many firms may prefer to leave the market due to a high risk of prosecution in their home countries” (Branislav Hock)

3.2.4 Do Sistema Jurídico

“Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (...), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente”

A leitura desse trecho do raciocínio de LEAL aborda uma das consequências da corrupção. Mas, tão grande foram os ataques à ordem jurídica vigente em nome da Lava Jato, que as mesmas consequências podem ser vinculadas à operação. Diante desse quadro, é inevitável os questionamentos quanto a eficácia do esforço anticorrupção: se o propósito é combater e preservar a sociedade dos efeitos de tais crimes, é uma perigosa anomalia jurídica provocar as mesmas consequências ou um estado de instabilidade ainda pior.

“Não existe luta contra a corrupção sem um sistema de justiça independente e imparcial, não existe processo justo alijado da estética de imparcialidade. Munidos do arbítrio seletivo e legitimados pelo espetáculo penal, investigadores, acusadores e julgadores desleais à Constituição Federal tornam- -se algozes do próprio Estado Democrático de Direito” (CARVALHO; LACERDA. p. 89)

Consagra-se a vitória do estado policial contra o estado garantista³³: vazamentos seletivos de informações para influenciar o processo político³⁴, cerceamento de defesa, prisões preventivas para forçar delações premiadas³⁵,

³³ FONTAINHA; LIMA. 2018, p.64.

³⁴ “Após o levantamento do sigilo, o áudio da conversa, em que Dilma convoca Lula para assumir um ministério no seu governo, foi divulgado por diversos veículos da grande imprensa brasileira, junto com a justificativa de Moro. Ele afirmou que era importante que o povo brasileiro tivesse conhecimento do que ‘ a classe política faz nas sombras” (FONTAINHA; LIMA. 2018, p. 60)

³⁵ “(...) em troca de delações políticas, o juiz Moro reduziu em trinta vezes a pena de condenados por corrupção sistêmica, no caso ex diretores da Petrobras. (...) a Lava Jato parou de mirar a corrupção da Petrobras e passou a ter uma estratégia de criminalização seletiva do sistema político.” (AVRITZER, p.40)

espetacularização no cumprimento de mandados, presunção de culpa, ausência de provas, parcialidade jurídica, adoção do sistema inquisitorial³⁶ no processo penal, dentre outros absurdos e violações. Todo esse percurso esdrúxulo e abusivo traçado pela Lava Jato é ironizado por Avritzer:

“Assim, ao final do julgamento do ex-presidente Lula, pairava a dúvida se a Lava Jato e as ações da 13ª Vara da Justiça Federal eram um ponto fora da curva no que toca a relação entre sistema jurídico e estado de direito ou se havia de fato uma tentativa sistêmica do judiciário de atuar fora da sua tradição em relação a corrupção e, em especial, contra atores políticos da esquerda no Brasil” (p. 45)

A parcialidade do juiz Sérgio Moro nos julgamentos do ex presidente Lula no âmbito da Operação Lava Jato foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal³⁷ recentemente, reconhecendo a suspeição do magistrado e anulando as condenações. A evidência de suas pretensões políticas, articuladas através da força tarefa, está abertamente manifesta com a sua pré-candidatura à Presidência nas eleições de 2020³⁸.

Márcia Noll Barboza define a corrupção “como prática desconforme a uma função e ao correspondente dever posicional à luz do sistema normativo relevante, prática na qual se verifica a utilização da função e do poder que dela deriva em prol de interesses espúrios, assim considerados por não serem os interesses daqueles em favor de quem a função foi instituída, sendo que esses interesses espúrios se materializam normalmente em vantagens econômicas, podendo ser de outra natureza”³⁹. Macular o sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito utilizando cargos públicos não recebe delineações distantes dos crimes que foram alvos da persecução implacável da operação.

“O conjunto de ilegalidades e inconstitucionalidades, referendado por parte considerável da imprensa, em um dado momento histórico, transcende a um determinado lapso temporal. O direito brasileiro jamais será

³⁶ Art. 3º-A, CPP: O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

³⁷ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56503901>

³⁸ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-29/sergio-moro-lava-jato-combateu-pt-depois-volta-atras>

³⁹ BARBOZA, 2006, p. 115.

o mesmo: ele é ALJ (antes da Lava Jato) e DLJ (depois da Lava Jato)⁴⁰ ” (STRECK; CARVALHO. p. 14)

3.2.5 Da Democracia

No prefácio à 1ª edição do livro *Lawfare Brasileiro*, Rômulo de Andrade Moreira faz um alerta:

“Claro que a prática de um delito exige a punição pelo Estado (até que se encontre algo mais humano para se fazer com quem o fez e se procure entender porquê o fez), mas não se pode punir a qualquer custo. Há regras a serem observadas. Regras e princípios constitucionais. E no Brasil, hoje, isso não ocorre. E a Operação Lava Jato é um exemplo muito claro disso. Vivemos um verdadeiro período de exceção. Hoje, não há Estado Democrático de Direito”.

A Lava Jato se tornou uma operação política. O poder exercido pelo judiciário provocou o enfraquecimento do princípio⁴¹ da separação de poderes⁴², inflando sua atuação em detrimento do legislativo e executivo. A distorção causada pela operação (e seu investimento massivo na manipulação da opinião pública) viabilizou uma enorme violação à democracia, exteriorizada no *impeachment*⁴³ da presidente Dilma Roussef (Judicialização da Megapolítica)⁴⁴ e na interferência nas eleições de 2018, que inviabilizou a candidatura de Lula.

O processo judicial do ex presidente esteve carregado de ilegalidades e violações. Sobre esse episódio, Leonardo Avritzer frisa:

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. CARVALHO, Marco Aurelio de. O livro das suspeições. Prerrô Grupo Prerrogativas, 2020.

⁴¹ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2, CF)

⁴² “As ações do juiz Moro rompem com o principio fundamental que organiza o poder judiciário desde Montesquieu, que é o do equilíbrio associado à ocupação de uma posição de pouca visibilidade pública. À medida em que Moro se converte em figura pública e ponta de lança de um processo de politização/radicalização do país pela via judicial, luzes amarelas emergem sobre a estabilidade institucional da democracia brasileira” (AVRITZER, p. 44)

⁴³ “Foi o impeachment um golpe ou não? (...) Ora, basta deixarmos os limites estritos do formalismo da análise e insufla-la de conteúdo para começarmos a enxergar fortes evidências do abuso das instituições. E boa parte desse abuso foi impetrado por meio da Lava Jato” (KERCHE; JUNIOR. 2018. p. 14)

⁴⁴ KERCHE; JUNIOR. 2018, p. 13.

“(…) iniciou-se um segundo momento, de conteúdo iminente político, que coincidiu com a campanha eleitoral de 2014 e que, em 2015, adquiriu o contorno de um forte ataque ao sistema político ancorado no apoio midiático. No início de 2016, a Operação Lava Jato pessoalizou o combate à corrupção, passando a investigar, ao arrepio do estado de direito, uma pessoa, o ex presidente Lula, ao invés de investigar delitos” (2018, p.39)

O poder judiciário é um dos sustentáculos da democracia, ao passo que, se contaminado, corrói a estrutura democrática no seu âmago.

“Na medida em que a administração do sistema de justiça se vê contaminada com estas situações corruptivas, por certo que restam violados aqueles direitos internacional e nacionalmente assegurados à pessoa humana, mesmo que não decorram daí danos materiais específicos a ela, mas o sistema foi violado, e com ele a presunção de veracidade, imparcialidade, independência e confiança nas instituições” (LEAL, p. 83)

Owen Anderson salienta que as características essenciais de um país que almeja se desconectar da corrupção são a liberdade de imprensa e a independência do judiciário, revelando, desse modo, que a democracia é a melhor alternativa para uma performance anticorrupção. Mas a operação Lava Jato materializou a presença de um Estado autoritário no interior das rotinas democráticas⁴⁵.

Ferrajoli⁴⁶ afirmou, em março de 2021, que a força tarefa desviou o curso natural da democracia brasileira. Os ataques à democracia desestabilizaram a nação em níveis tão altos que uma parcela da população brasileira voltou a flertar com o autoritarismo da Ditadura Militar, elegendo um presidente que exalta e se inspira em torturador⁴⁷.

“Enganam-se aqueles que acreditam que Sérgio Moro e a Lava Jato colocarão o Brasil em alguma lista seleta de países onde impera a justiça e a democracia. Se o colocarem será no rol dos países que têm um judiciário engajado politicamente [e] que não tem instituições que sustentem um estado de direito suficientemente forte (...)” (AVRITZER, p. 51)

⁴⁵ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. BONFIM, Anderson Medeiros. Lava Jato e Principio da Imparcialidade (O Livro das Suspeições). p. 65.

⁴⁶ Professor Italiano de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/lava-jato-desviou-curso-da-democracia-brasileira-diz-luigi-ferrajoli/>

⁴⁷ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xiAZn7bUC8A>

4. CRÍTICAS

A cooperação jurídica internacional pode, até mesmo pela expressão acolhedora que reflete ajuda mútua, camuflar efeitos colaterais. A extraterritorialidade de leis implica a incidência de um ordenamento jurídico cunhado num contexto histórico e político totalmente alheio à realidade do país destinatário.

A FCPA é uma legislação elaborada em 1977 enquanto a legislação brasileira anticorrupção desenvolve-se em 2013. O lapso temporal, por si só, demonstra as diferenças na consolidação legislativa e jurídica de cada Estado referente à mesma matéria. É diante dessa perspectiva que FREITAS e OLIVEIRA apontam:

“ Em termos de amadurecimento institucional, político e econômico, os Estados Unidos encontra-se muito à frente do Brasil, e esse é um fator que não pode ser desconsiderado, sob pena de incongruências e incompatibilidades prejudiciais ao funcionamento e efetividade das medidas”⁴⁸ (p. 18)

Annalisa Leibold, em seu estudo *Extraterritorial Application of the FCPA under International Law*, também aponta disparidades na aplicabilidade extraterritorial da FCPA:

“Statistical evidence reveals a large discrepancy between FCPA fines collected from foreign versus domestic firms. This reveals that either foreign firms are measurably more corrupt, less willing to cooperate, or else the SEC and DOJ are unfairly imposing heavier fines on foreign companies”

As pesadas multas e a frequente responsabilização de empresas estrangeiras tornam a FCPA alvo de críticas quanto a sua verdadeira finalidade. Florence Bukola Ojewumi (Kent Law School) questiona a função da extraterritorialidade:

“The hypothesis to be tested is whether the extraterritoriality principle has become just another tool in the international relations of stronger states against weaker states and whether the principle of extraterritoriality has helped in reducing a complex international problem of corruption in international business” (pág. 05)

⁴⁸ FREITAS, Andrea Barbosa Pastous de. OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. Compliance anticorrupção: da gênese à tendência internacionalização do direito penal econômico. PUCRS, Rio Grande do Sul. 2020

Além de possibilitar a violação do *no bis in idem*, o acesso às evidências e testemunhas necessárias ao processo jurídico encontram-se no exterior, visto que o elemento de conexão exigido pela FCPA é ínfimo⁴⁹.

“Because important evidence and witnesses in many (if not most) FCPA cases are located abroad, U.S. authorities must often either rely on foreign governments or expend relatively more U.S. resources to collect the materials they need to build an FCPA case⁵⁰” (DIEFENBACH, 2014)

Dessa forma, o alto financiamento da operação gera um alto custo às multas, a necessidade de fiscalizar informações sigilosas de empresas estrangeiras gera o poder de controlar o mercado global e a aplicação da legislação concede prerrogativa para que sejam realizadas intervenções no ordenamento e processamento jurídico de outra nação. Não há consequência ao país que opera a extraterritorialidade além do aumento de influência, o afetado negativamente é o país receptor.

“No caso do Brasil, mais que correlação, a Lava Jato estabeleceu efetiva colaboração e em franca violação a tratado internacional. Dessa forma, a legislação norteamericana passou a ser exercida para o deslinde dos casos, para o estabelecimento das delações, para a consecução dos acordos de leniência e as consequentes cláusulas de confidencialidade. Isso só foi possível dado o extremo zelo que agentes públicos brasileiros tiveram para garantir os interesses alheios, agravando a já impositiva extraterritorialidade por uma atuação duvidosa por meio de intercâmbio informal e atencioso aos interesses alienígenas” (PRONER, p. 272)

Os requisitos impostos para conectar o ato/fato à incidência da FCPA são frágeis⁵¹, quase beirando uma regressão infinita de causa/efeito⁵². Na medida em que

⁴⁹ “(...) as empresas brasileiras precisam estar efetivamente preparadas para se defender de acusações baseadas na FCPA, porque elas podem ser atingidas até mesmo por frágeis elementos de conexão, como um e-mail que tenha transitado por servidores nos EUA, reuniões que tenham sido realizadas naquele país, dentre outras construções que estão sendo aplicadas para tentar configurar a operacionalização dos negócios a partir do território norte-americano” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/lava-jato-usou-norma-eua-punir-empresas-brasileiras>

⁵⁰ DIEFENBACH, Heather. FCPA Enforcement Against Foreign Companies: Does America Know Best?. Cornell International Law Journal Online, v.2, 2014.

⁵¹ *“The DOJ and SEC (the two organizations assigned to enforce the FCPA) have applied the FCPA to foreign issuers even when the corrupt conduct in question neither originated nor was completed within U.S. territory. This means that in practice FCPA jurisdiction can be based on a mere tangential connection (a bank wire transfer or an email) between the corruption and the United States, even though such an extraterritorial action may not be permitted under international law” (LEIBOLD, 2015)*

⁵² Ler método de Thyrem para combate do Regresso ao Infinito. Disponível em: <https://willianerivan.jusbrasil.com.br/artigos/473561433/metodo-de-thyrem>

a maioria das empresas investigadas e enquadradas na FCPA não pertencem aos EUA e que o valor das multas imputadas aos casos estrangeiros é muito maior do que o valor das multas atribuídas aos casos domésticos, se torna ainda mais complexo compreender os alvos (que parecem previamente selecionados⁵³) do combate à corrupção.

“The reach of the FCPA is rather long; after all, foreign firms are often those most affected by the FCPA. According to Shearman & Sterling, foreign companies were slapped with over 90% of the penalties imposed on corporations in 2010 under the FCPA. Generally, the United States recovers from the violator through criminal forfeiture by the DOJ or civil disgorgement of profits to the SEC. (...) The majority of the proceeds from FCPA enforcement actions go into the U.S. Treasury” (DIEFENBACH, 2014)



Fonte: LEIBOLD, p. 259. 2015

Para além do custo direto e pecuniário às empresas, há o abalo com os custos indiretos dos efeitos de má reputação e exclusão dos negócios governamentais. Tais consequências podem ser fatais para a competição mercadológica e para a vitalidade empresarial, mas esses transtornos não são contemplados nas preocupações do Estado que aplica as punições extraterritoriais, nem mesmo geram impedimento ou atenuação na execução:

“Application of extraterritoriality in international law only seeks to protect the interests of a few elite states without much emphasis on the procedural fairness of the justified national interests. Extraterritorial jurisdiction, therefore, sits at the fences of domestic (law and politics) and international law. Those fences should be an apex of due process and best

⁵³ *“Add to this law enforcement’s aggressive tactics, pressure on companies to settle, sparse judicial precedent on the FCPA, and little judicial oversight of settlements, and it becomes clear that in the FCPA prosecutors have near limitless power to determine which firms pay while others walk free” (LEIBOLD, 2015)*

practice, not a no-man's land bereft of proper adherence to proportionality and the rule of law” (OJEWUMI, 2017)

Ainda mais embaraçado é compreender porquê, após uma operação gigantesca com a aplicação severa da FCPA, o Brasil caiu e não avançou no ranking do Índice de Percepção da Corrupção⁵⁴. A escassez de eficácia desestabiliza o potencial e a lógica da legislação extraterritorial se o propósito for, realmente, desestimular a prática do crime.

“However, there is a realistic possibility that the FCPA may be exacerbating the problem of corruption. We recognize that this may be a controversial statement. Nevertheless, it is logical that restricting U.S.-regulated firms from entering jurisdictions in which making improper payments to government officials is or may become more prevalent allows other companies—some of which operate under business principles and government regulations less transparent and public-regarding than the principles and regulations under which U.S. firms operate—to dominate those jurisdictions. A FulbrightScholar based in India to study the FCPA observed: “Because FCPA enforcement lacks transparency and predictability, operating in a seeming due process and checks-and-balances vacuum, we too often scare companies away from certain transactions, or sectors, or even from certain countries. In doing so, we leave developing nations to be ravaged by companies that are not similarly restrained by human rights and anti-corruption laws. Such a result might exacerbate corruptive practices” (NYCBAR, 2011)

Sem resultado robusto para o fim perseguido, os questionamentos ao engrandecimento da extraterritorialidade anticorrupção se expandem para além da finalidade formalizada legalmente, demandando uma análise mais profunda (e realista) da real serventia desse instrumento jurídico e seus efeitos.

4.1 DOCTRINA MONROE

“(…) o mundo, em especial a America Latina, entendida como ‘quintal dos Estados Unidos’ – como a ela se referiu John Kerry num discurso ante o Comitê de Assuntos Exteriores da Camara dos Representantes em abril de 2018 – passou a ter suas classes políticas perseguidas e desacreditadas” (FERNANDES, 2020)

A Doutrina Monroe (criada por James Monroe, em 1823) exigia a “América para os americanos”. A mensagem oculta desse slogan é perceptível quando se constata

⁵⁴ Ver: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/brasil-piora-em-ranking-mundial-de-corrupcao,82b3315d4a7f85c8b52465753cfa43886rce0m9m.html>

que o povo dos Estados Unidos é o único reconhecido internacionalmente como “americano”, ou seja, há a reivindicação de que o continente inteiro pertence ao escopo do seu imperialismo. Essa visão idealizada se difundiu tão plenamente no consciente social através da filosofia do Destino Manifesto (John Louis O’Sullivan, 1845) que os Estados Unidos, até hoje, pauta intervenções como se fossem necessárias devido à sua autoridade “transcendente”.

“Para Henry Kissinger ‘a passagem americana pela política internacional demonstra o triunfo da fé sobre a experiência’. Esse é o horizonte no qual se situa o ideário do *Destino Manifesto*, compreendendo um conjunto de formulações ideológicas que serviu de estímulo e justificativa para as ações expansionistas dos Estados Unidos no continente durante o século XIX. Ele estabelecia que os norte-americanos haviam construído um país a partir de valores superiores e, portanto, postulavam a missão divina persistente de civilizar as regiões que não tiveram a mesma sorte. Note-se que não se trata apenas de colocar a república norte-americana como um exemplo a ser seguido, mas, sobretudo, a tarefa dita altruísta de criar um mundo à sua imagem e semelhança, seja pela via pacífica, negociada, persuasiva, ou a ferro e fogo” (Geopolítica da Intervenção, p. 74)

Atualmente, o conceito de guerra é dissimulado, abandonando a concepção unicamente militar para alcançar as esferas econômica, financeira, política, psicológica e científica. Todos os instrumentos de ação à disposição são válidos, diretos ou à distância, para lograr as ambições nacionais, justas ou injustificáveis⁵⁵. É nesse repertório que se encontram os estímulos à performance extraterritorial:

“Through the unilateral expansion of its domestic laws abroad, the United States can inject its presence in the international sphere with little to no accountability to those who are affected by the reach of its laws. This form of hegemonic power has the logical consequence of creating a desire in the United States to dominate internationally (...)” (VENEZIANO, 2018)

Apesar de expressar a própria atuação pela linguagem da benevolência, os Estados Unidos agem focados somente nos seus próprios interesses. Dessa forma, as consequências da extraterritorialidade de leis não representam uma preocupação para o Estado, que se esforça pelo fortalecimento da legislação:

“Leslie Caldwell, procuradora-adjunta do DOJ, afirmou em uma palestra em novembro de 2014: “A luta contra a corrupção estrangeira não é um serviço que nós prestamos à comunidade internacional, mas sim uma medida de fiscalização necessária para proteger nossos próprios interesses

⁵⁵ Geopolítica da Intervenção, p. 18.

em questões de segurança nacional e o das nossas empresas, para que sejam competitivas globalmente⁵⁶ (CONJUR, 2021)

Os métodos norte-americanos utilizados na Operação Lava Jato (como o sistema de recompensa para as delações) são reflexos de um projeto de intervenção que sempre esteve em andamento. A espionagem econômica e política foi revelada em 2013 por Snowden:

“A capacidade dos Estados Unidos de espionarem o mundo, e em especial os dados que demonstram que em 2013 a agência NSA já estava colhendo dados sobre Dilma e em especial sobre a Petrobras, é fundamental para montar o quebra-cabeça do que se seguirá” (FERNANDES, 2020)

As informações perseguidas puderam ser ainda mais facilmente obtidas através do acesso às investigações geradas pela Operação. DIEFENBACH refere-se aos países alvos da FCPA como “vítimas”:

“The United States’ increased regulation of business conduct of non-U.S. companies raises concerns over American imperialism and U.S. bias against international companies. Respect for the sovereignty of foreign countries is one of the most controversial issues relating to U.S. investigation and prosecution of non-U.S. companies. “Victim” countries may have a greater interest in prosecuting the corruption. Moreover, other countries often have different attitudes toward law enforcement methods and different rules about the use of private information than the United States, which can lead to negative perceptions of U.S. FCPA actions”

A própria jurisdição norte-americana, no dispositivo § 403 do *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, prevê a necessidade de amenizar o alcance extraterritorial quando este não demonstrar primordialidade, mas, a despeito de qualquer limite, o combate à corrupção se tornou o atual Big Stick⁵⁷ dos EUA com expõe DIEFENBACH: *“Fixing the FCPA would potentially lower U.S. government costs, improve U.S. relations with the rest of the world, and keep the U.S. from being known as the bully on the block, speaking softly and whacking people with a big stick”*.

⁵⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-10/jornal-frances-mostra-eua-usaram-moro-lava-jato>

⁵⁷ “Com fala macia e um grande porrete, você vai longe” (ROOSEVELT, 1901). Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/politica-do-big-stick/>

Diante desse panorama, a instrumentalização da FCPA como mecanismo da dinâmica atualizada da Doutrina Monroe, do Destino Manifesto e do Big Stick sobe ao palco das reflexões.

“É nesse sentido que o Destino Manifesto casa-se com os interesses econômicos, financeiros, políticos, militares, sociais e culturais dos setores dominantes da sociedade norte-americana. A mesma missão civilizadora que, supostamente, ensina aos outros povos a democracia, a liberdade e a justiça, também garante os negócios, os lucros e o consumismo exacerbado” (Geopolítica da Intervenção, p. 75)

4.2 LAWFARE

“O lawfare nasce da contração das palavras law (lei, Direito) e warfare (guerra), e significa originalmente uma disputa política travada no campo jurídico como substituição de um conflito armado” (COLUCCI, 2020)

Quando o Direito é instrumentalizado indevidamente, não para fazer justiça, mas para articular vantagens e manobras em guerras políticas, instaura-se o *Lawfare*. O assédio judicial é uma nova técnica de poder da atualidade e traduz a expressão popular “lobo em pele de cordeiro”: a aparência de legalidade dos trâmites jurídicos camufla disputas políticas que devastam o Estado Democrático de Direito.

Como o poder judiciário não depende da vontade popular, pode operar uma performance política coberta pelo manto da institucionalidade, manejando a linguagem técnico-jurídica para concluir aspirações de interesse particular.⁵⁸ Moldar o judiciário conforme conveniência, tanto na esfera nacional (Operação Lava Jato) quanto na internacional (FCPA), é a dinâmica do discurso anticorrupção, que emprega argumentos sobre a ineficiência jurídica do Estado estrangeiro que “necessita” da força extraterritorial para realizar um combate efetivo ao mal endêmico.

O Direito Penal e Processual Penal são corrompidos autoritariamente, minando a Constituição e espetacularizando o caos de insegurança jurídica como se fosse um show de “caça ao alvo”⁵⁹. Essa hipertrofia, como já exposto, é revelada na extraterritorialidade irrestrita da FCPA:

⁵⁸ VOLLENWEIDER, Camila. ROMANO, Silvina. Lawfare. La judicialización de la política en América Latina. CELAG, 2017.

⁵⁹ COLUCCI, 2020.

“But upon closer examination, recent restraints have proven ineffective. For example, since this concept involves unilateral action, there is no consent of other states; there is just the continued action of the United States “in the political realm” with the “superficial veneer of legality” (VEZIANO, 2018)

E também, conseqüentemente, na Operação Lava Jato:

“A Operação Lava Jato, nesse sentido, guarda absoluta correlação com as práticas elaboradas e respaldadas pela extraterritorialidade norte-americana, que têm feito estragos mundo afora. Desde os anos 70, uma complexa teia de legislação vem sendo aprimorada com o fim de eliminar concorrentes, absorver empresas e expandir mercados por meio do combate à corrupção. A extraterritorialidade – como parte das guerras híbridas empreendidas por meio do direito – passa a ser um trunfo, assim estudada nas academias militares” (PRONER, p. 272)

Para desmoralizar o oponente, inúmeros processos são instaurados para que a reputação seja, publicamente, deteriorada. A persecução penal não encontra limites (nem mesmo na dignidade da pessoa humana) até o desgaste completo do adversário político, cercado pelo repertório de “escândalos” criminais. O aval do sistema jurídico à perseguição cativa amplo apoio e empoderamento, pois o poder Judiciário tem o dever da imparcialidade, gerando um sentimento social de aprovação aos procedimentos de aparente “justiça”.

A masmorra brasileira é essa guerra jurídica assimétrica que lidera, atualmente, as formas de intervenção. A FCPA é uma norma largamente utilizada para a prática do *Lawfare* pela dificuldade em criar óbices à sua incidência:

“Medidas de retaliação eficientes são praticamente impossíveis, diante do arsenal que faz dessa estratégia um ativo de novo tipo de guerra contra qualquer país/empresa. É necessária, no lugar, a mobilização do Estado e da comunidade internacional para reconhecer os abusos, que são, em parte, frutos de dependência do sistema financeiro a partir de um ente hegemônico no sistema padrão dólar, não pode representar um ativo inafastável” (PRONER, p. 286)

Ao submeter os Estados à sua legislação extraterritorial utilizando elementos de conexão irrelevantes, os EUA podem facilmente produzir desestabilização política e/ou implementar movimentações no judiciário alheio que sejam estratégicas para o seu próprio desenvolvimento vantajoso.

“Alguns qualificam esse processo de aplicação impositiva da extraterritorialidade como verdadeira extorsão, dada a rede de instituições, legislações, entidades públicas e privadas, agentes e grandes escritórios de

advogados ligados ao mundo das finanças de Wall Street. Eis outra faceta do eficiente lawfare como parte de guerras híbridas, com o fim de produzir desestabilização econômica e empresarial, além de desajustes políticos e com imensos ganhos no contexto da política externa regional para os Estados Unidos” (PRONER, p. 285)

Utilizando-se de trajes justiceiros, como o discurso inflamado contra a corrupção, o *lawfare* tem se manifestado em escalas nacionais e globais, dissimulando a percepção das novas faces do imperialismo ou da sujeira política.

“O combate à corrupção é um compromisso previsto no ordenamento jurídico brasileiro (...) mas esse compromisso tem sido utilizado como instrumento de pressão, controle e de empoderamento, a fim de instrumentalizar o sistema de justiça para fins políticos e ideológicos, promovendo-se uma guerra jurídica contra esse “inimigo”, em um fenômeno denominado lawfare” (KAKAY; FREIRIA, p. 117)

O mundo é extenso e extremamente multicultural para que os EUA criem uma lei de alcance indiscriminado. Expandir o etnocentrismo do *superman* para a área jurídica, criando uma *superlaw*, não é viável à complexidade do mundo real. O princípio da proximidade⁶⁰ do Direito Internacional aborda, justamente, a necessidade de identificar o sistema legal mais próximo e conectado à causa, evitando uma incidência infinita de legislações sem profunda pertinência.

“The world is too culturally diverse to accept the external imposition of laws without resentment. Under these conditions, extraterritorial legal fiat is at the very least insulting and distasteful. Transnational relations likely will be strained by the overreaching of any one nation into the affairs conducted within the borders of another. As one commentator suggests, other nations “may perceive the FCPA as a culturally arrogant encroachment on their ability to govern activities exclusively within their own borders, in accordance with international law principles on territorial sovereignty” (SALBU, p. 447)

O combate à corrupção transforma-se, nessa perspectiva, numa nova Doutrina de Segurança Nacional⁶¹ onde qualquer meio justifica os fins a serem perseguidos. Pelas vias da dissimulação, utilizando o pretexto de salvar a pátria dos inimigos arbitrariamente selecionados, cria-se uma falsa (mas sedutora) atuação heroica:

⁶⁰ Ler: MOLL, Leandro de O. A Justiça e as normas de Sobredireito: o lugar das regras de conexão em Direito Internacional Privado. Universitas: Relações Internacionais, v.3, n.2, 2008.

⁶¹ “Joseph Comblin define: No primeiro plano da política interna, é a segurança nacional que destrói as barreiras das garantias constitucionais: a segurança não conhece barreiras; ela é constitucional e inconstitucional; se a Constituição atrapalha, muda-se a Constituição” (Geopolítica da Intervenção, p. 21)

“Como Casara (2019, p.130) demonstra “o juiz-soldado, não raro, acredita que tem a missão de livrar o mundo dos inimigos, ainda que imaginários”. A criação de heróis, que se portam como se fossem guardiões da lei aos olhos da opinião pública, é outro fator decorrente da prática do *lawfare*, os atores que distorcem a lei para a consecução de seus fins estão permeados por ideias salvacionistas. Eles próprios violam a lei para, essencialmente, fingir que estão protegendo uma espécie de bem comum, e isso se manifesta cabalmente através da luta contra a corrupção, motivo conveniente em uma tradição em que a linha entre o legal e o ilegal é inerentemente codificada e manipulável, podendo ser projetada diretamente sobre o acusado, enquanto o próprio acusador prática arbitrariedades e excessos. A finalidade é criar prejuízos, atacar o inimigo por todas as frentes, relativizando a Constituição e os limites do poder de punir estatal” (COLUCCI, 2020)

A influência exercida pelos Estados Unidos na aplicação da FCPA em território brasileiro infiltrou a mesma lógica no plano interno, conduzindo a Operação Lava Jato pela mesma estrada de instrumentalização jurídica como arsenal de guerra. Como discípulos, vestiram o uniforme norte-americano e equiparam-se do *Lawfare*, criminalizando a esquerda, o PT e a política:

“As recentes descobertas da influência norte-americana na Lava Jato através do FBI e os abusos cometidos pelos procuradores responsáveis pela operação em Curitiba apenas confirmam aquilo que todos já sabiam: a *Lawfare*, isto é, a utilização política do aparato judicial-criminal com o intuito de desacreditar, aniquilar um inimigo político” (OLIVEIRA; SILVA. p. 143)

4.3 TRANSPLANTES JURÍDICOS: SEMELHANÇAS

Utilizar um modelo jurídico estrangeiro é um tópico essencial dos estudos do Direito Comparado. O método de transplantar regras do ordenamento jurídico de um país para outro provoca uma trama radical de elogios, críticas e consequências. Apesar daqueles que posicionam-se irremediavelmente contra a metodologia, é inconcebível negar a natural, e até mesmo feliz, influência que há entre os mais diversos sistemas legais mundiais. Da mesma forma, também é utópico negar as reações desniveladas do país receptor ao transplante jurídico, dado que as realidades de cada nação constroem-se em contextos distintos e multifacetados⁶².

⁶² “[even] *Two nations sharing the same language remain two separate countries; the contextual meaning of words, phrases and idioms have developed independently*” (SALBU, p. 427)

Frankenberg organiza as possíveis fases de importação de materiais jurídicos: (i) reificação, momento em que há a supressão do contexto histórico, social, cultural; (ii) objetificação das ideias jurídicas; formalização, pois os textos recepcionados carecem de debates e convenções epistêmicas; (iii) idealização, pela previsão restrita de um resultado apenas positivo na recepção do transplante jurídico; (iv) recontextualização, envolvendo as manobras necessárias para a adaptação, introdução e modificação do empréstimo jurídico.

As críticas à deficiência dessa migração legal apontam os riscos de desconfiguração das normas transplantadas: camuflagem dos contextos do sistema jurídico Doador (pois há um desconhecimento dos pré-requisitos ao funcionamento legal diante de outro cenário nacional); a emaranhada ideia de que os institutos estrangeiros estão mais aptos a solucionar conflitos locais; a colonização intelectual dos institutos e as “reações imunológicas” de resistência do sistema receptor ao elemento jurídico estranho à sua realidade.

“O arranjo jurídico preexistente no país de destino da alteração legislativa pode ser de fato anulado, modificado, distorcido, remodelado, ou mesmo fazer brotar algo novo a partir do modelo original que, por sua vez, pode receber uma influência devolutiva, no contexto de sua produção original. Por isso é que se chega a trabalhar até mesmo com a ideia de “contaminação” entre os sistemas jurídicos, e não só com “transplante”, transferência” (VIEIRA,2018)

O autor Gunther Teubner renomeia o legal “transplant” para “legal irritant” por notar (e querer fazer notar) as dificuldades de adaptação que irritam a estrutura do Estado receptor, pelo cenário inédito à lei alienígena:

“Gunther Teubner (...) preferiu se valer da expressão “legal irritant” em detrimento de “legal transplant” (...) porque, segundo ele, a ideia de transplante traz implícita a assunção de que, uma vez feito o procedimento, o material transplantado funcionaria identicamente, e tão bem, como funcionava no antigo organismo, no novo” (VIEIRA, 2018)

A tentativa de integração das normas externas ao plano interno do país “é um barulho externo que cria perturbações selvagens no jogo de discursos dentro desses arranjos e os força a reconstruir internamente não só suas próprias regras mas a reconstruí-las a partir do arranhão do próprio elemento externo” (TEUBNER). A partir dessa referência, é dedutível que o poder conferido ao efeito extraterritorial de uma lei pode, se não provocar os mesmos efeitos, agravar a lista de consequências.

Essa influência não precisa ser efetivada de forma hostil pois os discursos sedutores e macios (Big Stick), são suficientes e mais velados pela máscara da legitimidade, minando a própria formação intelectual – e curricular – da elite jurídica de cada país. As violações mais danosas, como salienta VENEZIANO, são aquelas relacionadas aos processos legais domésticos e controle do seu aparato de justiça criminal como a que ocorre na aplicação extraterritorial de um Estado dominante sobre estrangeiros.

As diferenças entre os sistemas de justiça brasileiro e norte-americano, ao invés de serem objeto de avaliação, foram menosprezadas, gerando uma absorção direta tanto da legislação externa quanto dos métodos.

“Nos Estados Unidos, as competências dos Procuradores locais são distintas, muito mais amplas do que os congêneres no Brasil. É importante compreender as competências e atribuições dos *district attorney* e do *attorney general of the state* (um para cada um dos 50 Estados) e as funções de representar o Estado, chefiar a consultoria jurídica do Governo do Estado e chefiar o sistema de aplicação da lei penal. Os Procuradores gozam de amplos poderes de negociação e de discricionariedade incomparáveis aos fiscais de outros países. Em alguns condados, como é o caso do distrito de Nova York, os Procuradores têm equipes de trabalho e investigação suplementar à atividade policial com departamento dotado de uma Divisão de Investigação voltada para os crimes de corrupção e do colarinho branco” (PRONER, p. 279)

Os transplantes jurídicos se assemelham ao mecanismo da extraterritorialidade de leis, ambos caracterizando a aplicação e integração de uma legislação alienígena ao arranjo jurídico doméstico de outro Estado. A diferença reside no grau de ingerência e autoridade: a extraterritorialidade de leis autoriza a liderança de um juízo estrangeiro, não possui um complexo de filtros fiscalizando o alcance dessa intervenção e nem pretende se adequar aos contornos locais. Se a cooperação internacional é conduta regular no mundo globalizado e a ordem pública é relativa, vinculada à arbitrariedade jurídica, tais requisitos restam insuficientes para diagnosticar⁶³ minuciosamente o panorama de “irritação” provocado pela legislação extraterritorial.

Desta forma, o estudo dos transplantes jurídicos revela o perigo no ímpeto extraterritorial: se importar uma norma jurídica recebe suporte procedimental e

⁶³ “Não se diagnosticou a prevalência de uma ideia advinda de determinado país a ser transposta para o Brasil. Olha-se para fora daqui sem se ter – ou ao menos se justificar – qualquer critério para se ‘pegar’ ou ‘catar’ esse ou aquele modelo e trazê-lo para cá” (VIEIRA, p. 793)

avaliativo, produzindo um arcabouço de cuidados e críticas pelos potenciais efeitos e pela tentativa de adaptação da regra ao contexto histórico-cultural, a performance da extraterritorialidade de leis requer ainda maior cautela, porquanto incide na conjuntura nacional de outros países sem nenhum óbice ou profunda reflexão, camuflando seus efeitos e potencial lesivo às realidades locais.

4.3.1 Elementos

Para Rodolfo Sacco, há dois elementos que justificam um envolvimento jurídico externo: a imposição (através da força do colonialismo) e o prestígio (reverência aos formatos jurídicos internacionais bem sucedidos). Michele Graziadei acrescenta um terceiro elemento (performance econômica) e salienta a possibilidade de aspectos extrajurídicos instrumentalizarem o direito através dessas prerrogativas.

“Segundo Michele Graziadei, o estudo de transplantes e recepções deve focar primordialmente em três fatores: imposição de lei por meio de violência; mudança produzida pelo desejo de seguir modelos de maior prestígio; e finalmente, reformas com vistas à melhora de situação econômica” (VIEIRA, p. 778)

Diante do já exposto nos tópicos anteriores, é possível assimilar traços dos três elementos na atuação da FCPA através da Operação Lava Jato. Desde que os Estados Unidos representam o país mais poderoso do mundo⁶⁴ e simbolizam o modelo econômico a ser seguido, as alternativas de resistência às imposições são escassas.

“Tal como se apresenta, não há escapatória a essa agressividade jurídica, com pouca confrontação por parte dos poderes públicos de outros Estados e com débil possibilidade de retaliação. Isso quando não há, como no caso vergonhoso da Lava Jato no Brasil, efetiva e dadivosa colaboração por parte de membros do Ministério Público Federal e, conforme parece ser, complacência ou até apoio de setores do Judiciário” (PRONER, p. 285)

O elemento Prestígio será abordado nos tópicos seguintes por se comunicar com o comportamento brasileiro na submissão impulsiva aos preceitos estrangeiros,

⁶⁴ Disponível em: <https://www.usnews.com/news/best-countries/power-rankings>

conduta que revela uma profunda sequela psicológica da história e cultura do país e que, se analisada, pode mitigar o impacto extraterritorial.

4.3.2 Prestígio como consequência

O dicionário Priberam⁶⁵ define a palavra prestígio como influência, importância decorrente de algo ou alguém tido como admirável, atrativo que parece ter um tanto de maravilhoso, encanto, fascínio. O dicionário Michaelis⁶⁶ também traz a acepção sociológica do termo como valorização sociocultural atribuída a um indivíduo, a um grupo de indivíduos ou a algo, que faz com que esses se sobressaiam aos demais. Tais descrições ilustram o domínio exercido pelos EUA e a subordinação deslumbrada do Brasil diante dos interesses alheios e ao *American way of life*.

Maslow organiza uma pirâmide hierarquizando as necessidades humanas⁶⁷ após se debruçar em estudos sobre o tema:



Fonte: eugenio.stipp.com.br

O prestígio é uma necessidade tão almejada no propósito da sociedade que encontra-se quase no topo da pirâmide, integrando o bloco de Estima. A aspiração dessa carência pode gerar males, como uma (i) busca desregrada para alcançá-la

⁶⁵ Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/prest%C3%ADgio>

⁶⁶ Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/prestigio>

⁶⁷ Teoria da Hierarquia das necessidades humanas. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/piramide-de-maslow/>

(corrupção); (ii) complexo de inferioridade que produz submissão (Brasil) e (iii) prepotência de quem detém (EUA).

O sentimento de inferioridade que o brasileiro incorpora, voluntariamente, ficou popularmente conhecido na expressão de Nelson Rodrigues, que o nomeia de “complexo de vira-lata”⁶⁸. A insegurança do Brasil quanto ao seu próprio valor torna a nação vulnerável diante de países como os Estados Unidos, considerado potência mundial.

Outra definição para prestígio é de “ilusão dos sentidos”⁶⁹. Esse comportamento é manifesto na atitude brasileira em relações internacionais quando, hipnotizado, (i) venera e assume sucesso como a performance de outros países, (ii) não identifica a prática de abusos e nem desconfia dos subterfúgios na aproximação estrangeira (ou, quando percebe, se submete) e quando (iii) se sente privilegiado pela atenção do país “desenvolvido” ao seu “subdesenvolvimento”.

A Operação Lava Jato escancarou os graves impactos que a vinculação ao prestígio causou à toda estrutura nacional. O que ocorreu aqui, como salienta Carol Proner, foi uma atuação dos agentes públicos do sistema de justiça promovendo colaboração com a extraterritorialidade impositiva, lesando interesses pátrios⁷⁰.

As falhas que o elemento prestígio produz no equilíbrio internacional também são enfatizadas por Renato Stanzola Vieira, em seu artigo “O que vem depois dos *“legal transplants”*? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado”, que critica a submissão irrestrita ao que vem do “Norte”:

“(…) prestígio é fonte de desejo, e nessa equação há a exportação de ideias jurídicas. No contexto latinoamericano esse discurso globalizante que separa o “Norte” do “Sul” em termos de merecimento de influência (hierarquiza as fontes do conhecimento) ainda ganhou novo combustível com o diagnóstico de que, genericamente se olha para o sistema jurídico latinoamericano como falido” (pág. 780)

O olhar inferiorizado do Sul ao Norte é sustentado por um repertório de estereótipos que rotulam negativamente a conjuntura desses países, no geral, subdesenvolvidos:

⁶⁸ Documentário disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2_WD7dqGbzk

⁶⁹ Disponível em: <https://www.meudicionario.org/prestigio>

⁷⁰ O Livro das Suspeições, p. 286

“De toda forma, ainda assim, as metáforas de “*failed law*” (corrupção endêmica, sociedade não responsiva às leis - baixa correspondência entre *law in action* e *law in the books*-, insegurança jurídica e social, inoperância, ineficiência, elitismo jurídico) se constituíram como importante discurso facilitador de projetos de reformas jurídicas” (VIEIRA, p. 781)

O que vem do Norte global é quase uma “grife” (VIEIRA, 2018), produzindo um campo fértil para o poder absoluto da extraterritorialidade:

“Como um vinho da Borgonha é considerado um bom vinho, um artigo escrito em inglês por um professor americano e publicado em um jornal jurídico em uma universidade da América do Norte é considerado como de boa qualidade, mesmo antes de ser lido. O conhecimento jurídico gerado no Sul só é legitimado quando acadêmicos do Norte tenham dado a ele a sua aprovação. Os produtos jurídicos do Sul são marcados (negativamente) por sua origem” (MALDONADO)

As diferenças nos arranjos judiciários induzem o país receptor a erro, pois a influência externa, vista como superior, torna as modulações internas (mesmo que inconstitucionais) “aceitáveis”, pela ilusória conclusão de que se o Estado prestigiado se estrutura através desses métodos é porque são “melhores” sendo justificável (e até admirável) reproduzi-las.

“Vale lembrar da crítica feita pela própria doutrina processual penal norte americana sobre os vícios inerentes às práticas de justiça consensual (que vão da ‘*overcharging*’ à extorsão de confissão pura e simples às considerações sobre como o modelo mina o aspecto do contraditório inerente à noção mesma de processo), não refletidas majoritariamente no Brasil, que tem se tornado receptáculo fértil dessas mesmas ideias” (VIEIRA, p. 799)

Segundo SACCO, a reação do receptor pode ser de admiração e/ou imitação (p. 68), concedendo crédito incondicional ao sentimento de superioridade que o Estado prestigiado destila propositalmente, pois “quem acredita que a própria cultura é superior, acredita que o próprio direito é superior e isso não surpreende” (p. 73).

“Assim, instituições são apresentadas como altamente produtivas e funcionais, doutrinas estrangeiras como a melhor resposta crítica a uma questão jurídica local e decisões de juízos específicos como as melhores interpretações da lei, por exemplo. Tudo isso justificado, habitualmente, por ideologias que sustentam os discursos de autoridade advindos do prestígio do sujeito doador” (DUTRA, 2018)

O prestígio possui, então, a força catalisadora de ser um produto de exportação e importação de ideias jurídicas, ignorando totalmente que “não há como vestir a mesma roupa se o corpo muda”⁷¹. A consequência da submissão cega e da reverência irrestrita à supremacia do Estado dominante pode chegar a um nível tão atroz que o Estado resignado rompe com o respeito ao sistema jurídico nacional:

“Dentre tantas ilegalidades, há um episódio que revela com singularidade a contaminação do sistema de justiça. No processo administrativo disciplinar instaurado para apurar a responsabilidade do então Juiz Sérgio Moro pela violação ilegal de sigilo da Presidenta Dilma Rousseff, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu explicitamente a lógica da exceção no processo penal. Por 13 votos a 1, o Tribunal decidiu que o Magistrado poderia violar impunemente o ordenamento jurídico porque a Operação Lava Jato não se limitaria às regras comuns⁷²” (CARVALHO; LACERDA. p. 83)

Para completar o estado de coisas estrambólicas provenientes da sujeição ao prestígio, o ego envaidecido dos atores brasileiros da Operação Lava Jato, deslumbrados pela intimidade com a “grande potência mundial”, os levaram a cometer arbitrariedades e a se comportar como crianças que vestem capas inspiradas no super-herói:

“Esses jovens Procuradores, saber-se-ia mais tarde, atuavam em absoluta uniformidade com a vontade do Superjuiz, que era o centro nervoso da Operação Lava Jato, que jogou para cima todo e qualquer critério de competência, que converteu Curitiba em uma espécie de Juízo Universal da corrupção no país (...) Como todo herói, Moro parecia já não separar a realidade da fantasia e criava ele mesmo seu próprio personagem” (TARDELLI; SANTOS)

Para que haja uma repercussão ao menos funcional, respeitando a cultura local, a aplicação de arranjos jurídicos externos precisa de uma abordagem interdisciplinar, inclusive no estudo de linguagens e comportamentos, identificando ideologias em discursos neutros e rompendo com a idealização, ao ajustar e ressignificar os formatos legais importados.

⁷¹ VIEIRA, 2018.

⁷² Um juiz no banco dos réus (O livro das Suspeições)

4.3.3 Maturidade como perspectiva

“(...) sei que a sociedade tem de sofrer, à semelhança dos seres humanos, as suas próprias dores de crescimento para vir a se tornar adulta. É o preço que temos de pagar pelo aprimoramento democrático ou a maturidade de uma grande Nação (...). Apesar disso, tais momentos, mais ou menos dolorosos, que tivemos/teremos de enfrentar fazem parte do processo histórico. O que não podemos fazer é tirar a esperança do povo, diminuindo a sua autoestima, omitindo ou manipulando a verdade histórica. É chegado o momento de não mais sermos engabelados por mitologias pueris ou manipulações de qualquer natureza” (ZISMAN, 2016)

Segundo o dicionário Michaelis⁷³, a maturidade caracteriza-se como a “qualidade daquele que, por ter atingido a idade madura, age com reflexão, com bom senso e prudência”. Sem a realização de uma reflexão crítica, o sistema de justiça brasileiro incorpora o processo de idealização de uma legislação estrangeira de forma perigosa, visto que o fato de estar legitimado a dispor da legalidade com propriedade suscita a convicção de que as decisões e ações operadas são dignas de plena credibilidade.

A escassez de estrutura psicológica transforma qualquer alto nível de sistema jurídico em produtor de injustiça. O enredo que acompanha a incidência da extraterritorialidade de leis anticorrupção não é invisível e não faz questão de ser, mas os efeitos da aplicação fiel de legislações e fórmulas processuais de outro modelo jurídico ao plano interno envolve imprevisibilidade. Marcos Zilli até mesmo considera a incidência de legislação e métodos jurídicos estrangeiros como um “presente grego”, em clara referência à estratégia do Cavalo de Tróia⁷⁴.

“In utilizing the extraterritorial application of its own laws, the United States is unilaterally extending its state’s reach upon foreign states/nationals, resulting in a system of blurred borders and, consequently, altered sovereignty of the affected states. Though state extension has the added benefits of familiarity due to its ties to a recognized state, its practice by the United States is seen as politically hegemonic and as an inappropriate solution for transnational developments because transnational law is something distinct from domestic and international law, requiring different solutions. However, its use continues simply because the United States has decided that it wants to extend its power in this field of law” (VENEZIANO, 2018)

⁷³ Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/maturidade>

⁷⁴ Ver <http://chc.org.br/a-incrivel-historia-do-cavalo-de-troia/>

A atitude ponderada elabora, no mínimo, potenciais itinerários de reação aos efeitos extraterritoriais e comprometimento com o contexto interno, não concedendo margem para violações constitucionais e solidificando a supremacia da Carta Magna diante de irritações legais.

“No Brasil a importação acrítica de pedaços de sistemas jurídicos – seja pelo não compromisso sistemático, seja pela falta de justificativa inclusive da escolha do modelo a se seguir sem se questionar sequer sua funcionalidade na origem - destrói a racionalidade do nosso próprio sistema processual penal. Desconfigura-se o que existe – o que por si só impede de formular crítica responsável para a própria reformulação – e não há fidelidade ao modelo inicial que é aqui transplantado” (VIEIRA, 2018)

Prestigiar e admirar são condições humanas, mas no âmbito jurídico essa contemplação nunca deve ser dissociada de uma análise crítica, pois não há um sistema de justiça perfeito e/ou universal digno de uma absoluta confiabilidade e fascínio.

“Cumprir observar que, se nos Estados Unidos protege-se a todo custo a classe política contra qualquer ação criminal, vende-se para o resto do mundo uma ideia de país sem corrupção. (...) [por exemplo] O Congresso americano correu para mudar a legislação e proteger as empresas de telefonia que cooperavam com os programas ilegais de monitoramento dos cidadãos” (Geopolítica da Intervenção, p. 76)

A onda de americanização dos sistemas jurídicos resulta em menor reação contrária aos interesses e padrões dos EUA. Quando há forte elemento de conexão a extraterritorialidade de leis cumpre seu papel inevitável⁷⁵, mas, ainda assim, é necessário observar qual dos Estados detém a maior profundidade de laço e intimidade com a causa. Elevar a capacidade das leis domésticas ao patamar de hábeis no tratamento de problemas transnacionais deve ser sempre alvo de reflexão, considerando a cautela de que extraterritorialidade é exceção e não regra.

O Estado deve ser constitucionalmente cooperativo (Peter Häberle, 2007)⁷⁶. Cooperar juridicamente não significa apenas escancarar as portas, mas serenidade e

⁷⁵ “No conflito de leis no espaço, a atuação do direito internacional privado no estabelecimento de regras para a solução de litígios parte do pressuposto da extraterritorialidade das leis e permite que, ao menos em situações excepcionais, os sistemas legais vislumbrem e até exijam a aplicação da lei estrangeira no território a eles submetido” (VASCONCELOS, 2010)

⁷⁶ NETO, Carlos Walter Marinho Campos. O princípio da Ordem Pública e a cooperação jurídica internacional. *Primas Jur.*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 61-84, jul/dez. 2014.

maturidade na análise do diálogo entre os ordenamentos jurídicos e realidades nacionais. É imperioso que haja um intercâmbio consciente de solidariedade e zelo diante da diversidade e multiplicidade de contextos que constroem uma nação, respeitando, em absoluto, o devido processo legal dos sistemas jurídicos em protagonismo. De outra forma, se não for a plena justiça, a finalidade do combate ostensivo à corrupção pela FCPA perde a racionalidade e legalidade.

A falta de cuidado no diagnóstico e falta de responsabilidade no prognóstico⁷⁷ encarcera a capacidade de resistência brasileira num ciclo de apatia:

“Tal como se apresenta, não há escapatória a essa agressividade jurídica, com pouca confrontação por parte dos poderes públicos de outros Estados e com débil possibilidade de retaliação. Isso quando não há, como no caso vergonhoso da Lava Jato no Brasil, efetiva e dadivosa colaboração por parte de membros do Ministério Público Federal e, conforme parece ser, complacência ou até apoio de setores do Judiciário” (PRONER, 2018)

O esvaziamento dos Direitos Fundamentais trouxe a necessidade de alerta na absorção e aplicação de jurisdição extraterritorial, pois “a lei não só tem um social contexto, mas ela também faz um contexto” (NELKEN, 2003) e é preciso diálogo interdisciplinar, em especial com a Psicologia, para minar a idealização.

“Por fim, há o processo que consideramos o mais perigoso dentro dos transplantes legais. A idealização desta nova “*commodities*”, ou seja, há uma transformação da aparência dessas normas, doutrinas ou instituições. Isso significa que elas são tratadas, necessariamente, como objetos com um valor certamente positivo que irão produzir o resultado esperado pelo receptor” (DUTRA, 2018)

A ruptura à idealização compreende a absorção (evita passividade) mas não ser absorvido⁷⁸. O psicopoder⁷⁹ é o trunfo das novas ferramentas do neoliberalismo e a atualização das táticas de controle intervencionistas, exigindo estudo da linguagem, mentalidade e sensibilidade, vulneráveis ao discurso e à manutenção de afeto pelo roteiro dominante camuflado.

"Não se trata de aceitar o funcionário público corrupto. Mas de não aceitar que os EUA usem uma jurisdição ampliada para intervir em outros

⁷⁷ VIEIRA, 2018.

⁷⁸ Inácio Araujo, in: 15m32s do vídeo “O Complexo de Vira-Latas – Documentário”

⁷⁹ HAN, Byung-Chul. Psicopolítica e Neoliberalismo. Belo Horizonte, Ayiné, 2018.

países. O FCPA chegou ao estágio atual justamente pela falta de questionamento judicial sobre a forma como está sendo usado” (MARTINS, 2020)

Todo esforço anticorrupção é positivo por destacar e fomentar o enfrentamento. Mas, diante do exposto, a aplicação benéfica e funcional da extraterritorialidade jurídica exige observância à soberania e a cultura local, através de um processo de identificação de ideologias em discursos legislativos aparentemente neutros e do rompimento da idealização. É diante de um comportamento receptivo inteligente e direcionado ao desenvolvimento jurisdicional interno que a extraterritorialidade de leis operará os efeitos dignos de sua estrutura: um instrumento universal de justiça, antipático ao enquadramento num arsenal político de disputas.

CONCLUSÃO

A extraterritorialidade de leis anticorrupção surge como uma ferramenta jurídica que, por viabilizar um poder colossal de fiscalização e combate à comportamentos nocivos em escala global, demanda análise crítica. A jurisdição extraterritorial não pode ser operada através, tão somente, de uma previsão restrita e vinculada, necessariamente, a um resultado positivo, suscitando a necessidade de cautela na aplicação e rompimento com a idealização.

O comportamento apático, confortável e de fascínio perante a influência de sistemas jurídicos dos Estados considerados superiores, é uma estrada esburacada pela injustiça com destino ao solapamento do Estado Democrático de Direito. A Operação Lava Jato ilustrou a tensão provocada no plano interno pela postura acrítica na abordagem da FCPA, com o uso desajustado de métodos judiciais norte-americanos e pela intervenção forjada no pretexto da cooperação. Se ninguém está acima da lei (como reiteradamente declarado pelos atores da operação) é deplorável que o percurso da Lava Jato tenha sido pela rota do abuso e da ilegalidade, menosprezando o sistema jurídico nacional em virtude do respaldo na força extraterritorial do prestigiado ordenamento jurídico norte-americano.

Os critérios de conexão da *Foreign Corrupt Practices Act* aos casos transnacionais de corrupção são vagos e atrevidos para o mundo atual, essencialmente interconectado: a simples ocorrência de uma ligação telefônica ou transferência bancária é o suficiente para que a empresa se torne alvo da FCPA. A justiça plena, garantida na maior familiaridade e vínculo com a causa, é negada quando os preceitos da legislação extraterritorial são impostos, mesmo que indiretamente através de psicopoder. Essa ingerência, que inicia no psicológico e termina em dimensões institucionais, deriva de um longo repertório de ideais norte-americanos em prol da consumação dos seus interesses e supremacia.

O panorama extraterritorial que delinea o combate à corrupção produz o efeito oposto ao perseguido pelo princípio, não focando em solucionar o conflito aparente de leis mas causando tumulto internacional. Enfrenta-se a emaranhada ideia de que um arranjo jurídico estrangeiro pode solucionar mais satisfatoriamente (e até mais heroicamente) os julgamentos e as persecuções penais locais. Por isso, investir na capacidade crítica-reflexiva sobre esse instrumento fornece maturidade ao sistema de justiça brasileiro para traçar itinerários de defesa às reações imunológicas enfrentadas

pelo Estado receptor da incidência extraterritorial, seja para detectar a autossabotagem mental do prestígio e enfraquecer a idealização, seja para desmascarar discursos recheados de ideologia dominante e a manipulação no sistema jurídico local ou, no mínimo, para barrar os ataques ao arranjo jurídico nacional e preservar o compromisso com a Constituição.

A maturidade (Michaelis) possui um sentido sociológico: grau em que as atitudes do indivíduo (ou nação) refletem um estado de adaptação ou ajustamento ao SEU próprio meio. Mas, para alcançar essa ênfase, o Brasil precisa de “psicoterapia”. O diálogo interdisciplinar, então, é uma alternativa ao sistema judiciário para que as balizas do Estado Democrático de Direito sejam fincadas, sem abertura para qualquer violação. O Brasil deveria estar atento à base da pirâmide de necessidades de Maslow (fisiológicas, de segurança e social) para se desenvolver, visto que o devotamento ao prestígio representa irracionalidade de prioridades, sendo impossível consolidar uma estrutura sem levantar e fortificar os alicerces.

O combate à corrupção é de interesse nacional, mas os pilares democráticos e as garantias constitucionais não são passíveis de negociação. Em virtude disso, a extraterritorialidade e a Operação Lava Jato percorrem os rumos da apreciação, pela relevância e urgência da iniciativa, e os rumos da censura, devido às distorções concebidas em sua execução. O questionamento pertinente ao cenário caótico é, como diz SALBU (2014), se o “remédio da legislação multilateralizada no estilo FCPA fornece a melhor cura para uma doença reconhecidamente mortal”.

REFERÊNCIAS

SACCO, Rodolpho. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

KERCHE, Fabio. JUNIOR, João Feres. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

FERNANDES, Fernando Augusto. **Geopolítica da Intervenção: a verdadeira história da Lava Jato**. São Paulo: Geração editorial, 2020.

LEIBOLD; Annalisa. Extraterritorial application of the FCPA under international law. **Willamette Law Review**, Oregon, v. 51, p. 1 – 43, março, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2489675>

OJEWUMI, Florence Oluwabukola. **Imperialism, extraterritoriality and jurisdictional competence of states in anticorruption regulation: critical analysis of the leading instruments**. 2017. 151 Fls. Master of Law by Research thesis, University of Kent.

VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. São Paulo, v. 4, n 2, 2018.

Sem Cortes Filmes. Direção: Leandro Caproni. **O Complexo de Vira-Latas – Documentário**. 2014. (23m47s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2_WD7dqGbzK

BICHARA; Jahyr Philippe. Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 960, p. 12 – 15, outubro, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.960.19.PDF

BORGES, Paulo Cesar Correa. Corrupção Transnacional. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_266.pdf

RITT, Caroline Frockink. OLIVEIR, Chaiene Meira de. **Esforços internacionais no combate à corrupção: influências no ordenamento jurídico brasileiro**. In: **XIV Seminário Nacional. Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea**. IV Mostra Nacional de Trabalhos Científicos, UNISC, 2018. Disponível em:

<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/viewFile/17989/1192611958>

UNITED STATES OF AMERICA. **Foreign Corrupt Practices Act (1977)**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>

BIJOS, Leila. NOBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos. Suborno Transnacional. A nova realidade normativa brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 207, p. 239-259, jul/set, 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p239.pdf

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. TAVARES, Natalia Lucero Frias. **Lawfare Brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019.

MARTINEZ, Ana Paula. Jurisdição extraterritorial em direito da concorrência: balanço e perspectivas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 101, p. 1047 – 1075, 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67733/70341>

FERREIRA, Luciano Vaz. MOROSINI, Fabio Costa. A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais. **AUSTRAL: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais**. Rio Grande do Sul, v. 2, n. 3, p. 257 – 277, jan-jun. 2013.

SOUSA, Rodolpho Freitas. ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca. A cooperação jurídica internacional como ferramenta de combate à corrupção: a “operação lava jato” e o seu legado no direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 37, jun – 2020.

COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram. As dimensões do Lawfare e a Insegurança Jurídica: a Normalização de um Estado Kafkiano. **Cadernos de Relações Internacionais PUC RIO**, Rio de Janeiro, v. 2, nov – 2020.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018

HOCK, Branislav. Transnational bribery: when is extraterritoriality appropriate? **Charleston Law Review**, Charleston, v. 11, n. 2, p. 305-352, 2017.

SMITH, Charles F. PARLING, Brittany D. "American Imperialism": A Practitioner's Experience with Extraterritorial Enforcement of the FCPA. **University of Chicago Legal Forum**, Chicago, v. 12, artigo 11, 2012.

SILVA, Aline Cavalcante dos Reis. O suborno transnacional e lei anticorrupção: perspectivas e principais desafios. **Repositorio CGU**, Distrito Federal, 26 p, mai. 2018. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/31030>

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Brasil e EUA: temas de Direito Comparado**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

TORRE, Mateo J. de La. The Foreign Corrupt Practices Act: imposing an american definition of corruption on global markets. **Cornell International Law Journal**, v. 49, n.2, 2016.

CARMO, Felipe Jose Olivari do. JUNIOR, Clodomiro Jose Bannwart. Globalização e a Lei anticorrupção brasileira. **XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS: Direito Internacional I**. Florianópolis: CONPEDI, 2018.

STEPHENSON, Matthew. **Corruption and Anticorruption: A talk by Professor Matthew Stephenson**. 2019 (1h10m42s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=V6t0Tzn2ZSU>

CARVALHO, Marco Aurelio de. Streck, Lênio. **O livro das suspeições: o que fazer quando sabemos que sabemos que moro era parcial e suspeito**. São Paulo: PRERRÔ Grupo Prerrogativas, 2020.

FAGALI, Bruno. A construção e consolidação do ambiente normativo global de combate à corrupção empresarial. **Revista os Tribunais Online**, v. 1, p. 31 – 75, 2020.

DREYFUSS, Stephen L. **American extraterritoriality: a contrarian view**. *Revue des Juristes de Sciences PO*, n 16, jan. 2019.

SALBU, Steven R. The Foreign Corrupt Practices Act as a Threat to Global Harmony. **Michigan Journal of International Law**, v. 20, 1999.

TIBURI, Marcia. **Complexo de Vira-Lata, análise da humilhação brasileira.** Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2021

VOLLENWEIDER, Camila. ROMANO, Silvina. **Lawfare. La judicialización de la política en América Latina.** CELAG, 2017.

ZAVARO, Rafael Bocker. Impeachment, lawfare y fake news en Brasil. Un espejo latinoamericano. **Revista Internacional de Organizaciones**, Espanha, p. 7-26, 2021.

VENEZIANO, Alina. **The Eras of Extraterritoriality in the United States.** University of Bologna Law Review, v.5, p. 240-167, 2020. Disponível em: doi.org/10.6092/issn.2531-6133/11542

VENEZIANO, Alina. **Extraterritoriality and the Regulatory Power of the United States: Featured Issues of Sovereignty, Legitimacy, Accountability, and Democracy.** University of Baltimore Journal of International Law, v.6, 2019. Disponível em: <https://scholarworks.law.ubalt.edu/ubjil/vol6/iss2/2>

DIEFENBACH, Heather. **FCPA Enforcement Against Foreign Companies: Does America Know Best?.** Cornell International Law Journal Online, v.2, 2014.

LEAL, Rogerio Gesta. Os efeitos deletérios da corrupção em face dos Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista de Derecho Publico**, v. 81, 2014.

LEAL, Rogerio Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli da. **As múltiplas Faces da Corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

Committee on International Business Transactions. The FCPA and its impact on international business transactions - Should anything be done to minimize the consequences of the U.S's unique position on combating offshore corruption? **New York City Bar**, 2011. Disponível em: <https://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/FCPAImpactonInternationalBusinessTransactions.pdf>

COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram. **As dimensões do Lawfare e a insegurança jurídica: a normalização de um estado Kafkiano.** Cadernos de Relações Internacionais, Rio de Janeiro, v.2, 2020.

MOLL, Leandro de O. **A Justiça e as normas de Sobredireito: o lugar das regras de conexão em Direito Internacional Privado**. Universitas: Relações Internacionais, v.3, n.2, 2008.

MEDEIROS, Orione Dantas de. Direito Constitucional Comparado, breves aspectos epistemológicos. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, 2010.

REICHERT, Emmanuel Henrich. **O imperialismo legal e seus limites: um estudo da extraterritorialidade americana no Japão (1858-1899)**. XXVIII Simposio Nacional de História: Florianópolis, 2015

PARLING, Brittany D. SMITH, Charles F. **“American Imperialism”: A practitioner’s experience with extraterritorial enforcement of the FCPA**. University of Chicago Legal Forum, 2012.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Brasil e EUA: temas de Direito Comparado**. Escola Paulista da Magistratura: São Paulo, 2017.

TARUN, Robert W. TOMCZAC, Peter P. **The Foreign Corrupt Practices Act Handbook**. American Bar Association, ed. 5, 2017.

RAUTER, Thomas. MAFFETT, Mark. CHRISTENSEN, Hans B. **Policeman for the World: The Rise in Extraterritorial FCPA Enforcement and Foreign Investment Competition**. University of Chicago, 2020.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Os efeitos das normas jurídicas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais**. Brasília, 2006.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan. **O combate à corrupção: a contribuição do direito econômico**. Tese de doutorado. 409 p. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2010.

LEGRAND, Pierre. GLANERT, Simone. **Law, Comparatism, Epistemic Governance: There Is Critique and Critique**. German Law Journal, v. 18, n. 3, 2017