UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO
LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL, POLÍTICA DO DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
PROJETO DE PESQUISA: GOVERNANÇA, CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE
DUPLA TITULAÇÃO COM A UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA
PROGRAMA DE PESQUISA INTERNACIONAL CONJUNTO PPCJ/UNIVALI E FACULDADE DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIPG
OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16 – PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES

COMBATE À CORRUPÇÃO NA PERSPECTIVA DA OCDE: ENTRE O ALCANCE TRANSNACIONAL DO *NE BIS IN IDEM* E A ESCOLHA DA JURISDIÇÃO APROPRIADA

ADRIANO FARIAS PUERARI

Itajaí-SC, maio de 2024

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO
LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL, POLÍTICA DO DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
PROJETO DE PESQUISA: GOVERNANÇA, CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE
DUPLA TITULAÇÃO COM A UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA
PROGRAMA DE PESQUISA INTERNACIONAL CONJUNTO PPCJ/UNIVALI E FACULDADE DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIPG
OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16 – PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES

COMBATE À CORRUPÇÃO NA PERSPECTIVA DA OCDE: ENTRE O ALCANCE TRANSNACIONAL DO *NE BIS IN IDEM* E A ESCOLHA DA JURISDIÇÃO APROPRIADA

ADRIANO FARIAS PUERARI

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Márcio Ricardo Staffen
Coorientador: Professor Doutor Jacopo Paffarini

Itajaí-SC, maio de 2024

AGRADECIMENTOS

Agradeço profundamente a todos que contribuíram para a realização deste trabalho de pesquisa, culminando na conclusão desta tese de doutorado. Expresso minha gratidão aos meus sócios no escritório de advocacia, cujo apoio e colaboração foram fundamentais ao longo desta jornada acadêmica.

À minha família, registro meu sincero agradecimento pelo constante encorajamento, compreensão e apoio incondicional. Seu suporte emocional e incentivo foram pilares essenciais durante os desafios enfrentados ao longo do processo de pesquisa.

À Bibiana, agradeço por sua paciência, compreensão e constante apoio ao longo dos anos dedicados a este projeto. Sua presença foi meu alicerce e fonte de inspiração.

Cada um de vocês desempenhou um papel significativo, e o trabalho reflete não apenas meu esforço individual, mas também a colaboração e apoio valiosos que recebi ao longo do caminho. Este é um momento compartilhado por todos nós, e agradeço sinceramente por fazerem parte.

Expresso ainda a minha mais profunda gratidão aos professores orientadores, Dr. Marcio Ricardo Staffen e Dr. Jacopo Paffarini, cuja orientação e mentoria foram cruciais. Seu profundo conhecimento e dedicação foram elementos fundamentais para minha formação acadêmica e para a conclusão do trabalho. Agradeço por compartilharem generosamente seu tempo, expertise e *insights*, guiando-me através dos desafios inerentes à pesquisa acadêmica. A orientação cuidadosa e a paciência demonstrada por ambos foram verdadeiramente inspiradoras. Além disso, quero reconhecer o impacto significativo que têm no desenvolvimento da minha compreensão sobre o tema e na aprimoração das habilidades necessárias para a condução desta tese. Seu legado acadêmico e profissional continua a ser uma fonte de inspiração para minha trajetória futura, e por isso, meu sincero agradecimento.

DEDICATÓRIA

À Bibiana, Alice e pelo que vem pela frente.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, maio de 2024

Adriano Farias Puerari
Doutorando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

DOUTORADO

Conforme Ata da Banca de defesa de doutorado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu em* Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 20/05/2024, às seis horas e trinta minutos (horário de Brasília) e onze horas e trinta minutos (horário de Perugia), o doutorando Adriano Farias Puerari fez a apresentação e defesa da Tese, sob o título "COMBATE À CORRUPÇÃO NA PERSPECTIVA DA OCDE: ENTRE O ALCANCE TRANSNACIONAL DO NE BIS IN IDEM E A ESCOLHA DA JURISDIÇÃO APROPRIADA".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutor Jacopo Paffarini (UNIPG), como orientador, Doutor Carlo Fiorio (UNIPG), como membro, Doutora Simone Vezzani (UNIPG), como membro, Doutora Carla Piffer (UNIVALI), como membro, Doutor Marcos Fey Probst (Pós-doutorado UNIVALI), como membro, Doutora Maria Chiara Locchi (UNIPG), como membro suplente e Doutor Rafael Padilha dos Santos (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Tese foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 20 de maio de 2024.

PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CAAS	Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen
CCEE	Comitê para Cooperação Econômica Europeia
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
IPC	Índice de Percepção da Corrupção
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
DAG	Direito Administrativo Global
DOJ	Departamento de Justiça dos Estados Unidos
ENCCLA	Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
EUROJUST	*European Union Agency for Criminal Justice Cooperation*
FCPA	*Foreign Corrupt Practices Act*
FMI	Fundo Monetário Internacional
GAFI	Grupo de Ação Financeira Internacional
ICSID	Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos
ICN	*International Competition Network*
IRPA	*Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione*
MESISIC	Mecanismo de Acompanhamento para a Implementação da Convenção Interamericana contra Corrupção
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OECE	Organização Europeia para a Cooperação Econômica
ONGs	Organizações não-governamentais
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OSC	Órgão de Solução de Controvérsias
PISA	Programa Internacional de Avaliação de Estudantes
RIDPP	*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*
SEC	*United States Securities and Exchange Commission*
STF	Supremo Tribunal Federal
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal Penal Internacional

UE	União Europeia
UNCITRAL	*The United Nations Commission on International Trade Law*
UNIDROIT	*Institut international pour l'unification du droit privé*
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
UNODOC	Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime
WGB	*Working Group on Bribery in international Business Transactions*

ROL DE CATEGORIAS

Autoridade Central: "É o órgão interno responsável pela condução da cooperação jurídica de um Estado, e sua constituição decorre da assinatura, adesão ou ratificação de um tratado internacional que determine seu estabelecimento. A Autoridade Central detém a atribuição de coordenar a execução da cooperação jurídica, podendo, quando necessário, propor e fomentar melhorias no sistema de cooperação e de efetivação de um tratado internacional"[1].

Autoridade Pública Transnacional: aquela exercida a partir de uma competência instituída através de um ato comum de autoridades internacionais, na maioria dos Estados, na busca de um mesmo objetivo definido, e que tenham autoridade para definir a partir de um preponderante interesse público[2].

Comparação Jurídica: Trata-se de uma perspectiva que valoriza a contextualização dos sistemas jurídicos dentro de suas realidades políticas, sociais e culturais específicas. Transcende a simples observação das diferenças e semelhanças legais, buscando compreender como as estruturas jurídicas se relacionam com os princípios democráticos, os direitos fundamentais e a governança em diferentes contextos. A comparação jurídica serve como uma ferramenta dentro do amplo campo do direito comparado, mas não abrange toda sua profundidade e amplitude.[3]

Constituição Federal: "complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não escritas, idôneo a traçar as linhas mestras da mesma ordenação"[4].

---

[1] BRASIL. Poder Executivo. **Autoridade Central.** Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional>. Acesso em 8 jan. 2024.

[2] BOGDANDY, Armin von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. In: BOGDANDY, Armin von et al. **The Exercise of Public Authority by International Institutions:** Advancing International Institutional Law. Heildelberg: Springer, 2010, p. 13.

[3] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

[4] RUFFIA. Paulo Biscaretti di. **Direito Constitucional.** Instituições de Direito Público. 9 ed. Tradução de Maria Helena Diniz. Revisão de Ricardo Olivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 86. Título original: *Diritto costituzionale-Istituzioni di Diritto Publico*.

Competência: “Limites em que cada órgão exerce, de forma legítima, a função que lhe é atribuída em lei”[5]. No campo do Direito Internacional, relaciona-se com a “incumbência à ordem constitucional interior de cada Estado, para a assunção, em nome do Estado, de compromissos internacionais e, pois, para a ratificação de Tratados, cuja negociação, à força de exemplar uniformidade entre as várias ordens jurídicas, terá sido conduzida por agentes do Poder Executivo”[6].

Convenção Internacional: “Num nível similar de formalidade dos Tratados, costuma ser empregado o termo Convenção para designar atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e que versem assunto de interesse geral, como por exemplo, as convenções de Viena sobre relações diplomáticas, relações consulares e direito dos Tratados; as convenções sobre aviação civil, sobre segurança no mar, sobre questões trabalhistas. É um tipo de instrumento internacional destinado em geral a estabelecer normas para o comportamento dos Estados em uma gama cada vez mais ampla de setores.”[7]

Cooperação Jurídica Internacional: “Cooperação Jurídica Internacional, que é a terminologia consagrada significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado”[8]. “A preferência pela expressão cooperação jurídica internacional decorre da ideia de que a efetividade da jurisdição, nacional ou estrangeira, pode depender do intercâmbio não apenas entre órgãos judiciais, mas também entre órgãos administrativos, ou, ainda, entre órgãos judiciais e administrativos, de Estados distintos”[9].

---

[5] PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Direito processual civil contemporâneo.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. III, p. 201.

[6] REZEK, Francisco. **Direito internacional público.** 14 ed. Revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75.

[7] BRASIL. Poder Executivo. Ministério das Relações Exteriores. Sistema Consular Integrado. **Atos internacionais.** Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/processo-eletronico/itemlist/category/122-institucional-assuntos-internacionais.html?start=14>. Acesso em 5 jan. 2024.

[8] ARAÚJO, Nádia. **A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional.** Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Civil. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 1 ed. Brasília, 2008.

[9] PERLINGEIRO, Ricardo. Cooperação Jurídica Internacional. In **O Direito Internacional Contemporâneo,** org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 797-810.

Corrupção: A corrupção se traduz: "(i) em uma violação das regras oficiais ou dos vínculos informais – as regras não escritas – que estabelecem as obrigações de um agente para com outro sujeito – seu principal – que lhe delegou poderes e responsabilidades no cuidado de seus interesses, (ii) que se realiza quando o agente (o corrupto), por meio de um acordo oculto que normalmente prejudica os interesses do principal (iii) exerce seu poder ou a capacidade de influenciar decisões, ou transmite informações confidenciais, em benefício de uma terceira parte (o corruptor), no contexto de uma troca que (iv) prevê como contrapartida em seu próprio benefício uma quota desse valor como compensação monetária – a propina – ou de outra natureza (também diferida ou indireta)"[10].

Direito Transnacional: trata-se da extensão da jurisdição dos países para além das suas fronteiras, de modo que pessoas, corporações, agências públicas ou privadas e organizações sejam tratadas ou afetadas diretamente por regulamentos originados fora da jurisdição territorial do Estado-nação em que estão situados ou são interpretados ou validados por autoridades externas a essa jurisdição[11].

Direito Global: Se baseia na possibilidade de que exista uma lei que não esteja centrada apenas em sistemas jurídicos nacionais, e que igualmente não se condicione apenas na harmonização de sistemas jurídicos nacionais, contemplando, pois, sistemas de domínio público transnacional e sistemas de autonomia privada praticamente absoluta[12]. Não propõe, todavia, a morte do Estado, sendo que na verdade "guarda em seu bojo a condição de incluir como destinatário de suas prescrições normativas não apenas os Estados e suas instituições, mas, na mesma

[10] Tradução livre do Autor. No original: "In termini più formali, ogni atto di corruzione si traduce: (i) in una *violazione* delle regole ufficiali oppure dei vincoli informali – le regole non scritte – che sanciscono le obbligazioni di un *agente* rispetto a un altro soggetto – il suo *principale* – il quale gli ha delegato poteri e responsabilità nella cura dei propri interessi, (ii) che si realizza quando l'agente (il corrotto), attraverso um accordo occulto che di norma lede gli interessi del *principale* (iii) esercita il proprio potere o la capacità di influenzare le decisioni, oppure trasmette informazioni riservate, a beneficio di una *terza parte* (il corruttore), nell'ambito di uno scambio che prevede come contropartita a proprio vantaggio (iv) una quota di quel valore come compenso monetario – la tangente – o di altra natura (anche differita o indiretta)". VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 23.

[11] COTTERRELL, Roger. **Sociological Jurisprudence: Juristic Thought and Social Inquiry.** Londres e Nova Iorque: Routledge Taylors & Francis Group, 2018, p. 103-104.

[12] SASSEN, Saskia. **Território, autoridade y derechos.** De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 334.

posição, estabelece parâmetros aos particulares, com clara manifestação de sua condição global e de autoridade exercida às margens da autoridade dos Estados”[13].

Direito Administrativo Global: Entende-se como o ramo do direito apto a trabalhar com as regulações transgovernamentais destinadas a responder os problemas que se originam de uma ordem mundial interconectada, através dos quais o exercício dos poderes regulatórios dos estados não consegue mais ser praticado de forma isolada[14].

Direito Comparado: É uma disciplina autônoma, que não se limita a mera comparação de leis, mas se estende a compreensão das razões subjacentes, das funções e das estruturas dos diversos sistemas jurídicos. Permite, portanto, a análise profunda dos sistemas jurídicos, reconhecendo suas singularidades culturais, históricas e sociais[15].

Direitos Humanos: “[...] guardam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”[16]

Discricionariedade: “margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir um dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”[17].

---

[13] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 17.

[14] KINGSBURY, Benedict; KRISH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law & Contemporary Problems.** Durham: Duke University Law School, vol. 68, n. 3-4. Outono/2005, p. 15-18. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>. Acesso em 23 jul. 2023.

[15] SACCO, Rodolfo. **Introduzione al Diritto Comparato.** V Edizione. Turim: UTET, 1992.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

[17] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial.** 2 ed. 11 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

Estado Constitucional Cooperativo: trata-se da vocação constitucional que os Estados possuem para realização de cooperação internacional[18].

***Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA):** "é o instrumento jurídico norte americano para o combate à corrupção, especialmente aquela decorrente de subornos a dirigentes governamentais, tanto nos Estados Unidos como no exterior"[19].

Governança: "A governança merece ser considerada como um modo de participação ao exercício da autoridade política, econômica e administrativa na gestão dos negócios públicos em todos os níveis, do global ao local, por parte de instituições públicas, do setor privado e da sociedade civil. Ela abrange os mecanismos complexos, os processos e as instituições através das quais os cidadãos – individualmente ou em associação – e as pessoas jurídicas pertencentes a esses diversos setores, assim como as alianças institucionais (nos termos das quais certos atores podem pertencer simultaneamente a vários dos setores mencionados) promovem e articulam seus interesses, geram suas controvérsias e exercem seus direitos e obrigações"[20].

Globalização: "Integração mais estreita dos países e povos do mundo, produzida pela enorme redução de custos de transporte e comunicação, e pelo desmantelamento de barreiras artificiais aos fluxos de bens, serviços, capitais, conhecimento e (em menor grau) pessoas através de fronteiras"[21].

Globalização do Direito: "[...] a extensão de um conjunto de normas jurídicas além das fronteiras políticas e geográficas em que elas surgiram, até abranger toda a comunidade internacional, ou no mínimo aquelas regiões do planeta que mantém relações econômicas e políticas entre si"[22].

---

[18] HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70-71.

[19] COELHO, Nuno M.M.S; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. Foreign Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. **Revista Jurídica.** V. 01, n. 46, p. 164-187, Curitiba, 2017, p. 166.

[20] ARNAUD, André-Jean. Governar sem Fronteiras: entre globalização e pós-globalização. In **Crítica da Razão Jurídica.** V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 222.

[21] STIGLITZ, Joseph E. **El malestar de la globalización.** Tradução de Carlos Rodrigues Braun. 1 ed. em espanhol. Barcelona: Penguim Random House, 2015, p. 45.

[22] SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa:** da Idade Médica à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 477.

Jurisdição: “poder estatal que o juiz exerce para a pacificação de pessoas ou grupos e eliminação de conflitos”[23].

Limite da jurisdição nacional: Poder de exercício jurisdicional dos Estados dentro dos seus limites territoriais. Assim, “um Estado tem competência em um assunto, quando sua relação (*contact*) com um conjunto dado de fatos, é tão estreita, tão substancial, tão direta e intensa, que sua pretensão está em harmonia com o Direito Internacional Público”[24].

Mínimo Comum Corrupto: elementos do ilícito corruptivo que sejam coincidentes em todos os Estados Partes de determinado Tratado Internacional, independentemente da classificação na mesma categoria ou da denominação com a mesma terminologia[25].

Ne bis in idem: trata-se de um princípio geral do Estado de Direito[26] que se dedica a “conferir uma expressão garantística às nossas mais profundas objeções à irracionalidade no exercício do poder punitivo público”[27], buscando evitar a sucessão de punições em razão de um mesmo fato.

Ordenamento Jurídico: conjunto de normas, cuja unidade, coerência e completude lhe é conferida a partir de uma norma fundamental[28].

Reciprocidade: “instituto que possui natureza ao mesmo tempo política, jurídica e negocial, suficiente para levar um Estado a atender ou não ao requerimento de outro

---

[23] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 3 ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003, v. I, p. 297.

[24] SIMON, Jan-Michel. Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público. In BAPTISTA, Luiz Otavio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais. Direito Internacional.** Vol. III. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 210. No original: [...] *um Estado tiene competência em un asunto, cuando su relación (contact) con un conjunto dado de hechos es tan estrecha, tan sustancial, tan directa e intensa, que su pretensión, respetando la anterior, está en armonía con el Derecho Internacional Público.*

[25] Categoria formulada pelo autor.

[26] SALINAS, Henrique. **Os limites objetivos do *ne bis in idem*.** E a estrutura acusatória no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editoria, 2014.

[27] LEITE, Inês Ferreira. ***Ne (idem) bis in idem*:** proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para racionalidade do poder punitivo público. V. I. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 275

[28] BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Título Original: *Teoria dell’ordenamento giuridico.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

ente internacional. A existência de relações diplomáticas entre essas entidades, portanto, impõe-se como condição lógica à consolidação da reciprocidade"[29].

Segurança Jurídica: "Situação de estabilidade do ordenamento, não sujeito a modificações realizadas de forma inesperada, e que permita ao jurisdicionado o exercício de um razoável controle de expectativas de comportamento"[30].

Sistema Jurídico: "rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior"[31].

Soberania: "[...] em sentido lato, o conceito político-jurídico de soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política, e, consequentemente, a diferença entre essa e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra este poder supremo, exclusivo e não derivado"[32].

Transnacionalidade: "O fenômeno da transnacionalidade deve ser uma força que opera em duas direções: uma que age na superação do modelo clássico e ultrapassado de Estado Nacional, mediante a criação de novos espaços de governança; e a outra que agrega, fomenta e coordena a ação local dos Estados com efeitos no plano global e a partir de pautas axiológicas de amplo consenso"[33].

Tratados: "Tratados são os acordos formais concluídos entre os sujeitos de Direito Internacional Público destinados a produzir os efeitos jurídicos na órbita internacional. É a manifestação da vontade de tais entes. Um ato jurídico formal que envolve pelo menos duas vontades"[34].

---

[29] MADRUGA, Antenor. **A reciprocidade como interação entre os Estados.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/cooperacao-internacional-reciprocidade-interacao-entre-estados/>. Acesso em 3 jan. 2024.

[30] NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166.

[31] FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44.

[32] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale et al 12. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 1179.

[33] CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em 3 jan. 2024.

[34] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público.** 11 ed. São Paulo: LTR Editora Limitada, 2012, p. 83.

SUMÁRIO

RESUMO ..... **XX**

ABSTRACT ..... **XXII**

RIASSUNTO ..... **XXIV**

INTRODUÇÃO **26**

CAPÍTULO 1 ..... **35**

AS ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS E O PAPEL DA OCDE ENQUANTO AUTORIDADE PÚBLICA TRANSNACIONAL **35**

1.1 O PROTAGONISMO DO DIREITO GLOBAL ENQUANTO FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE **36**

1.1.1 A Emergência do Direito Global 39

1.1.2 A produção normativa do Direito advindo da globalização 42

1.1.3 Instituições jurídicas provenientes do Direito Global 44

1.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E AS AUTORIDADES PÚBLICAS TRANSNACIONAIS **47**

1.2.1 O Direito Administrativo Global na perspectiva italiana 50

1.2.2 As Autoridades Públicas Transnacionais sob a égide da Escola de Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional 56

1.3 ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO **65**

1.3.1 Direito transnacional e o surgimento de novas ordens jurídicas 67

1.3.2 Ordens jurídicas transnacionais no contexto do combate e repressão aos ilícitos corruptivos 80

1.3.2.1 A Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – OEA *81*

1.3.2.2 As Convenções de combate à Corrupção da Organização das Nações Unidas – ONU *83*

1.3.2.3 A Convenção da Luta contra a Corrupção de Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia *86*

1.3.2.4 Ordens jurídicas transnacionais informais de combate à corrupção *87*

1.4 A OCDE ENQUANTO PROTAGONISTA DO COMBATE À CORRUPÇÃO . 89

1.4.1 A concepção da OCDE e as suas características fundamentais 92

1.4.2 A OCDE enquanto autoridade pública transnacional sob a perspectiva das ordens jurídicas transnacionais 99

CAPÍTULO 2 102

AS CONCEPÇÕES DA CORRUPÇÃO ENQUANTO FENÔMENO TRANSNACIONAL 102

2.1 OS CONTRIBUTOS DA COMPARAÇÃO JURÍDICA PARA COMPREENSÃO DA CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL 103

2.1.1 A funcionalidade da comparação jurídica na determinação da corrupção transnacional 104

2.1.2 Os aspectos peculiares da corrupção sob uma perspectiva comparada 110

2.2 O PARADIGMA DA CORRUPÇÃO COMO CONCEITO MULTIDISCIPLINAR 112

2.2.1 A insuficiência de uma abordagem estritamente jurídica da corrupção 113

2.2.2 Critérios para definição da corrupção desde uma perspectiva pública 117

2.3 A CORRUPÇÃO ENQUANTO FENÔMENO TRANSNACIONAL 124

2.3.1 O papel dos Estados Unidos na política global de combate à corrupção transnacional 126

2.3.2 A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais.....133

2.4 O CONCEITO DE MÍNIMO COMUM CORRUPTO E A TIPICIDADE DOS ATOS DE CORRUPÇÃO A PARTIR DA CONVENÇÃO DA OCDE 139

2.4.1 O tipo corruptivo previsto na Convenção da OCDE 142

2.4.2 O mínimo comum corrupto 147

CAPÍTULO 3 153

SISTEMA SANCIONATÓRIO E *NE BIS IN IDEM* EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA.....153

3.1 AS INTERFACES DO *NE BIS IN IDEM*..... 154

3.1.1 O percurso histórico do princípio do *ne bis in idem*.....156

3.1.2 Fundamentos, dimensões e pressupostos de aplicação do *ne bis in idem* 162

3.2 A POTESTADE PENAL E ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA DO CÚMULO DE SANÇÕES..... 169

3.2.1 A potestade punitiva da Administração Pública e a sua relação com o Direito Penal 171

3.2.2 O ilícito administrativo despenalizado do modelo italiano e a sua relação com as sanções penais 176

3.3 O *NE BIS IN IDEM* NA PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO EUROPEU..... 182

3.3.1 A sobreposição sancionatória à luz do Direito Internacional 182

3.3.2 A sobreposição sancionatória à luz do Direito Comunitário Europeu 188

3.4 A COMPREENSÃO DO *NE BIS IN IDEM* NOS ESTADOS..... 196

3.4.1 O *ne bis in idem* na Itália 198

3.4.2 O *ne bis in idem* no Brasil.....203

CAPÍTULO 4.....213

A UNIDADE PROCEDIMENTAL PROVENIENTE DA CONVENÇÃO ANTICORRUPÇÃO DA OCDE E A COOPERAÇÃO ENTRE OS ESTADOS PARA ESCOLHA DA JURISDIÇÃO APROPRIADA.....213

4.1 OS PRESSUPOSTOS DE RECONHECIMENTO DO *NE BIS IN IDEM* TRANSNACIONAL 215

4.1.1 A formulação do ideal de soberania no contexto dos ilícitos transnacionais 216

4.1.2 A superação estrutural da vinculação fática entre território e autoridade 219

4.1.3 A ampliação do conceito de jurisdição 222

4.1.4 A transnacionalidade do *ne bis in idem* como pressuposto de uma política global de enfrentamento à corrupção.....224

4.2 AS FONTES DE PROTEÇÃO TRANSNACIONAL DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*..... 226

4.2.1 A dimensão transnacional do *ne bis in idem* no âmbito das autoridades jurisdicionais dos Estados-Membros da União Europeia.....227

4.2.2 Os desafios de implementação do *ne bis in idem* transnacional a partir do confronto com a teoria norte-americana da “dupla soberania”.....231

4.3 OS CONFLITOS DE JURISDIÇÃO E A PREVALÊNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL..... 236

4.3.1 Justiça negociada transnacional 239

4.3.2 Instrumentos de cooperação para definição da jurisdição *ex ante* 243

4.4 A JURISDIÇÃO APROPRIADA..... 252

4.4.1 A unidade procedimental e o direito subjetivo ao tratamento unitário da ação repressiva.....253

4.4.2 A concepção de democracia em tempos de globalização jurídica como contributo ao conceito de jurisdição apropriada 256

4.4.3 Direitos Humanos em tempos de globalização jurídica como contributo para formulação do conceito de jurisdição apropriada.....258

4.4.4 Os critérios para eleição da jurisdição apropriada.....260

4.4.4.1 Os pressupostos de existência do conflito jurisdicional relacionados aos casos de corrupção transnacional..... 262

4.4.4.2 Os modelos e critérios para eleição da melhor jurisdição 267

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....275

SINTESE DELLA TESI IN ITALIANO.....284

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS 328

RESUMO

A presente Tese está inserida na Linha de Pesquisa Principiologia Constitucional, Política do Direito e Inteligência Artificial e no projeto de pesquisa Governança, Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade. A pesquisa se desenvolveu em regime de Dupla Titulação, referente ao título de Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e pela Università Degli Studi di Perugia – UNIPG, estando vinculada ao Programa de Pesquisa Internacional Conjunto PPCJ/UNIVALI e Faculdade de Jurisprudência da UNIPG. A tese possui relação com o ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes, nomeadamente com o número 16.5 a respeito da redução substancial da corrupção e o suborno em todas as suas formas. O tema diz respeito a atuação da OCDE enquanto Autoridade Pública Transnacional capaz de vincular os Estados em relação a possibilidade de perceber o Artigo 4, Parágrafo 3º, da sua Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais como uma cláusula de vedação ao *bis in idem* transnacional. O problema de pesquisa consiste na possibilidade de conceber uma unidade procedimental através de instrumentos de cooperação jurídica para definição de critérios de escolha da jurisdição apropriada para persecução sancionatória da corrupção. O objetivo é a defesa da incidência e limites de aplicação ao princípio do *ne bis in idem* em relação às jurisdições concorrentes dos Estados nacionais no combate à corrupção transnacional. Percorrendo tais aspectos, pretende-se propor critérios para definição da jurisdição apropriada, em conformidade com o pressuposto de unidade processual. Os objetivos específicos constituem: analisar a OCDE a partir do seu nível de vinculação normativa perante os Estados nacionais; situar a perspectiva da corrupção para além da sua percepção jurídica, aproximando-a conceitualmente do fenômeno transnacional a partir de uma abordagem multidisciplinar através dos contributos da comparação jurídica e identificando o que se denomina mínimo comum corrupto; estudar a capacidade de múltipla persecução e sancionamento em razão do mesmo ato corruptivo transfronteiriço – abrangendo o âmbito penal e o administrativo sancionador, permitindo, dessa forma, determinar a extensão transversal e transnacional do princípio do *ne bis in idem*; e sustentar que o Artigo 4º, Parágrafo 3º,

da Convenção Anticorrupção exerce normatividade sobre os signatários no que se relaciona à vedação ao *ne bis in idem*, construindo indicativos que permitam um padrão de fixação da jurisdição mais apropriada a ser seguido imperativamente pelos países. Ao final, conclui-se que o *ne bis in idem* possui dimensão transversal e transnacional a ponto de que seja necessário o estabelecimento de critérios para eleição de uma jurisdição apropriada em casos de conflito jurisdicional. O texto foi composto sob uma égide preponderantemente indutiva. A pesquisa é essencialmente teórica e qualitativa, buscando, por meio de revisão bibliográfica e análise documental, elucidar os progressos teóricos e as interpretações acerca do tema em questão.

Palavras-chave: OCDE. CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL. *NE BIS IN IDEM*. CONFLITO DE JURISDIÇÃO.

ABSTRACT

This thesis is part of the line of research “Constitutional Principles, Politics of Law and Artificial Intelligence” and the research Project “Governance, Constitutionalism, Transnationality, and Sustainability”. It was carried out under a double degree regime, for the joint doctorate in Legal Science between the University of Vale do Itajaí – UNIVALI and the University of Perugia – UNIPG, and is linked to the Joint International Research Program PPCJ/UNIVALI and the Faculty of Jurisprudence at UNIPG. The thesis is related to SDG 16 – Peace, Justice, and Strong Institutions, specifically, to target 16.5, which focuses on significantly reducing corruption and bribery in all their forms. The focus of this research is the role of the OECD as a Transnational Public Authority capable of binding states regarding the interpretation of Article 4, Paragraph 3 of its Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions as a clause prohibiting transnational double jeopardy. The research problem involves the possibility of conceiving procedural unity through instruments of legal cooperation, to define criteria for choosing the appropriate jurisdiction for sanctioning the prosecution of corruption. The general objective is to defend the incidence and application limits of the double jeopardy concerning the competing jurisdictions of national states in combating transnational corruption. By exploring these aspects, this work intends to propose criteria for defining the appropriate jurisdiction, in accordance with the assumption of procedural unity. The specific objectives are: to analyze the OECD based on its level of normative binding on national states; to place the perspective of corruption beyond its legal perception, viewing it as a transnational phenomenon through a multidisciplinary approach by means of comparative legal contributions, and identifying what is termed the common corrupt minimum; to study the capacity for multiple prosecutions and sanctioning due to the same transborder act of corruption - encompassing both the penal and administrative sanctioning scopes, thus determining the transversal and transnational extent of the double jeopardy; and to assert that Article 4, Paragraph 3, of the Anti-Bribery Convention is binding on the signatories concerning the prohibition of double jeopardy, creating indicators that provide standard for establishing the most appropriate jurisdiction to be mandatorily followed by the countries. In this Regard, it is

established that double jeopardy has both transversal and transnational dimensions, therefore it is necessary to establish criteria for electing an appropriate jurisdiction in cases of jurisdictional conflict. The text is predominantly composed using an inductive approach. The research is essentially theoretical and qualitative, using bibliographic and document techniques to elucidate theoretical advancements and interpretations of the proposed theme.

Keywords: OECD. TRANSNATIONAL CORRUPTION. DOUBLE JEOPARDY. CONFLICTS OF JURISDICTION.

RIASSUNTO

La ricerca si è sviluppata in regime di Doppia Titolazione, in riferimento al titolo di Dottorato di Ricerca in Scienza Giuridica presso l'Università do Vale do Itajaí – UNIVALI e *l'Università degli Studi di Perugia* – UNIPG, ed è collegata al Programma di Ricerca Internazionale Congiunto PPCJ/UNIVALI e alla Facoltà di Giurisprudenza dell'UNIPG. La tesi è correlata con l'ODS 16 – Pace, Giustizia e Istituzioni Efficaci, in particolare con il punto 16.5 riguardante la riduzione sostanziale della corruzione e del suborno in tutte le loro forme. Il tema riguarda l'attuazione dell'OCSE come Autorità Pubblica Transnazionale in grado di vincolare gli Stati riguardo la possibilità di interpretare l'Articolo 4, Paragrafo 3, della sua Convenzione sulla Lotta alla Corruzione di Funzionari Pubblici Stranieri nelle Transazioni Commerciali Internazionali come una clausola di divieto del *bis in idem* transnazionale. Il problema della ricerca consiste nella possibilità di concepire un'unità procedurale tramite strumenti di cooperazione giuridica per definire i criteri di scelta della giurisdizione adeguata per la persecuzione sanzionatoria della corruzione. L'obiettivo è la difesa dell'incidenza e dei limiti di applicazione del principio del *ne bis in idem* rispetto alle giurisdizioni concorrenti degli Stati nazionali nella lotta alla corruzione transnazionale. Esplorando tali aspetti, si intende proporre dei criteri per la definizione della giurisdizione adeguata, in conformità con il presupposto di unità procedurale. Gli obiettivi specifici costituiscono: analizzare l'OCSE a partire dal suo livello di vincolo normativo davanti agli Stati nazionali; situare la prospettiva della corruzione oltre alla sua percezione giuridica, avvicinandola concettualmente al fenomeno transnazionale attraverso un approccio multidisciplinare mediante i contributi della comparazione giuridica e identificando quello che si definisce minimo comune corrotto**;** studiare la capacità di molteplice persecuzione e sanzionamento in ragione dello stesso atto corruttivo transfrontaliero – abbracciando l'ambito penale e quello punitivo amministrativo, permettendo così di determinare l'estensione trasversale e transnazionale del principio del *ne bis in idem*; e sostenere che l'Articolo 4º, Paragrafo 3º, della Convenzione Anticorruzione esercita normatività sui firmatari per quanto riguarda il divieto del *ne bis in idem*, costruendo indicazioni che permettano un modello di fissazione della giurisdizione più adeguata da seguire imperativamente dai paesi. Alla fine si conclude che il *ne bis in idem* ha una

dimensione trasversale e transnazionale al punto che sia necessario stabilire criteri per l'elezione di una giurisdizione adeguata in casi di conflitto giurisdizionale. Il testo è stato composto sotto un'egida prevalentemente induttiva. La ricerca è essenzialmente teorica e qualitativa, cercando, tramite la revisione bibliografica e l'analisi documentale, di chiarire i progressi teorici e le interpretazioni relative al tema in questione.

Parole chiave: OCSE. CORRUZIONE TRANSNAZIONALE. *NE BIS IN IDEM*. CONFLITTO DI GIURISDIZIONE.

INTRODUÇÃO

A Tese está inserida na Linha de Pesquisa Principiologia Constitucional Política do Direito e Inteligência Artificial e no projeto de pesquisa Governança, Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade. A Tese é em Dupla Titulação com a Università Degli Studi di Perugia, vinculada com o Programa de Pesquisa Internacional conjunto PPCJ/UNIVALI e Faculdade de Jurisprudência da UNIPG.

O tema da Tese Doutoral diz respeito a atuação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, enquanto Autoridade Pública Transnacional capaz de vincular os Estados em relação a possibilidade de perceber o Artigo 4.3 da sua Convenção Anticorrupção de Funcionários Estrangeiros como uma cláusula de vedação ao *bin in idem* transnacional, na medida em que prevê que "Quando mais uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo". A partir disso, à luz da concepção de uma unidade processual, a investigação se delimitará na identificação de critérios para escolha da jurisdição mais apropriada para persecução punitiva.

Na medida em que as interações sociais se tornam cada vez mais desterritorializadas, é igualmente possível que se perceba o fenômeno da criminalidade a partir do ponto de vista transnacional, especialmente no âmbito dos ilícitos corruptivos, que possuem uma tendência de alcance para além dos limites fronteiriços dos países devido as relações que se incrementam no âmbito das empresas multinacionais.

O acirrado processo de globalização vivenciado no ambiente contemporâneo reflete uma inegável velocidade de interconexão, especialmente entre as relações humanas e os meios de comunicação. Essa constatação se espelha igualmente nos vínculos entre os agentes do mercado financeiro, do comércio, da saúde, das migrações, entre outros. Assim, a regulação dos variados temas submetidos ao cotidiano pode acabar se tornando ineficaz se pensada apenas em

âmbito nacional.

Nesse panorama, emergem do direito administrativo global novas autoridades públicas inseridas em verdadeiras ordens jurídicas transnacionais, que alcançam capacidades de determinação e influência nos Estados nacionais que com elas se relacionam, gerando normatividade capaz de alterar seus valores e, portanto, suas concepções jurídicas.

O protagonismo de Organizações Internacionais nesse contexto, traz à luz a necessidade de resolução de problemas que transcendem as fronteiras entre os países. Com efeito, dentre a agenda de preocupações, insere-se o combate à corrupção em nível transnacional. É que a internacionalização dos comportamentos tidos como ilícitos e, por consequência, a sua repressão, trazem consigo a proliferação de procedimentos paralelos no contexto da persecução de um mesmo fato ou, pelo menos, de fatos conexos que transbordem os limites territoriais dos Estados nacionais.

Trata-se de um efeito colateral que o fenômeno da transnacionalidade criminosa tem a capacidade de causar, na medida em que esses procedimentos podem levantar questões ainda não resolvidas, nomeadamente em relação a incidência e ao alcance do princípio do *ne bis in idem* em uma perspectiva transnacional.

É o que se verifica a partir Convenção sobre a Luta Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que prevê no Artigo 4.3 mecanismos de cooperação entre os Estados para definição de uma única jurisdição mais apropriada para persecução de ilícitos corruptos transnacionais, admitindo, portanto, afeição à ideia de unidade procedimental na repressão à práticas corruptas transnacionais.

Assim, a atuação da OCDE enquanto autoridade pública transnacional teria a capacidade de vincular os Estados em relação a possibilidade de perceber o Artigo 4.3 da Convenção como uma cláusula de vedação ao *bis in idem* transnacional. Essa normatividade tornaria imperiosa a necessidade de reconhecimento de uma unidade processual em relação a persecução da corrupção, emergindo daí, pois, a

necessidade de implementação de instrumentos de cooperação jurídica entre os Estados para identificação de critérios para o estabelecimento daquilo que se pretende compreender como a jurisdição mais apropriada.

A realização da pesquisa apresenta uma relevância prática porque visa identificar a possibilidade de reconhecimento da inciência do *ne bis in idem* em uma perspectiva transnacional, especialmente à luz da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcinários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE. É também relevante sob o aspecto intelectual, pois o estudo apresentará fundamentação teórica consistente para contribuir com os critérios de escolha da jurisdição mais apropriada para uma única persecução estatal, a partir do preceito previsto no artigo 4.3 da Convenção.

Se considerada a realidade global de atividades ilícitas, com atos de corrupção que se espraiam em diferentes territórios nacionais, levando em conta a concorrência de diferentes jurisdições, aptas a aplicar múltiplas persecuções sancionatórias, a questão que se põe em compreender é a de quantas vezes e em quantos lugares diferentes os implicados podem ser submetidos a perseguição punitiva em razão de um único fato. É que o combate à corrupção se transformou em uma nova pretensão legal, deixando de ser apenas um tipo penal, ou norma incriminadora, não mais se apresentando como um problema doméstico, mas tornando-se uma demanda ampla e difusa.

O ineditismo e a originalidade que caracterizam o presente trabalho como uma tese estão no fato de, embora haver discussão sobre as bases de categorias fundamentais a serem apresentadas, como o comabte à corrupção enquanto fenômeno proveniente da criminalidade transnacional e a multiplicidade sancionatória daí decorrente, todas foram tratadas sob um abordagem, primeiro, que vai além da compreensão penal da corrupção, percebendo-a também enquanto ilícito administrativo submetido ao direito administrativo sancionador; segundo, reconhecendo o alcance do *ne bis in idem* na perspectiva transnacional e, terceiro, buscando estabelecer uma unidade procedimental a partir da identificação de critérios para eleição de uma única jurisdição apropriada entre os Estados.

A inovação da tese, nesse aspecto, está na proposição de compreender a corrupção transnacional para além da sua classificação enquanto um mero tipo penal. Essa compreensão, aliás, precisa extrapolar o nível local e fronteiriço, alcançando espaços que ultrapassam esses limites territorializados, já que é dessa forma que a corrupção produz os seus maiores danos institucionais. A esse respeito, a própria Convenção Anticorrupção da OCDE considera que a corrupção, enquanto fenômeno difundido nas Transações Comerciais Interncionais, desperta sérias preocupações morais e políticas, abalando a boa governança e o desenvolvimento econômico dos países.

É por isso que a pretensão de gerir e resolver globalmente o problema da corrupção é mais do que uma simples opção entre várias, mostrando-se imprescindível para uma contribuição original ao pensamento jurídico, pois ao tempo em que a globlização foi tipificada como uma das forças de sistemáticas violações de direitos, impõe-se a sua análise a partir de instrumentos que reivindicam e afirmam o direito para além das estruturas burocráticas do Estado, excedendo-se aos argumentos nacionalistas e legalistas.

O objetivo institucional da presente tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali em regime de dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia, no âmbito do Programa de Pesquisa Internacional conjunto PPCJ/UNIVALI e Faculdade de Jurisprudência da UNIPG.

O seu objetivo científico é a defesa da incidência e limites de aplicação ao princípio da vedação ao *bis in idem* em relação às jurisdições concorrentes dos Estados nacionais no combate e repressão à corrupção transnacional, propondo critérios para definição da jurisdição apropriada, em conformidade com a ideia de unidade processual.

O objetivo geral exposto acima desencadeou o surgimento dos seguintes objetivos específicos referentes a cada capítulo para se alcançar as metas pretendidas: primeiro capítulo: analisar a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE enquanto Autoridade Pública Transnacional, verificando o seu nível de vinculação normativa perante os Estados nacionais;

segundo capítulo: (re)situar a perspectiva da corrupção para além da sua percepção jurídica, realizando uma aproximação conceitual do fenômeno da corrupção transnacional a partir de uma abordagem multidisciplinar através dos contibutos da comparação jurídica, buscando a identificação do que se pretenderá denominar de *mínimo comum corrupto*; terceiro capítulo: estudar a capacidade de múltipla persecução e sancionamento em razão dos mesmos atos corruptivos transfronteiriços – tanto na esfera penal, quanto no direito administrativo sancionador, identificando, assim, o alcance transversal e transnacional do princípio do *ne bis in idem*; quarto capítulo: sustentar que o artigo 4.3 da Convenção sobre a Luta Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais da OCDE exerce normatividade sobre os Estados nacionais no que se relaciona à vedação ao *bis in idem* em perspectiva transnacional, construindo indicativos que permitam estabelecer um padrão de fixação da jurisdição mais apropriada a ser seguido imperativamente pelos países signatários.

Para a pesquisa foi apresentados o seguinte problema: como é possível conceber uma unidade procedimental, através de instrumentos de cooperação jurídica, para definição de critérios de escolha da jurisdição apropriada para persecução sancionatória da corrupção?

Diante do problema apresentado, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) considerando a perspectiva do direito administrativo global, é possível conceber a Organização para Cooperação de Desenvolvimento dos Estados – OCDE enquanto autoridade pública transnacional, para compreensão da sua capacidade de determinar ou influenciar Estados nacionais, alterando seus valores e, portanto, suas concepções jurídicas;

b) através da abordagem multidisciplinar oferecida pela comparação jurídica, a corrupção pode ser compreendida como um fenômeno transnacional a partir de uma aproximação conceitual de mínimo comum corrupto;

c) a capacidade de múltipla persecução sancionatória dos diferentes Estados nacionais em razão de atos corruptivos transnacionais torna possível a identificação do alcance transnacional do princípio da vedação ao *bis in idem*;

d) admitindo-se o alcance transnacional do princípio do *ne bis in idem*, a partir da premissa de instrumentos de cooperação jurídica entre Estados, é possível definir critérios para definição da jurisdição apropriada, estabelecendo-se uma unidade procedimental para persecução de atos corruptivos.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente tese, de forma sintetizada, como segue.

Principia–se, no Capítulo 1, com a análise da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE enquanto Autoridade Pública Transnacional, verificando o seu nível de vinculação normativa perante os Estados nacionais. A proposta subdivide o capítulo em quatro partes distintas, sendo que a primeira deverá iniciar a partir da abordagem do Direito Global, concebido enquanto fenômeno da transnacionalidade, identificando-se, assim, através de suas interfaces, a existência de um Direito Administrativo Global e de Autoridades Públicas Transnacionais. A segunda parte servirá especialmente para dar luz às Autoridades Públicas Transnacionais, discutindo as principais ideias que as caracterizam e identificando a OCDE enquanto tal. Na sequência, a terceira parte do capítulo pretenderá abordar a perspectiva das ordens jurídicas transnacionais de combate à corrupção, justificando-as a partir da Convenção da OCDE na luta contra a corrupção. E, a quarta e última parte, pretenderá se debruçar detalhadamente sobre o protagonismo da OCDE no combate à corrupção transnacional, abordando as suas principais características enquanto Organização Internacional e a reconhecendo enquanto autoridade pública transnacional.

O segundo capítulo pretenderá se debruçar detalhadamente sobre a Convenção Anticorrupção, já que através das contribuições do Direito Global, exsurgirá a necessidade de (re)significação da corrupção, compreendida, nesse contexto, igualmente como um fenômeno transnacional. Para isso, será resituada a perspectiva da corrupção para além da sua percepção jurídica, realizando uma aproximação conceitual do fenômeno da corrupção transnacional a partir de uma abordagem multidisciplinar através dos contibutos da comparação jurídica, buscando a identificação do que se pretenderá denominar de *mínimo comum corrupto*. Tendo em vista a permanência na Università degli Studi di Perugia, para realização do período de dupla titulação, pretende-se realizar na tese que se apresenta um

aprofundamento a respeito da perspectiva da corrupção enquanto fenômeno multidisciplinar, mas utilizando-se especialmente da comparação jurídica para realização de uma aproximação conceitual do fenômeno corruptivo.

A primeira parte da tese, que compreende os dois primeiros capítulos, visa, portanto, a apresentação de argumentos que justificam o reconhecimento da corrupção como um problema transnacional, a ser enfrentado a partir das interfaces do Direito Global, levando em consideração os postulados de Autoridade Pública Transnacional e das Ordens Jurídicas Transnacionais de combate à corrupção, com foco especial na Convenção de combate à corrupção de autoridades estrangeiras da OCDE.

Como a transnacionalidade dos ilícitos corruptivos determina a concorrência de distintas jurisdições, independente das características específicas de cada realidade doméstica, a virtude de conceber essa dinâmica através do direito transnacional está na ideia de harmonização entre os sistemas, através da criação de modelos de cooperação.

Assim, a segunda parte da tese doutoral, que a partir daí se pressupõe propositiva, englobando o terceiro e o quarto capítulos, propõe, a partir da cooperação jurídica internacional entre os Estados, os caminhos possíveis para solução do acúmulo de múltiplas jurisdições que alcançam um mesmo ato de corrupção transnacional.

Com efeito, o terceiro capítulo visa o estudo da capacidade de múltipla persecução e sancionamento em razão dos mesmos atos corruptivos – tanto na esfera penal, quanto no direito administrativo sancionador, identificando, assim, o alcance transversal do princípio do *ne bis in idem*. O texto propõe a divisão do capítulo em quatro partes distintas. A primeira abordará o *bis in idem* na perspectiva do poder punitivo que emana do Estado através de diferentes manifestações, especialmente a administrativa e penal, identificando a cumulação sancionadora a partir de distintas esferas. A segunda abordará o princípio na perspectiva do direito internacional e do sistema comunitário europeu. E, por fim, serão trabalhadas as concepções do *ne bis in idem* no direito interno italiano e brasileiro, na medida em que receberá detida

contribuição bibliográfica relativa ao período de pesquisa na Università degli Studi di Perugia.

O quarto capítulo sustentará que o artigo 4.3 da Convenção da OCDE exerce normatividade sobre os Estados nacionais no que se relaciona à vedação ao *bis in idem* em perspectiva reconhecidamente transnacional, construindo indicativos que permitam estabelecer um padrão de fixação da jurisdição mais apropriada a ser seguido imperativamente pelos países signatários da Convenção. A pretensão será exposta sob quatro perspectivas. Primeiramente, explorará as especificidades na implementação do dispositivo, considerando especialmente as questões que dizem respeito à relativização dos ideais de soberania, território, autoridade e jurisdição. Em segundo lugar serão analisadas as fontes de proteção transnacional do princípio do *ne bis in idem*, demonstrado o seu alcance a partir do que se propõem as autoridades jurisdicionais dos Estados-Membros da União Europeia e abordando os desafios do seu reconhecimento a partir do confronto com a teoria da "dupla soberania". Na sequência a análise se estenderá na avaliação da eficácia da disposição em alcançar o seu objetivo declarado, desenvolvendo a prevalência da cooperação internacional a partir de recortes da justiça penal negociada e do exame da decisão quadro 2009/948 da União Europeia, instrumento que se identificou como um dos mais avançados em relação a maior eficiência na repressão à corrupção transnacional, permitindo a conclusão de que uma abordagem unificada de fato contribui para maior coerência nos processos de persecução. E finalmente a tese se encerrará com a proposição daqueles que se entendem ser os pressupostos para definição de uma jurisdição una, delineado os critérios para eleição da jurisdição mais adequada, e contribuindo para o entendimento das implicações teóricas, práticas e normativas dessa disposição no contexto do combate à corrupção transnacional.

A tese se encerra com a Conclusão, nas quais são apresentados aspectos destacados e se têm por provadas as hipóteses levantadas ao início, sem prejuízo de se reconhecer a necessidade de continuidade dos estudos e das reflexões acerca dos critérios de justificação para escolha da jurisdição mais apropriada ora proposta aos casos de potencial multiplicidade sancionatória da corrupção transnacional.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação[35] foi utilizado o Método Indutivo[36], na Fase de Tratamento de Dados o procedimento Cartesiano[37], e, o Relatório dos Resultados expresso na presente tese é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente[38], da Categoria[39], do Conceito Operacional[40] e da Pesquisa Bibliográfica[41].

No que tange aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, adotados durante a Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, a tese se enquadra no número 16, a respeito da paz, justiça e instituições fortes. Especificamente no número 16.5: “reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas”.

---

[35] “(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido (...).” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

[36] “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz**. Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 114.

[37] Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

[38] “(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 69.

[39] “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 41.

[40] “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 58.

[41] “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 217.

Capítulo 1

AS ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS E O PAPEL DA OCDE ENQUANTO AUTORIDADE PÚBLICA TRANSNACIONAL

O primeiro capítulo da presente tese visa à apresentação de um estudo a respeito da Convenção contra a corrupção de autoridades públicas estrangeiras da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

A proposta subdivide o capítulo em quatro partes distintas que buscam a evolução de raciocínio, complementando-se entre si para o fim de alcançar o objetivo final consistente na possibilidade de concepção da OCDE enquanto Autoridade Pública Transnacional[42], constatando a sua capacidade de determinação dos Estados nacionais a partir da alteração de seus valores e, portanto, de suas concepções jurídicas.

A primeira parte deverá iniciar a partir da abordagem do Direito Global, concebido enquanto fenômeno da transnacionalidade, identificando-se, assim, através de suas interfaces, a existência de um Direito Administrativo Global e de Autoridades Públicas Transnacionais. A segunda parte servirá especialmente para dar luz às Autoridades Públicas Transnacionais, discutindo as principais ideias que as caracterizam e identificando a OCDE enquanto tal.

Na sequência, a terceira parte do capítulo pretenderá abordar a perspectiva das ordens jurídicas transnacionais de combate à corrupção, justificando-as a partir do papel da OCDE na luta contra a corrupção.

---

[42] A transnacionalidade se configura como fenômeno reflexivo que se dispõe ao estabelecimento de limites aos aspectos hegemônicos da globalização, propondo o surgimento de uma nova ordem política e jurídica mundial, mais justa e humanitária, baseada no princípio da sustentabilidade que leva a cooperação, solidariedade e fraternidade entre os povos, e que possui como características marcantes a desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por um sistema econômico capitalista ultra valorizado, que articula o ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados. STELZER, Joana. O fenômeno da Transnacionalização da dimensão jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade.** 1 ed., 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

Essa separação proposta dará razão ao enfrentamento do objetivo geral da tese sob a ótica globalizada da corrupção, justificando o alicerce do primeiro capítulo à luz do Direito Global, na medida em que se pretenderá investigar as possibilidades de influência na liberdade e na autodeterminação dos ambientes domésticos dos Estados, realizando ponderações conclusivas a respeito da capacidade vinculativa ou não dos documentos relacionados à corrupção confeccionados pela Organização Internacional.

1.1 O PROTAGONISMO DO DIREITO GLOBAL ENQUANTO FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE

A transnacionalização do direito se trata de um fenômeno que passou a merecer destaque especialmente após a Segunda Guerra Mundial, dado o fortalecimento das organizações internacionais, nomeadamente para evitar a retomada de conflitos bélicos de semelhantes dimensões. A profusão normativa decorrente desse contexto dá origem às normas de cunho transnacional, sendo a expressão utilizada pela vez primeira na obra clássica de Philip Jessup[43], que a conceituou como aquelas que regulam ações e/ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais, alcançando tanto o direito internacional público quanto o privado.

Para além das preocupações decorrentes dos conflitos bélicos, a interdependência da economia transformou a mais variada ordem de problemas que outrora eram domésticos em situações de cunho mundial. As interações e os mercados, dessa forma, globalizaram-se, fazendo com que a regulação – e o direito, tivessem que se adequar a essa nova realidade. Aliadas a isso, as novas tecnologias de comunicação, transporte e mídia aumentaram a circulação de ideias comuns a diversos Estados, passando os países a serem analisados sob a ótica de uma necessidade de coexistência[44].

As clássicas acepções de direito internacional, nesse contexto, obstinadas ao estudo do arbitramento e composição de conflitos entre os Estados,

---

[43] JESSUP, Philip. **Direito Transnacional.** Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965, p. 12.

[44] KEOHANE, Robert O; NYE JR, Joseph S. Power and Interdependece revisited. **International Organization.** Massachusetts: The MIT Press, Vol 41, n. 4, 1987, p. 727 e ss.

concebida a partir do modelo vigente desde a Paz de Vestfália[45], tornaram-se insuficientes para compreensão dos fenômenos relativos à influência que os valores comuns proporcionam ao direito local[46].

A regulação dos espaços físicos e virtuais de circulação de modelos, instituições, pessoas e capitais passa, nessa nova realidade, a ser a força motriz do direito, que não mais se limita aos poderes domésticos absolutos[47]. A normatização incidente sobre acontecimentos tais como as crises de ordem econômicas, ambientais, sanitárias, humanitárias e energéticas começa a ser identificada e tratada a partir de fluxos diferentes daqueles oriundos dos Estados[48].

Surge, a partir desse panorama de declínio do Estado nacional e ascensão de um paradigma global de direito, um conceito de Direito Global compreendido a partir da pretensão de regulação das relações provenientes dos fluxos globalizatórios[49]. Baseia-se, assim, o Direito Global, na possibilidade de que exista uma lei que não esteja centrada em sistemas jurídicos nacionais[50], e que igualmente não se condicione apenas na harmonização de sistemas jurídicos nacionais, contemplando, pois, sistemas de domínio público transnacional e sistemas de autonomia privada praticamente absoluta[51].

---

[45] A respeito da Paz de Vestfália, instituição cujos fundamentos e atribuições ainda se apresentam na atualidade, é possível verificar que, geralmente, o confinamento do fenômeno jurídico ao contexto territorial é produto do Estado Moderno, muito embora se possa identificar que a pretensão jurídica de desafiar limites geográficos não se apresenta como uma novidade no século XXI. STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 10-11.

[46] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015, p. 7.

[47] TEUBNER, Gunther *et al*. **Transnational Governance and constitucionalism.** Oxford: University Oxford Press, 2004.

[48] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15.

[49] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 16.

[50] Alerta Márcio Staffen, todavia, que o Direito Global não propõe a morte do Estado, sendo que na verdade "guarda em seu bojo a condição de incluir como destinatário de suas prescrições normativas não apenas os Estados e suas instituições, mas, na mesma posição, estabelece parâmetros aos particulares, com clara manifestação de sua condição global e de autoridade exercida às margens da autoridade dos Estados". STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 17.

[51] SASSEN, Saskia. **Território, autoridade y derechos.** De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 334.

Apresenta-se o Direito Global com a função de estabelecer canais de abertura e interpenetração dos preceitos normativos exarados por uma multiplicidade de agentes de caráter público e/ou privado que, diante da concentração de poder, praticam o exercício de controle e correição em conjunto ou mesmo em substituição das funções de burocracia estatal[52].

Não significa uma pretensão de universalização do direito, mas da produção, aplicação e correição de um conjunto complexo de fenômenos jurídicos por múltiplos atores decorrentes da globalização[53]. E a negação da sua existência serviria para contribuir com a ampliação de aspectos perversos da globalização sendo, em verdade, a edificação do Direito Global um caminho de enfrentamento dos problemas globais através de atores globais e com preceitos jurídicos globais[54].

Com efeito, os atores responsáveis pela ativação do processo de transnacionalização do direito se complementam com àqueles responsáveis pelo patrocínio de normas governamentais, desenvolvendo padrões normativos de natureza transnacional/global para posterior introdução nos ambientes domésticos[55]. Como alerta Staffen[56], a demonstração desses fenômenos está ligada à eminência de novos órgãos especializados com atribuições de controle e regulação, através da construção de normas técnicas, certificações, selos, indicadores e rankings, competindo ou se subrogando nas funções estatais.

Identifica-se no Direito Global, portanto, a capacidade de inclusão dentre os destinatários de suas prescrições normativas os particulares, para além dos Estados e suas instituições, alçando-o a condição global de exercício de autoridade que ultrapassa às margens de poder estatal.

---

[52] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 18.

[53] TEUBNER, Gunther. Global bukowina. In: TEUBNER, Gunther (ed.). **Global law without a state.** Brookfield: Dartmouth, 1997.

[54] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 21.

[55] KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters.** Faculty Scholarship Series, 2006, paper 1793. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 23 jul. 2023.

[56] STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, global law and the transnacional corruption combat. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, Jan-Abr., 2018, p. 120.

1.1.1 A Emergência do Direito Global

O Direito Global não se trata de um Direito Internacional a partir de uma nomenclatura distinta. É, na verdade, constrição intelectual sofisticada que identifica uma rede poderes nacionais e internacionais que produzem normatividade para além das dimensões concebidas através da teoria constitucional moderna.

Não é possível conceber através do Direito Global, todavia, um único ordenamento jurídico, nem tampouco se reconhece a possibilidade de existência de um único governo global. Nem mesmo a normatividade proveniente da ONU encontraria qualquer prevalência em detrimento de outras, seja pela baixa densidade nos assuntos públicos, ou pela reduzida especialização ou ainda pela parca eficácia dos mecanismos de resolução de controvérsias[57].

O regime regular para os processos de globalização se vislumbra, a bem da verdade, na construção sustentada por meio de um encadeamento de normas setoriais que circulam por vazios normativos no complexo global, pelo que Sabino Cassese denominou de *"ad-hoc-cracia"*[58], não interessando o sequenciamento vertical dos entes.

Migra-se para um contexto de conexão horizontal de sistemas jurídicos, composto por normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais que coabitam um campo de circulação de modelos em rede, com disposições horizontais, verticais, diagonais e afins[59]. Minimizam-se as relações intermediadas pelos Estados, no formato verticalizado, de modo a facilitar os canais de circulação de modelos jurídicos e incentivar a pesquisa por funcionalidades analógicas para desafios antes pensados apenas sob a perspecitva doméstica[60].

A "*ad-hoc-cracia*" de Cassese, entretanto, não tem a pretensão de se desvincular por completo do *rule of law* do Estado de Direito, na medida em que permanece existindo a necessidade de interação entre as estruturas de direito privado

---

[57] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 27.

[58] CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 22.

[59] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 29.

[60] CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 22.

e as instituições de direito público, a fim de que sigam se obsevando critérios de transparência, participação, motivação das decisões e controle (não necessariamente verticalizado e hierárquico) sobre normas e decisões[61].

Nessa linha, a proposta é a de que a essência do Direito Global se consubstanciaria por um coligamento de direitos e obrigações oscilantes entre pretensões globablizantes e fragmentadoras, de modo que seria possível imaginar a existência de poderes legislativos sem legisladores, poderes executivos sem governantes e resolução de controvérsias sem cortes judiciais[62].

Especificamente em relação a resolução de controvérsias sem cortes judiciais, alertam Locchi e Staffen[63] que "Sem prejuízo dos diversos textos que se decidam aos impactos e às consequências advindas da globalização, dos novos atores e afins, um ponto que resta incontroveritdo é o diálogo judicial em progresso entre Cortes Constitucionais e demais estruturas dos Judiciários nacionais".

Pode-se reconhecer que o modelo bipolar de juiz na condição de terceiro, que justifica as bases do Estado e do Direito Moderno, dá espaço a circulação de novos modelos jurídicos concebidos a partir de múltiplos atores em espaços desterritorializados, gestando o que se denomina transjudicialismo[64-65]. Os tribunais nacionais, com efeito, passam a se basear nas decisões de tribunais de outros países, promovendo uma interação judicial transnacional, mas, para além das importações de precedentes estrangeiros na construção da argumentação de decisões, os julgadores devem igualmente sopesar os impactos externos de suas sentenças, não apenas do

---

[61] CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 44-45.

[62] POSNER, Eric. **The perils of global legalism.** Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

[63] LOCCHI, Maria Chiara. STAFFEN, Marcio Ricardo. A estratégia de *"judicial dialogue"* transnacional no sul global sobre homofobia e penalização do homossexualismo. **Revista novos estudos jurídicos.** Vol. 28, N. 1. Jan-abr. 2023, p. 5.

[64] LUPI, André Luppi Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 123-138.

[65] Exige-se do transjudicialismo quatro pressupostos, quais sejam: a manutenção e vinculação da *rule of law*; o dever de motivação dos julgados; a coerência das decisões e justificação das divergências e, por último, a clareza e consistência nos argumentos. SLAUGTHER, Anne- Marie. A tipology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review,** Richmond, v. 29, p. 1220129, 1994-1995.

ponto de vista do modelo constitucional local, mas especialmente se dedicando a proteção de bens jurídicos de quilate transnacional[66].

Na medida em que este emaranhado de redes atinge a judicatura, acaba por construir um governo mundial de juízes, o que importa na conectividade dos tribunais, fazendo com que os magistrados compartilhem seus julgados, construindo assim precedentes juridicamente válidos em razão da matéria enfrentada, indiferentemente da competência nacional originária, tornando a dicção do direito mais fluída[67].

A atual dinâmica da sociedade aponta, portanto, para a necessidade e existência do Direito Global que se articulará concomitantemente com as seguintes premissas:

> a) esta lógica jurídica global baseia-se em normas setoriais, relativas às matérias singulares ao caso; b) há um vazio hierárquico formal no sistema global (este composto de normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais); c) ausência de pretensões universalistas, exclusivas e homogeneizadoras; d) um marco divisor entre o público e o privado já é não é de todo elementar; e) disposições contratuais gozam da mesma relevância dos atos normativos ou administrativos; f) o sistema jurídico global não se presta somente aos sujeitos de Direito Público; g) o dever de observância do *rule of law*; h) a possibilidade de disputas multipolares, inclusive com órgão jurisdicional intervindo e reexaminando decisões judiciais nacionais; i) a compreensão de um sistema voltado prioritariamente à resolução de controvérsias; j) a diversidade de órgãos globais, sem pretensões de se instituir um ente centralizador, que transcendem a pertinência aos sujeitos de Direito Internacional; k) a penetração do sistema global no Direito nacional[68].

---

[66] PAFFARINI, Jacopo. O Transjudicialismo processual e as Cortes de Justiça estatais. In: FORTES, Vinícius Borges *et al.* (Org.). **Seminário acadêmico de direito IMED:** o novo código de processo civil e os desafios para o direito e para a democracia. Carazinho: Deviant, 2015, p. 38-50.

[67] LOCCHI, Maria Chiara. STAFFEN, Marcio Ricardo. A estratégia de *"judicial dialogue"* transnacional no sul global sobre homofobia e penalização do homossexualismo. **Revista novos estudos jurídicos.** Vol. 28, N. 1. Jan-abr. 2023, p. 8.

[68] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 37.

1.1.2 A produção normativa do Direito advindo da globalização

A cientificidade e integralidade dos textos que se debruçam sobre o tema da existência do Direito Global demanda que se analise as manifestações do que podem ser consideradas as suas fontes normativas.

Com efeito, a circulação de fontes normativas atreladas ao Direito Global se dá nas mais variadas direções, com pontos de convergências ou divergências praticamente impossíveis de serem avaliadas em abstrato. A estruturação da condução do estudo, portanto, não ocorre apenas de modo vertical e através do lugar de produção da norma, mas leva em consideração sua dinamicidade e sua extensão, tudo em conformidade com sua efetividade[69].

De acordo com a análise de Günther Teubner, as fontes normativas podem ser descritas em dois momentos distintos. O primeiro trabalha cumulativamente com fluxos comunicativos e intercâmbios com fontes típicas de Direito estatal. O segundo, projeta para o futuro a construção de fontes normativas independentes, consolidando o Direito Global por meio de pluralismos, especializações e fragmentações[70].

Defende-se que o impulso que promove o aparecimento e a adoção de determinados preceitos como fontes normativas para o Direito Global estaria no domínio de *networks* normativos com desenvolvimento fluído e alianças variáveis, de modo que prevaleceria aquele com mais capacidade de corresponder às pretensões e demandas que lhe são arguidas[71]. Independente da presença dos Estados nacionais, as relações verticais perdem força nesse contexto e se promovem, assim, verdadeiros canais de circulação de modelos jurídicos, fomentando a pesquisa e a comparação através de funcionalidades analógicas para desafios que antes eram nacionais e estatizados[72].

---

[69] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 60.

[70] TEUBNER, Gunther. Global bukowina. In TEUBNER, Gunther (ed.). **Global law without a state.** Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 8-9.

[71] CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 34-35.

[72] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 65-66.

Nessa linha de pensamento, desenvolve-se a teoria da policontexturalidade, de Teubner[73], que explica que o Direito se transforma em uma pluralidade de discursos fragmentados que se identificam em várias espécies de relações, construídas a par dos Estados. Seria a autopoiese o fundamento de justificativa da teoria, na medida em que os processos de conhecimento poderiam ser mensurados pela dinâmica de sua evolução e autovalidação, sendo coordenados pela policontexturalidade dos pluralismos em vigor. Haveria nesse sistema, pois, uma circularidade fechada em relação a outros sistemas, caracterizando-se, também, pela ausência de hierarquia.

O autor ainda identifica dois fluxos de circularidade a partir do ponto de vista da globalização e seus impactos nas fontes do Direito. O primeiro com sentido centrípeto, centralizada pelo Estado, tendo a geopolítica como protagonista da organização do processo de construção do direito pós-nacional, marcando a robustez de Estados fortes em contraposição a Estados fracos. O segundo com rotação centrífuga, em que os demais atores e instituições envolvidas não estariam sujeitos à soberania estatal tendo em vista o reconhecimento de sua autoridade[74].

Nessa senda, verifica-se a importância de considerar os instrumentos tipicamente privados como ferramentas de um verdadeiro “não-Direito”. A perspectiva de análise deve ser, no entanto, o Direito estatal e o Direito não-estatal.

É que sob o aspecto do lugar de produção das normas, as fontes de Direito Global podem ser classificadas pelos processos tradicionais, ou seja, a partir das Constituições, das leis, dos tratados, dos princípios, dos costumes, da doutrina e jurisprudência, e igualmente através de formas que se manifestam por intermédio do direito negociado, das necessidades do mercado, dos mecanismos de governança, das políticas públicas, de regulações anternativas e na excepcionalidade da guerra[75]. É, com efeito, mais importante que se identifique o *locus* do qual emana a norma de

---

[73] TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontexturalidade.** Tradução: Jürgen Volker Dittbrener *et al.* Piracicaba: Editora da Unimep, 2005, p. 81.

[74] TEUBNER, Gunther. Global bukowina. In TEUBNER, Gunther (ed.). **Global law without a state.** Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 9-11.

[75] ARNAUD, André-Jean. Governar sem Fronteiras: entre globalização e pós-globalização. In **Crítica da Razão Jurídica.** V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 148-150.

Direito Global, do que se realize a diferenciação conceitual entre *hard law* e *soft law*. Logo, afastam-se das discussões sobre a cogência ou não do *soft law*[76].

Existe, pois, um invegável hibridismo a respeito das fontes normativas para o Direito Global, deflagrando-se a condição de declínio que se projeta sobre os poderes formalmente constituídos. O que não significa reconhecer, todavia, uma anarquia jurídica. Defende-se, isso sim, uma urgência de compreensão institucionalista e plural para as fontes normativas do Direito advindo da globalização[77].

1.1.3 Instituições jurídicas provenientes do Direito Global

O cenário da globalização jurídica releva também a necessidade de reconhecimento de que o mundo das decisões é o mundo das práticas e dos comportamentos administrativos[78]. Exige-se uma inserção de preceitos selecionados das administrações nacionais no âmbito das organizações protagonistas da globalização jurídica[79], fazendo com que as acepções clássicas de Direito Administrativo, fundamentado pelos dogmas da supremacia e indisponibilidade do interesse público, deixem de ser eminentemente domésticas, estatais e internas[80].

Esse contexto dá lugar a um regime de certo modo tecnocrata, já que ganham espaço os postulados de governança global, na medida em que os eixos

---

[76] Não obstante a multiplicidade de fenômenos que podem se enquadrar na pretensão de conceituação operacional do termo *softlaw*, é possível afirmar que se trata de "todos aqueles fenômenos de regulação e autorregulação diversos dos tradicionais instrumentos normativos provenientes de um processo deliberativo formal de produção legislativa conduzido perante um poder estatal investido dessa função e, portanto, com graduação diversa em termos de cogência". STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 76.

[77] CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto.** Decisione e norma nell'età globale. Roma-Bari: Laterza, 2010, p. 172.

[78] COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquirty** – Queen Mary University of London, London, v. 37, n. 2, 2012, p. 340-372.

[79] DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè. El derecho administrativo global. Un nuevo concepto clave del derecho administrativo? **Revista de Administración Pública.** Madrid, n. 199, enero-abril 2016, p. 16.

[80] SHAPIRO, Martin. Administrative law unbounded: reflections of government and Governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, n. 369, v. 08, 2000, p. 374-376.

típicos de pressão se encontram disseminados em setores que até então estavam estaticamente vinculadas aos limites da soberania[81].

Ilustrativamente podem ser mencionados os procedimentos de combate à corrupção transnacional – tema desta tese, que justificam, dentre outros, o trabalho de instituições não governamentais como a Transparência Internacional - TI[82], que exerce um papel de proporcionar maior clareza em assuntos relacionados a Administração Pública, expondo igualmente empresas privadas envolvidas em negócios escusos.

Será condição indispensável ao Direito Global a integridade das instituições e dos comportamentos jurídicos, sendo necessário que se reconheça no combate à corrupção um assunto de pretensão jurídica global. Não por outro motivo que para além das mudanças normativas provadas nos expedientes jurídicos internos, é possível identificar que atores típicos do transnacionalismo, através dos mecanismos de *soft law*, desenvolvem procedimentos próprios de prevenção, combate e correição de comportamentos passíves de perpetração de ilícitos corruptivos, tais como os mecanimos de *accountability* e de *compliance*[83].

Potencializam-se os expedientes de governança global, dado que os órgãos estatais promovem um ruptura lógica dualista, estabelecendo conexões ramificadas e dispostas em fluxos tanto verticais quanto horizontais para que passe a

---

[81] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 101.

[82] Conforme alerta Vannucci, as práticas de corrupção devem ser contidas sob um aspecto bidimensional: “O quadro conceitual acima esboçado pode ser traduzido em quatro 'modelos de corrupção' diferentes, como resultado do cruzamento de duas linhas: I. o eixo vertical da relação principal-agente, com o seu foco na eficácia relativa das regras formais, cláusulas contratuais e mecanismos de execução para compensar os incentivos perversos ao conluio entre agente e corruptor, devido à assimetria de informação entre agente e principal (e à natureza de ator coletivo deste último); II. o eixo horizontal, que diz respeito a um amplo conjunto de variáveis sociais que podem incentivar ou enfraquecer a ação coletiva, o reconhecimento positivo do valor do direito, a adesão interiorizada à ética pública, ou vice-versa, fortalecer a regulação interna – ou seja, as instituições extralegais – de acordos corruptos.” VANNUCCI, Alberto. Challenges in the study of corruption: approaches and policy implications. **Revista Brasileira de Direito,** Passo Fundo, v. 13 n. 1, p. 251-281, mar. 2017.

[83] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 105.

existir uma congregação entre indivíduos, orgãos estatais, e agentes transnacionais nos processos de deliberação[84].

É possível observar, pois, a proeminência da informação e da participação como prática capaz de conferir legitimidade aos procedimentos. Primeiro em razão da existência autônoma de considerável parte dos atores globais, segundo em razão da aproximação e inserção dos indivíduos em cenários antes impenetráveis pelos expedientes consensuais[85]. Tanto é assim que Cassese[86] arrola cinco categorias indispensáveis à tutela da participação em cenários globais: o direito de participação dos particulares em confronto com as administrações nacionais sem a limitação de capacidade adstrita ao domicílio ou sede do agente; o direito de participação dos governos nacionais em face às instituições globais; o direito de participação dos governos nacionais e de qualquer parte em atos de outros governos; o direito de participação das instituições globais em assuntos das administrações internacionais e; o direito de participação dos particulares nas instituições globais.

É fundamental a participação de todos os atores globais nas tomadas de decisões, especialmente se considerada a atual sociedade de riscos incertos e futuros. É graças ao trabalho de ONGs, movimentos, grupos e ativistas, *Wikileaks*, redes e plataformas eletrônicas que as pautas globais, tais como o combate à corrupção são definidas como problemas de justiça social[87].

Esse processo estimula o desenvolvimento de mecanismos horizontais de responsabilização, baseados na ideia de aumento da conscientização pública para além da mera punição e execução. Assim, a luta contra corrupção não pode ser

---

[84] KINGSBURY, Benedict; KRISH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law & Contemporary Problems.** Durham: Duke University Law School, vol. 68, n. 3-4. Outono/2005, p. 37-38. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>. Acesso em 12 jan. 2024.

[85] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 109.

[86] CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 68-92.

[87] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 118-119.

tratada como uma política única, nem mesmo delegada a um número restrito de especialistas, mas vinculada a uma repaginação política e de participação[88].

1.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E AS AUTORIDADES PÚBLICAS TRANSNACIONAIS

Considerando o Direito Global como ponto de partida do primeiro capítulo da tese, surgem outros conceitos importantes que com ele se relacionam, como o Direito Administrativo Global e a Autoridade Pública Transnacional.

Por Direito Administrativo Global, entende-se como ramo do direito apto a trabalhar com as regulações transgovernamentais destinadas a responder os problemas que se originam de uma ordem mundial interconectada, através dos quais o exercício dos poderes regulatórios dos estados não consegue mais ser praticado de forma isolada[89].

Muito embora não se desconheça as relevantes contribuições provenientes da Escola da *New York University*, a partir da produção de autores como Benedict Kingsbury, Nico Krish e Richard Stewart, e a defesa de que o campo do Direito Administrativo Global transcende o Direito Internacional, alcançando sociedades civis nacionais e seus atores[90], os subtítulos que seguem pretenderão sistematizar o debate realizado pelas diferentes vertentes europeias que trabalham com o Direito Administrativo Global e Autoridade Pública Transnacional, de modo a identificar premissas e conclusões sobre o tema.

---

[88] VANNUCCI, Alberto. Challenges in the study of corruption: approaches and policy implications. **Revista Brasileira de Direito,** Passo Fundo, v. 13 n. 1, p. 251-281, mar. 2017, p. 277.

[89] KINGSBURY, Benedict; KRISH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law & Contemporary Problems.** Durham: Duke University Law School, vol. 68, n. 3-4. Outono/2005, p. 15-18. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>. Acesso em 23 jul. 2023.

[90] Os autores realizaram a análise da dicotomia entre o direito nacional e o internacional através dos mecanismos privados que se identificam no espaço administrativo distinto dos domínios do Direito Internacional Público e do Direito Administrativo interno. A conclusão é a de que é cada vez mais premente as regulamentações por órgãos internacionais privados, por organizações público-privadas, tais como as ONGs e as corporações privadas. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law and contemporary problems**, v. 68, n. 3/4, Outono/2005. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>. Acesso em 23 jul. 2023.

Nesse sentido, dar-se-á atenção à Escola de Viterbo, na Itália, especialmente a partir da produção acadêmica de Sabino Cassese[91] e, ainda, à Escola de Max Planck na Alemanha, através de autores como Armin von Bogdandy[92]. Os estudos em Max Planck dedicam especial atenção às repercussões da governança global no Direito, tratando as temáticas através de uma perspectiva de Direito Público centrada na figura e papel da Autoridade Pública exercida por instituições internacionais[93].

Daí a relevância para a tese acerca do tratamento ao tema da Autoridade Pública Transnacional, que pode ser compreendida, por sua vez, como aquela exercida a partir de uma competência instituída através de um ato comum de autoridades internacionais, na maioria Estados, na busca de um mesmo objetivo definido, e que tenham autoridade para definir a partir de um preponderante interesse público[94].

Conceitos como esses apresentados, no entanto, não são autoevidentes, pois requerem premissas de considerável inovação[95]. Isso porque tradicionalmente o entendimento sobre os seus postulados está inserido no conceito de Estado, que se baseia, por sua vez, no monopólio da força desse Estado e no poder soberano que emana da autoridade territorial[96]. Daí porque a justificativa em

---

[91] Sabino Cassese, pelo reconhecimento internacional que possui, pode ser considerado o principal autor desta escola. É juiz emérito da Corte Constitucional italiana e professor emérito da Scuola Normale Superiore di Pisa. Dentre suas obras célebres, pode-se dar destaque à CASSESE, Sabino. **Lo Spazio giuridico globale.** Roma: Laterza, 2003. CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006. CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo stato.** Torino: Einaudi, 2009. CASSESE, Sabino. **When Legal Orders Collide: The Rule of Courts.** Global Law Press, 2010.

[92] BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law.** Oxford: v. 12, n 4, out. 2014.

[93] Inclusive com as contribuições do próprio Sabino Cassese. CASSESE, Sabino. Is there a global administrative law?. In: **The Exercise of Public Authority by International Institutions.** Heidelberg: Springer, 2010. p. 761-776.

[94] BOGDANDY, Armin von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. In BOGDANDY, Armin von et al. **The Exercise of Public Authority by International Institutions:** Advancing International Institutional Law. Heildelberg: Springer, 2010, p. 13.

[95] Com efeito, o alemão Nico Kirsh possui estudos relevantes sobre a noção de autoridade no âmbito da governança global. KRISCH, Nico. Global governance as public authority: An introduction. **International journal of constitutional law,** v. 10, n. 4, p. 976-987, 2012.

[96] BOGDANDY, Armin Von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal área. **International Journal of Constitucional Law**, Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 987.

estudar esses fenômenos a partir das concepções do Direito Global, justamente porque dele se originam e com ele se relacionam.

Ocorre que se deve partir da compreensão de realocação dos preceitos clássicos de autoridade pública, que não mais se assimilam com o princípio da soberania imposta sobre territórios, mas se sustentam na capacidade institucional de satisfazer de modo local, nacional, internacional, supranacional e globalmente as necessidades postas e as emergentes[97]. Com efeito, a autoridade responsável pela regulação de fatos contemporâneos não provém de uma rígida verticalidade descendente, em contraste com o que as teorias de autoridade mais clássicas propunham. Em verdade, baseia-se na execução e eficácia de reinvindicações justificadas, apoiando-se em preceitos legais compartilhados extraterritorialmente[98].

Autoridade deve, portanto, ser definida de forma mais ampla, contemplando a aplicação de princípios considerados pela Lei Básica[99] para informar as suas estruturas. Em outras palavras, a autoridade pública transnacional será toda aquela que repousa sobre uma competência que lhe foi conferida por uma ação conjunta de atores públicos a fim de cumprir funções públicas que foram definidas como tal por esses atores; tendo, portanto, a capacidade legal para restringir a liberdade de outros atores ou, pelo menos, determinar a forma como eles usam a sua liberdade[100].

Considerando a forma de funcionamento das instituições transnacionais, a compreensão de autoridade pública vai além do cumprimento de meras obrigações legais. Esse conceito amplo de autoridade repousa na percepção empírica de que nos dias atuais muitos atos de instituições supranacionais e internacionais podem, ao fim

---

[97] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 54-55.

[98] STAFFEN, Márcio Ricardo. On the Authority of Transnacional Law. **Revista de Estudios Socio-Jurídicos.** 23(1), 465-482. Disponível em: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8175>. Acesso em 9 mar. 2024.

[99] Sobre a ideia de Lei Básica, trata-se da tradução livre de "Grundgesetz", ou seja, a Constituição da República Federativa da Alemanha.

[100] BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 989.

e ao cabo, efetivamente diminuir a liberdade pessoal e a autodeterminação coletiva da mesma forma que atos legalmente vinculados dos órgãos estatais[101].

O exercício dessa forma de autoridade decorre do estabelecimento de normas não obrigatórias em que as vantagens da conformidade superam os custos decorrentes do seu descumprimento[102], o que se verifica, no objeto de proposta do primeiro capítulo da tese, a partir do tema do combate à corrupção, nomeadamente a partir das postulações geradas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE na sua convenção de lutra contra corrupção.

1.2.1 O Direito Administrativo Global na perspectiva italiana

Há um número crescente de órgãos administrativos provenientes da ordem jurídica da União Europeia que atualmente se responsabilizam pela implementação de leis e políticas para além das administrações domésticas dos Estados-Membros[103]. Tal constatação pode ser demonstrada a partir das bases estruturantes da União Europeia, dos quais são exemplos as definições dos seus organismos, tais como a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu.

A propensão do Direito da União Europeia pelo Direito Administrativo encontra suas raízes no Direito Comunitário que, em sua evolução, desvincula-se de um contexto meramente nacionalista para ceder espaço a um Direito Transnacional. Essa situação dá origem a um eventual relacionamento conflituoso entre o Direito Comunitário e os Direitos Administrativos dos Estados-Membros da União Europeia, que sempre se constituíram a partir de uma tradição nacionalista estadocêntrica.

Nesse contexto, o Direito Administrativo não é mais apenas o direito interno mero executor de leis domésticas, passando a se assentar através de uma

---

[101] BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 988.

[102] BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 988.

[103] CHITI, Edoardo. EU and Global Administrative Organizations. In CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Ed.). **Global administrative law and EU administrative law:** relationships, legal issues and comparison. Springer Science & Business Media, 2011, p. 13.

perspectiva de governança, na medida em que reclama, no mínimo, duas esferas decisórias: a primeira a nível dos Estados nacionais, e a segunda a nível da União Europeia, assentando-se na ideia de uma boa administração de geometria variável[104].

Ganham protagonismo nesse cenário os atos administrativos transnacionais, que são produzidos a partir de uma Administração Pública nacional, mas se tornam igualmente válidos e eficazes na ordem jurídica interna da UE, em razão de normas de Direito Europeu. São atos que mantém todos os atributos e elementos que lhe emprestam o Direito Administrativo, diferenciando-se, todavia, pelo espaço de aplicação, através de uma repercussão extraterritorial, com o poder de atingir, onde quer que estejam, destinatários privados e destinatários públicos, inclusive de outros Estados.

Os atos administrativos transnacionais estão no nascedouro da disciplina do Direito Administrativo Transnacional que, por sua vez, debruça-se no estudo do reconhecimento desses atos transnacionais por ordens jurídicas nacionais, buscando a harmonização dos requisitos do ato[105].

Exsurge, assim, o denominado modelo "globalização-europeização"[106], que representa a constituição dos Direitos Administrativos internos dos Estados a partir da influência teórica da União Europeia, buscando convergência regulatória para temas específicos e reconhecimento de decisões administrativas entre distintos países[107]. A "europeização" do direito administrativo reflete os vasos comunicantes que se estruturam entre os direitos administrativos nacionais e o direito europeu, mas sobretudo a influência que os direitos administrativos nacionais mais evoluídos têm vindo a exercer no direito administrativo europeu[108].

---

[104] SILVA, Suzana Tavares. **Direitos Fundamentais na Arena Global.** 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2014, p.124.

[105] ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo:** uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas. Lisboa: AAFDL. 2014.

[106] Expressão utilizada por VENTURINI, Otávio. **Teorias do direito administrativo global e standards: desafios à estatalidade do Direito.** São Paulo: Almedina, 2020.

[107] BECK, Joachim. Cross-Border Cooperation and the European Administrative Space – Prospects from the Principle of Mutual Recognition. **International Public Administration Review**, 13(2), 2015.

[108] SOUSA, António Francisco. **Direito Administrativo Europeu.** Porto: Vida Econômica, 2016, p.79.

A partir da “globalização-europeização” e, dada a tensão entre os Estados-Membros da União Europeia, as contribuições do Direito Administrativo Transnacional ocorrem a partir do desenvolvimento de técnicas de transposição das diretivas europeias, reconhecimento de atos administrativos estrangeiros e cooperação entre as administrações dos diferentes Estados nacionais[109].

Verifica-se e justifica-se, assim, a opção no sentido delimitar a análise a partir do Direito Administrativo Global na perspectiva dos autores europeus, na medida em que se reconhece como inegável o protagonismo da União Europeia no campo da convergência regulatória em nível de Direito decorrente do fenômeno globalizatório.

Para esse desiderato, o presente subtítulo parte do paradigma bibliográfico de Sabino Cassese, no âmbito da Escola de Viterbo[110], na Itália[111], oriunda da colaboração acadêmica entre as Universidades Tuscia de Viterbo e Roma Sapienza e do trabalho realizado pelo *Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione* – IRPA[112].

---

[109] MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana (Ed.). **Recognition of Foreign Administrative Acts.** Springer, 2016.

[110] Trata-se da cidade italiana que sedia a Universidade de Tuscia de Viterbo, onde foram realizados, entre 2005 e 2024, seminários sobre o Direito Administrativo Global, denominados de Viterbo GAL Seminars. Os temas dos seminários incluíram “Direito Administrativo Global e Governança Global” em 2005, “Responsabilidade no Contexto Global” em 2006, “Participação de Atores Privados no Direito Administrativo Global” em 2007, “Direito Administrativo Global: Da fragmentação para Unidade?” em 2008, “Legalidade em Análise e o Espaço Administrativo Global” em 2009, “A crise financeira e a governança global regulatória” em 2010, “Regulação Privada e Público-Privada: Dimensões Administrativas Globais” em 2011, “Indicadores como a Tecnologia de Governança Global” em 2012, “Relações Interinstitucionais em Direito e Governança Global” em 2013 e “Direito e Governança Global do Desenvolvimento” em 2014. Disponível em: <irpa.eu>. Acesso em 14 jan. 2024.

[111] A razão para o desenvolvimento dos estudos do Direito Administrativo Global na Itália e em outros países europeus estaria no fato de que se trata da sequência dos estudos do Direito da União Europeia, com o objetivo de integrar esse último ao contexto mundializado, com o desiderato de compreender o que existe para além do Estado. CASSESE, Sabino. What is Global administrative law and why study it. Global administrative law: An Italian perspective. **RSCAS Policy Paper**, v. 4, p. 1-10, 2012. p. 1.

[112] O Instituto de Pesquisa em Administração Pública foi fundado em 2004 por Sabino Cassese e seus alunos. Está sediado em Roma e realiza atividades de investigação e formação sem fins lucrativos no domínio da administração pública: “O IRPA promove a investigação e a formação no setor público, tradicionalmente centrado nas questões de âmbito estatal. No entanto, a dimensão europeia e internacional que hoje caracteriza a atuação das administrações exige uma perspectiva de estudo mais ampla. O IRPA examina, portanto, as instituições, reconstruindo tanto a sua organização e funcionamento, como as suas relações com os cidadãos, as empresas e outras organizações públicas e privadas. É dada especial atenção aos perfis comparativos, internacionais e multidisciplinares, não só jurídicos, mas também referentes a outras ciências sociais.” Disponível em: <irpa.eu/chi-siamo/>. Acesso em 14 jan. 2024.

Sabino Cassese constatou que a partir da década de 1990 em razão da difusão acelerada de tecnologias, desenvolveram-se maior interdependência entre países, internacionalização da produção e surgimento de outros atores na cena mundial, o que daria ensejo ao aparecimento de um espaço jurídico global com suas próprias peculiaridades e desafios[113].

Preocupou-se, assim, com o enfrentamento de duas questões principais. A primeira através da identificação da produção espontânea das mudanças que dão origem a um espaço jurídico global. E a segunda, a depender da resposta positiva da primeira questão, no sentido de perceber se essas mudanças sobreviveriam sem o suporte de um ordenamento jurídico supraestatal. Questionou-se, assim, a respeito da condição de existência de um sistema, ainda que rudimentar, sem a presença de uma autoridade superior, de uma base política ou de uma forma de regulação suficientemente capazes de manutenção da união mundial[114].

A partir daí, no Capítulo 3 da obra *Oltre lo Stato*[115], Cassese se dedica especificamente ao Direito Administrativo Global, buscando responder, em um primeiro momento, como é ordenado e como funciona. Isto é, se se estrutura nas formas típicas do direito internacional, através das negociações, ou se nas formas típicas do direito administrativo, ou seja, através de comando e controle. E, em um segundo momento, no que estaria baseado o Direito Administrativo Global. Com efeito, os direitos administrativos nacionais são apoiados por um quadro constitucional que ultrapassa os Estados, fazendo com que se reconheça a possibilidade de uma administração do mundo sem um governo do mundo[116].

Dentre as suas conclusões, pode-se destacar o fato de que o sistema regulatório global é muito difuso. Uma rápida análise já permite identificar a quantidade de reguladores nos mais variados setores. O comércio, as finanças, o ambiente, a pesca, a exploração dos recursos marinhos, a navegação marítima e aérea, a agricultura, a alimentação, os correios, as telecomunicações, a propriedade

---

[113] CASSESE, Sabino. **Lo Spazio giuridico globale.** Roma: Laterza, 2003.

[114] CASSESE, Sabino. **Lo Spazio giuridico globale.** Roma: Laterza, 2003.

[115] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006.

[116] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 43-44.

intelectual, entre outros, são todos temas afetos à regulação global[117]. Isto é, para além do controle estatal, muitos bens e funções são regulamentados globalmente, podendo-se afirmar que "não existe campo da ação humana em que não esteja presente alguma forma de disciplina ultraestatal ou global"[118].

Do ponto de vista dos sujeitos do Direito Administrativo Global, Battini[119] defende que seria um possuidor de "duas almas" em razão da dupla função que exerce. De um lado o Direto Administrativo Global imposto aos Estados, preocupado com a proteção dos privados que são afetados pela regulação produzida por outros Estados. De outro, a aplicação do Direito Administrativo Global aos poderes públicos globais, a fim de fornecer proteção aos particulares da regulação global. Em ambos os casos, a intenção é a de encontrar um caminho de proteção que supra a insuficiência dos direitos administrativos domésticos frente à regulação administrativa realizada por autoridades transnacionais.

No que se refere ao desenvolvimento do Direito Administrativo Global, Cassese[120] aponta que enquanto os Estados se desenvolveram a partir e em torno de um centro, o DAG e suas instituições desenvolvem-se através de mútuas conexões de pontos periféricos, em termos federativos ou associativos:

A forma mais simples e comum é a união dos Estados para estabelecer um órgão ultraestatal, como, por exemplo, a ONU. As organizações internacionais nascem de acordos entre os Estados, mas promovem outros acordos: por exemplo, a Organização Marítima Internacional promoveu acordos relativos à segurança, à proteção do ambiente marinho e ao transporte de materiais nucleares por mar.

Além dos Estados, no entanto, órgãos ou entidades subestatais também podem se unir para estabelecer organismos internacionais[121].

---

[117] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 44.

[118] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 44.

[119] BATTINI, Stefano. Le due anime del diritto amministrativo globale. In BATTINI, Stefano et al (Org.). **Il diritto amministrativo altro confinni.** Milano: Giufrè, 2008, p. 1-22.

[120] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 46.

[121] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 46.

E haveria, ainda, uma terceira espécie de organizações globais. Aquelas que não são compostas por estados, nem pelo nível subestatal inferior, mas por outras organizações globais isoladamente ou em conjunto, como por exemplo o Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial[122-123].

Considerando essas três formas de desenvolvimento do Direito Administrativo Global: i) centralização de tarefas em organismos superiores operados pelos Estados; ii) desejo de órgãos subestatais de mútua conexão e, iii) desenvolvimento de formas de colaboração de organizações internacionais a nível global, seria possível pensar que a estruturação do sistema dar-se-ia sempre do mesmo modo. Ocorre, na verdade, que as funções variam, justamente porque não há divisão de poderes e as linhas de diferenciação entre participantes públicos e participantes privados são incertas[124].

Identifica-se, assim, um sistema de regimes separados que se conectam por pedaços, construindo uma rede multifacetada, e nunca um todo unitário. Dotado de algumas principais características, tais como a progressividade, a cooperatividade, a ausência de centralidade e hierarquia[125].

Não se pode negar, entretanto, uma continuidade entre as ordens administrativas internas e o ordenamento administrativo global, já que não se poderia reconhecer uma linha divisória clara entre o global e o nacional, perpetrando-se, nas palavras de Cassese, em uma verdadeira zona cinzenta[126]. Especialmente quando se consideram as relações entre cidadãos nacionais pertencentes a uma nação e as administrações globais.

---

[122] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 47.

[123] O fato do Centro Internacional para resolução de disputas sobre investimento do Banco Mundial também ter atribuição de decidir sobre conflitos relativos ao Acordo de Livre Comércio da América do Norte, ao Tratado da Carta de Energia, ao Acordo de Livre Comércio de Cartagena e ao Protocolo de Investimento de Colônia, do Mercosul reforça a ligação entre diferentes regimes globais na medida em que se verifica esse empréstimo de instituições. CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 48.

[124] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 49.

[125] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 48.

[126] No original, a expressão utilizada é *area grigia*. CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 55.

A inserção do Direito Administrativo Global na teoria do direito é um dos maiores desafios encontrados pelos autores, na medida em que a maior parte dos juristas compreende que o DAG não se constitui propriamente em Direito. Cassese, no entanto, demonstra-se como um otimista em relação a existência do Direito Administrativo Global[127]. No âmbito da União Europeia, o texto da Carta de Direitos Fundamentais alçou o direito a uma boa administração a condição de direito fundamental. Com efeito, o artigo 41 garante a imparcialidade na forma de tratamento dos interesses das pessoas, respeitando-se a equidade e um prazo razoável para decisão pela Administração. O contraditório, a transparência, a informação, o direito de petição e os direitos relativos à cidadania são igualmente incluídos no documento, considerando-se, portanto, um importante instrumento de reconhecimento do direito administrativo em âmbito global[128].

O fato a ser ressaltado a título de conclusão do subtítulo reside na importância da análise empírica, tendo a experiência prática um papel predominante na construção das linhas teóricas do Direito Administrativo Global, nomeadamente a partir da sistematização das categorias jurídicas encontradas na experiência global e na ênfase questões procedimentais, do que se pode confirmar a partir da ampla utilização de exemplos e casos concretos nos escritos de Cassese[129].

1.2.2 As Autoridades Públicas Transnacionais sob a égide da Escola de Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional

O Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional está sediado em Heidelberg, na Alemanha, e mantém suas investigações em relação a temas como Direito Internacional Público, Direito da União Europeia, Direito Administrativo Comparado e, para o objeto deste subcapítulo, nas Autoridades Públicas Internacionais enquanto cerne de inspiração ao Direito Administrativo Global.

---

[127] CASSESE, Sabino. What is Global administrative law and why study it. Global administrative law: An Italian perspective. **RSCAS Policy Paper**, v. 4, p. 1-10, 2012. p. 7.

[128] RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho Administartivo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública. In BACELLAR FILHO, Romeu Feilpe; GABARDO, Emerson; hachem, Danuel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo:** novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 345-381.

[129] CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006, p. 39-67.

O diretor do Instituto e um dos seus principais expoentes é o professor de Direito Público da Universidade de Frankfurt/Main, Armin Von Bogdandy, que dedica suas pesquisas nas características gerais do direito público, com foco em suas mudanças estruturais, sejam elas teóricas, doutrinárias ou práticas[130].

A Escola de Max Plack propõe uma série de questões que entende ainda não bem definidas em relação ao Direito Administrativo Global e, por isso, coloca o conceito de Autoridade Pública Internacional no centro das atenções, determinando o foco em requisitos específicos dos instrumentos típicos de Direito Administrativo.

Bogdandy defende a inexistência de uma metodologia absoluta para o desenvolvimento de padrões administrativos globais, dando ênfase ao direito administrativo doméstico para estimulação desses padrões. Explica que o direito das instituições públicas internacionais deve ser conduzido pelo estudo das instituições públicas domésticas, e defende que mesmo na era da globalização, o Direito Público como um todo, para ter impacto na sociedade, precisa das burocracias e do direito administrativo dos estados[131].

Questiona-se, assim, qual seria a base jurídica a que pertence o Direito Administrativo Global, já que o primeiro passo para sua abordagem partiria desse enquadramento. Sugestiona se seriam os princípios administrativos, ou haveria um estatuto próprio, acima do direito positivo. Nessa senda, afirma-se que a noção de DAG reclama uma fusão entre o direito administrativo interno e o direito administrativo internacional, mas acaba dando pouca consideração ao fato de a validade e os efeitos jurídicos desses dois distintos ramos seguirem regras bastante distintas[132].

Nesse sentido, a Escola de Max Planck em certa medida se contrapõe ou, pelo menos, restringe os postulados de Direito Administrativo Global da Escola italiana. Com efeito, concebe-se a abordagem do DAG como global demais, a ponto

---

[130] Disponível em: <https://www.mpil.de/en/pub/institute/personnel/institute-management/directors/bogdandy.cfm#about>. Acesso em 14 jan. 2024.

[131] BOGDANDY, Armin Von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the publicness of public international law: towards a legal framework for global governance activities. In **The Exercise of Public Authority by International Institutions.** Heidelberg: Springer, 2010, p. 24.

[132] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 137.

de apagar ou pelo menos borrar as distinções essenciais à construção, avaliação e aplicação de normas relativas à autoridade pública[133].

Tanto é assim que existem posições[134] que desacreditam na potencialidade de um campo teórico como Direito Administrativo Global em razão de uma suposta superação da estatalidade. Posicionar-se-ia o Estado, nesse sentido, como protagonista do cenário internacional, reconhecendo-se que as duas principais formas de estruturação legal das relações administrativas transnacionais permanecem sendo a lei e os tratados internacionais. Alertando-se, nesse sentido, inclusive, para o fato de que as cooperações desenvolvidas sem tratado base precisa ser conformada pelos Estados justamente sob a forma de tratados quando alcançam a esfera nacional[135].

Outra questão específica em relação ao Direito Administrativo Global reside no fato de que ele depende do conceito de administração que, enquanto conceito, carece de precisão. Nesse aspecto, o que se entende por administração é extremamente amplo e apto a incluir a atividade dos tribunais e tribunais internacionais[136]. A sua rede é muito ampla e alarga o seu âmbito a toda sorte de atividades e possibilidades de intervenção em vários níveis, aplicando as suas normas não apenas em relação as entidades que se qualificam como organizações internacionais, mas àquelas que abrangem a divisão público-privado, bem como no

---

[133] BOGDANDY, Armin Von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the publicness of public international law: towards a legal framework for global governance activities. In **The Exercise of Public Authority by International Institutions.** Heidelberg: Springer, 2010, p. 24.

[134] Trata-se do pensamento de Schmidt-Aßmann que, muito embora não faça parte do Instituto de Max Planck, possui reconhecimento internacional no seio do Direito Administrativo, destacando-se, no contexto da transnacionalidade, pela ideia de “estatalidade aberta”, ou seja, no pensamento de que a internacionalização deve ser considerada, mesmo com riscos e desafios, com naturalidade pelos Estados, e não através de um desenvolvimento que invade e retira o domínio estatal. SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. The internationalization of administrative relations as a challenge for administrative law scholarship. In **The Exercise of Public Authority by International Institutions.** Heidelberg: Springer, 2010. p. 951.

[135] SCHMIDT-AßMANN, Eberhard. The internationalization of administrative relations as a challenge for administrative law scholarship. In **The Exercise of Public Authority by International Institutions.** Heidelberg: Springer, 2010. p. 950-951.

[136] BADIN, Michelle Ratton Sanchez; STEWART, Richard B. The World Trade Organization: Multiple dimensions of Global Administrative Law. NYU School of Law. **Public Law Research Paper**, Nova Iorque, n. 09-71, p. 1-31, 2009.

que tange as instituições híbridas ou mesmo em relação aos organismos transnacionais privados[137].

São basicamente por essas razões aliadas ao mencionado fato de o Direito Administrativo Global se utilizar do conceito de Autoridade Pública, que os autores da Escola de Max Planck e, especialmente, Armin Von Bogdandy coloca o conceito de Autoridade Pública em evidência, acreditando que sua elaboração auxilia no avanço do próprio DAG.

A Autoridade Pública Internacional se situa enquanto objeto do Direito Internacional Público. Pode-se dizer que o esboço comparativo desse direito internacional produz cinco elementos chave.

O primeiro diz respeito a inspiração e dependência do direito público internacional em relação ao direito público interno. Muito embora aquele não se funda com esse, esta abordagem serve para atender à autonomia e a interdependência das ordens jurídicas internacionais e nacionais, o que não significa, todavia, reconhecer que se esteja diante de uma lei global ou transnacional[138].

O segundo reside no fato de que há um papel específico para as instituições públicas internacionais, consistente na promoção dos interesses comuns por meio do exercício de autoridade, regulando, por exemplo, as atividades de grandes conglomerados multinacionais. E, embora se esteja diante de uma sociedade mundializada complexa e pluralista, não é impossível que se formulem interesses comuns[139] a fim de que seja aperfeiçoado o processo de tomada de decisões em relação aos assuntos de governança global. Bogdandy entende assim que os fenômenos atrelados à governança global lançaram novos desafios em sede de cooperação internacional, mas que tais expedientes não foram capazes de realizar a

---

[137] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 136.

[138] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 136.

[139] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 137.

identificação do aparato jurídico ao qual estão vinculados, de modo a se tornar impossível delinear quais seriam os limites de sua autoridade[140].

O terceiro trata da centralidade do conceito de Autoridade Pública Internacional, alargada através da abordagem do direito público que, por sua vez, aumenta o alcance para além dos instrumentos jurídicos vinculativos, mas sob a orientação de um conceito definido. O exercício de autoridade pública internacional, assim, qualifica a realização dos seus atos a partir de uma lei aplicável, que deverá ser reconstruída como Direito Internacional Público. Excluem-se, assim, fenômenos que vão além da compreensão baseada na fonte do direito internacional[141].

O quarto elemento chave está relacionado com o ideal de liberdade, enquanto principal razão subjacente à abordagem do direito público, tanto na sua dimensão política – que confere às pessoas o direito de exercício coletivo de poder público, como quanto na sua dimensão individual, pois refletida nos direitos humanos. A liberdade fornece, além disso, orientação para reconstrução do quadro de direito público, já que o direito internacional público se concentra nos impactos sobre a liberdade que surgem através da tomada de decisões[142].

E o quinto e último elemento chave da Autoridade Pública enquanto objeto do Direito Internacional Público está intimamente ligado à ideia de liberdade. Embora se considerem importantes as orientações teóricas, a orientação prática é o objetivo principal, embora não exclusivo, dos estudos jurídicos. Visa-se, assim, não apenas uma melhor compreensão das operações jurídicas, mas também se busca a possibilidade de contribuição a essas operações[143].

---

[140] BOGDANDY, Armin von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. In BOGDANDY, Armin Von et al. **The Exercise of Public Authority by International Institutions**: Advancing International Institutional Law. Heildelberg: Springer, 2009, p. 4.

[141] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 137.

[142] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 138.

[143] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 138.

Avança-se para o aprofundamento do conceito de Autoridade Pública Internacional, com a função de auxiliar na identificação de atos de instituições internacionais que devem ser reconstruídos do ponto de vista jurídico de acordo com o paradigma do Direito Público, já que promovem interesses públicos que podem impactar na liberdade de outros. Isso permite uma reconstrução jurídica inédita e muito mais ampla das complexas relações sociais transnacionais. Assim, a formação do conceito completo de Autoridade Pública Internacional perpassa pelos três elementos que constituem a sua nomenclatura.

No que diz respeito ao caráter internacional, a partir do momento em que o ato se constitui enquanto exercício de uma Autoridade Pública Internacional, em contraste com autoridades nacionais ou supranacionais, a sua classificação dependerá do dispositivo que se invoca como base jurídica. Significa dizer que se a disposição pertencer ao direito internacional público, então o exercício de autoridade é internacional.

Para formulação dessa concepção é importante que se determine o que pertence ao domínio do Direito Internacional Público, afinal. Para além das fontes estabelecidas em tratados, costumes e princípios gerais, haverá bases em instrumentos jurídicos não vinculativos, como por exemplo a *soft law* criada por Estados ou instituições internacionais, já que no contexto da governança global, elas desempenham um papel equivalente, do ponto de vista funcional, aos cânones da *hard law*[144].

Já no que tange ao caráter público, trata-se de um desafio compreender com exatidão o que torna pública a autoridade internacional, especialmente à luz das complexidades provenientes da governança global e da linha tênue de distinção das relações público-privadas. Não se pode negar que instituições como Banco Mundial ou ONU operam sob um regime jurídico diferente de empresas transnacionais, como *Blackwater* ou *J. P. Morgan*, e daí se extrai a ideia de que o direito privado permite que os intervenientes atuem exclusivamente na persecução do seu interesse próprio, enquanto o direito público exige um padrão elevado, em busca de bens e interesses

[144] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 140.

comuns. Assim, o propósito conceitual considera um ato público quando a norma habilitadora da sua realização busca o bem público. Será o exercício da autoridade um exercício público quando o seu autor alegar que a base jurídica do ato que pretende praticar o obriga a promover um interesse público[145-146]. Em suma, o caráter público da autoridade será estabelecido por meio da referência à base jurídica que o ato invoca implícita ou explicitamente. Significará que se existir atribuição a uma instituição internacional do poder de definir e perseguir um interesse comum, qualquer autoridade que poder exercer essa atribuição deverá ser qualificada como pública.

E a última parte da formulação do conceito diz respeito a questão da autoridade. Tradicionalmente, a ideia de autoridade está relacionada ao poder estatal, a soberania e a meios legítimos de coerção. Ocorre que, contemporaneamente, a percepção é a de que as instituições internacionais estão cada vez mais politizadas, razão pela qual têm um forte impacto nas vidas das pessoas. Nesse sentido, é decisivo que se promova uma ampliação do conceito de autoridade para defini-la como "os atos baseados no direito internacional que impactam a liberdades de outros atores. [...] O impacto pode afetar os seres humanos individualmente, mas também –

---

[145] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 144.

[146] A respeito da reinvindicação para agir no interesse público, Bogdandy explica que: "O primeiro passo interpretativo consiste em determinar a norma que o ator invoca explícita ou implicitamente como base jurídica, a que se segue uma interpretação dessa norma para determinar se ela exige a prossecução de um interesse comum. Outras condições de legalidade que o ato deve reunir não são relevantes para efeitos da sua qualificação como pública. [...] outra função importante: distinguir o interesse público das atividades de grupos de interesse público. Embora tais grupos afirmem agir para promover o interesse público, carecem de um mandato específico. Na verdade, muitos grupos de interesse público, como o Greenpeace ou a Transparência Internacional, desempenham um papel importante e contribuem para o interesse público. No entanto, eles não são obrigados a fazê-lo por aqueles cujos interesses afirmam promover. Esses grupos de interesse público podem ser mandatados pelos seus membros, mas afirmam promover interesses de indivíduos que vão além da sua filiação. As organizações internacionais, pelo contrário, têm o direito de promover políticas no interesse comum. O direito internacional e o direito interno fazem uma clara diferença a este respeito. É claro que alguns poderão considerar as organizações internacionais como sendo tão egoístas como as empresas privadas e demonstrando menos espírito público do que algumas ONG. No entanto, do ponto de vista jurídico, a diferença no mandato para prosseguir o interesse comum é demasiado óbvia." BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 144-145

como é normalmente o caso das autoridades públicas internacionais – coletivamente, ou seja, quando um ato se dirige a entidades como Estados”[147].

Com isso é possível realizar o questionamento a respeito do que seria necessário para afetação da liberdade. Classicamente a autoridade das instituições públicas está baseada na sua competência para usar a coerção física e obrigar pessoas e entidades a agir de acordo com sua ordem. Há, todavia, três mecanismos que Bogdandy identifica como “mais suaves” segundo as quais as instituições internacionais podem afetar a liberdade.

O primeiro diz respeito aos mecanismos de *compliance* e integridade, através da concessão de benefícios financeiros[148] e aplicação de sanções. Tais obrigações ferem e impactam a liberdade, pois os benefícios podem ter o mesmo impacto que as sanções, especialmente do ponto de vista reputacional. Atualmente, o não cumprimento de uma decisão emanada por uma instituição internacional acarreta custos reputacionais que podem ser relevantes mesmo para intervenientes de peso[149], já que muitas instituições internacionais utilizam os benefícios como um mecanismo eficaz de imposição de suas políticas aos Estados. Com efeito, quem viola instrumentos não vinculativos ou não legais como esses pode sofrer sanções indiretas. É exemplo a listra negra criada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional - GAFI que contempla os Estados que não cooperam em matéria de lavagem de dinheiro.

O segundo se trata das hipóteses em que a autoridade dos atos internacionais pode moldar os termos dos discursos internacionais. Note-se a função dos precedentes: as decisões judiciais internacionais não vinculam ninguém além das partes na disputa, mas são capazes de desencadear encargos argumentativos a serem impostos às partes através da dinâmica do discurso jurídico e da expectativa

---

[147] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 144-145.

[148] No contexto, por exemplo, da adjudicação de investimentos, uma indenização por danos do Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos – ICSID ascendeu a aproximadamente 2,3 bilhões de dólares. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, **ICSID** Case No. ARB/06/11.

[149] HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. **The Yale Law Journal**, 107, 1997, 273-391.

normativa de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma forma. O exemplo utilizado por Bogdandy se trata da hipótese em que uma parte que procure reparação no contexto da Organização Mundial do Comércio - OMC sobre a proteção da vida selvagem. Os argumentos precisarão ser baseados no relatório do Órgão de Recurso. Assim, as decisões impostas às partes e aos órgãos adjudicantes ocorrem através da dinâmica do discurso jurídico e da expectativa normativa de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma forma[150].

E o terceiro reside na capacidade dos atos das instituições internacionais influenciar conhecimentos e percepções. A governança por meio da informação se tornou importante a nível global[151]. A nível transnacional, a governança global, através do uso da informação, tem um impacto em determinados campos políticos, criando pressões ou moldando o quadro cognitivo dos decisores políticos através da junção, processamento e disseminação da informação. Um exemplo é o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes - PISA da OCDE, que apresenta dados comparativos sobre o desempenho das políticas escolares através da publicação de detalhados relatórios a cada três anos, contando inclusive com uma lista de classificação[152]:

> O seu impacto na elaboração de políticas assenta tanto na evolução a longo prazo, como a mudança de atitudes e as reformas educativas, como na utilização imediata dos dados do inquérito, por exemplo, a atribuição de financiamento. Um indicador aproximado do impacto é a cobertura da imprensa após a divulgação de um novo relatório PISA. Um indicador que é provavelmente mais fiável e, portanto, mais capaz de responder à questão de saber se se trata de um ato de autoridade pública internacional, é olhar para os projetos de reforma governamental que podem ser identificados como

[150] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 147.

[151] Nesse aspecto, Foucault enfatiza que a lei vinculativa é apenas uma forma de governar pessoas. A partir do momento em que os Estados buscaram governar a economia e a vida social, desenvolveram-se uma multiplicidade de instrumentos adicionais para disciplinar as pessoas, orientá-las e enquadrar as suas mentalidades. FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do Sujeito.** Curso dado no Collège de France (1981-1982). Edição estabelecida por Frédéric Gros sob a direção de François Exald e Alessandro Fontana. Tradução de Marcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 241-242.

[152] BOGDANDY, Armin Von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017, p. 148.

> consequências diretas ou indiretas do PISA, e examinar até que ponto em que diferem, se é que o fazem, das políticas educativas anteriores. Para o PISA, uma riqueza de argumentos justifica considerar a publicação de rankings como um exercício de autoridade pública [...].

Assim, a abordagem da Autoridade Pública Internacional, que para os efeitos da presente tese pode ser compreendida como transnacional, é baseada essencialmente a partir da formulação de uma conceituação detalhada. Leva-se em conta as definições do que é considerado “internacional”, a partir de critérios de Direito Público; do alcance da expressão “público” e dos limites cinzentos das relações público-privadas em tempos de governança global; e considera-se, ainda, o alcance do termo “autoridade”, nomeadamente para identificar os mecanismos suaves de afetação da liberdade para além da clássica coerção física proveniente das instituições públicas.

Essas considerações, em sede de conclusão do presente subtítulo, servirão de fonte de inspiração para identificação e classificação da OCDE enquanto Autoridade Pública Transnacional, através da existência de um Direito Administrativo Global, verificando a capacidade que a Convenção contra a Corrupção terá para determinar ou influenciar Estados nacionais, modificando valores e concepções jurídicas, temas que serão abordados no subcapítulo 1.4.

1.3 ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O atual estágio do combate à corrupção, especificamente através de mecanismos transnacionais interligados ao Direito Global, é capaz de estabelecer novos padrões de obediência, modificando a forma de funcionamento das instituições constitucionais por pressões nacionais e transnacionais de entidades públicas e, igualmente, a partir da atuação de novos atores[153].

Para atingir esse objetivo diagnosticado nas linhas acima é que a tese, a partir do presente subtítulo, passará a discutir a emergência de novas autoridades de ação global nas pretensões da luta transnacional contra a corrupção.

---

[153] STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, global law and the transnacional corruption combat. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, Jan-Abr., 2018, p. 113-114.

Contemporaneamente é possível constatar que o tema da corrupção se trata do principal objetivo de uma série de atores globais, verificando-se uma verdadeira simbiose entre as esferas públicas com os espaços privados, interna e/ou externamente aos limites territoriais dos estados[154].

Essas novas autoridades são representadas por instituições globais, transnacionais e supranacionais que são diferentes das instituições internacionais, especialmente porque sua atuação representa a interação social nas áreas jurídicas dos países, não se restringindo ao centralismo estatal[155].

Defende-se, pois, a possibilidade de compreender a Organização para Cooperação de Desenvolvimento dos Estados - OCDE como Autoridade Pública transnacional que, dentre outros temas, mantém protagonismo na luta contra corrupção transnacional, configurando-se como parte de uma verdadeira ordem jurídica transnacional.

Como já aventado, é contraproducente estudar ordenamentos jurídicos nacionais sem o devido cotejo com as dinâmicas estruturas do plano global. Daí advém a importância da compreensão da luta contra a corrupção não apenas a partir da perspectiva das autoridades públicas transnacionais, tais como a OCDE, mas especialmente através da compreensão de que a sua produção normativa – e nesse caso a Convenção contra corrupção, manifestam-se dentro de verdadeiras ordens jurídicas transnacionais.

Ganhará espaço no presente subtítulo, por isso, a análise das ordens jurídicas transnacionais de combate à corrupção, a fim de determinar a sua capacidade de vinculação normativa nos Estados nacionais.

Na medida em temas regulados nacionalmente, tais como as migrações, a segurança alimentar e as relações comerciais passaram a assumir um caráter transnacional, ganharam evidência, também como verdadeiras interfaces do Direito

---

[154] STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, global law and the transnacional corruption combat. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 121.

[155] BOGDANDY, Armin Von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 12, n. 4, out. 2014. p. 990.

Global, as ordens jurídicas transnacionais, pois servem ao estudo aprofundado das interações entre os ordenamentos locais, regionais e globais[156].

1.3.1 Direito transnacional e o surgimento de novas ordens jurídicas

Experimentamos uma era de transnacionalismo que resulta da intensificação da interação econômica e cultural, bem como da proliferação de acordos internacionais, regionais e bilaterais. Redes reguladoras e instituições fomentam e promovem mudanças jurídicas e institucionais, fazendo com que as normas jurídicas a respeito de quase todos os temas do direito circulem pelo mundo todo[157].

Esse fluxo normativo pode ser transmitido pelos atores jurídicos de forma instrumental ou reflexiva. Por vezes serão codificados em tratados internacionais, vinculativos ou não. Em outras oportunidades serão propagados por meio de processos informais que envolvem redes burocráticas de funcionários públicos, redes transnacionais de intervenientes privados, como representantes empresariais, ativistas e profissionais não governamentais, ou mesmo combinações híbridas[158].

O direito transnacional é concebido através de um fenômeno caracterizado por ordens jurídicas capazes de ultrapassar o Estado-nação, emanando de órgãos internacionais, inclusive sem a participação estatal, mas que têm força de impacto e influência em cenários jurídicos internos[159].

Nesse ponto, as ordens transnacionais, para serem jurídicas, devem pressupor uma definição de Direito distinta daqueles que fazem parte do Direito

---

[156] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015, p. 7.

[157] SCHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constrainnt. **International Law and Justice Working Papers.** Nova York: New York University School of Law, 2010, p. 1. Disponível em: <https://www.iilj.org/publications/transnational-legal-process-and-state-change-opportunities-and-constraints/>. Acesso em 18 jan. 2024.

[158] SCHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constrainnt. **International Law and Justice Working Papers.** Nova York: New York University School of Law, 2010, p. 1. Disponível em: <https://www.iilj.org/publications/transnational-legal-process-and-state-change-opportunities-and-constraints/>. Acesso em 18 jan. 2024.

[159] SCHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constrainnt. **International Law and Justice Working Papers.** Nova York: New York University School of Law, 2010, p. 9. Disponível em: <https://www.iilj.org/publications/transnational-legal-process-and-state-change-opportunities-and-constraints/>. Acesso em 18 jan. 2024.

Internacional Público, compreendendo uma definição mais inclusiva, que possa abarcar diferentes conjuntos de normas e regras[160], alinhando-se a proposta do Direito Global.

Schaffer[161] conceita as ordens jurídicas transnacionais como um conjunto de normas jurídicas transnacionais e instituições associadas dentro de um determinado domínio funcional. Elas podem incluir normas e instituições globais, multilareais, regionais e bilaterais, abrangendo organizações internacionais e supranacioais tradicionais, redes reguladoras transgovernamentais e as atividades de atores transnacionais empresariais e da sociedade civil, trabalhando ou não por meio de instituições formais.

O trabalho das ordens jurídicas transnacionais pode dar origem a tratados, normas não vinculativas, códigos modelo, monitorização instituicional e diferentes formas de resolução de conflitos. Estes instrumentos incluem uma miscelânea de *hard* e *soft law*, diversificando-se em termos de precisão, natureza obrigatória e institucionalização na resolução de litígios. A depender da coerência, aceite e precisão das normas jurídicas transnacionais, as ordens jurídicas transnacionais podem compor diferentes características, pois onde essa incidência de coerência, aceite e precisão é maior, elas são mais salientes e podem ser compreendidas em termos sistemáticos. Já onde essas características de coerência, aceite e precisão são menores, a ordem jurídica transnacional é mais contingente e demonstra fragilidades que a tornam menos suscetível de ser eficaz na produção de modificações jurídicas e institucionais[162].

---

[160] São exemplos desses regimes, enquanto expressão da fragmentação do direito global, os direitos do meio ambiente, a *lex mercatória*, a *lex consstructionis*, a *lex digialis*. NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015. p. 104.

[161] SCHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constrainnt. **International Law and Justice Working Papers.** Nova York: New York University School of Law, 2010, p. 12. Disponível em: <https://www.iilj.org/publications/transnational-legal-process-and-state-change-opportunities-and-constraints/>. Acesso em 19 jan. 2024.

[162] SCHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constrainnt. **International Law and Justice Working Papers.** Nova York: New York University School of Law, 2010, p. 12. Disponível em: <https://www.iilj.org/publications/transnational-legal-process-and-state-change-opportunities-and-constraints/>. Acesso em 19 jan. 2024.

Na linha das concepções já trabalhadas no subtítulo anterior, a respeito do Direito Administrativo Global, pode-se considerar que as ordens jurídicas transnacionais possuem um conceito muito semelhante ao das ordens administrativas globais, utilizado no projeto de Direito Administrativo Global da Escola da *New York University*, nos termos postulados por Benedict Kingsbury, Nico Krish e Richard Stewart[163].

Tanto o Direito Administrativo Global como as ordens jurídicas transnacionais retratam ordens legais decorrentes de espaços que ultrapassam as noções de Estado-nação, que compreende não apenas as organizações internacionais, mas também organizações burocráticas, redes de funcionários públicos, redes híbridas público-privadas e de entidades puramente privadas, criando regras de *hardlaw* e *softlaw*[164].

Kingsbury, Kricsh e Stewart[165] explicam que o projeto de Direito Administrativo Global define ordens administrativas globais sob a perspectiva de cinco distintos pontos. O primeiro para incluir a administração por organizações internacionais formais. O segundo para incluir a administração baseada na ação coletiva por redes transnacionais de acordos cooperativos entre autoridades reguladoras nacionais. O terceiro para administração distribuída conduzida por reguladores nacionais sob tratados, redes ou outros regimes cooperativos. O quarto para o exercício da administração por acordos privados intergovernamentais híbridos. E o quinto para incluir administração por instituições privadas com funções reguladoras.

---

[163] KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law and contemporary problems**, v. 68, n. 3/4, Outono/2005. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>. Acesso em 23 jul. 2023.

[164] KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law and contemporary problems**, v. 68, n. 3/4, Outono/2005. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>. Acesso em 23 jul. 2023.

[165] KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law and contemporary problems**, v. 68, n. 3/4, Outono/2005. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>. Acesso em 23 jul. 2023.

A diferença dessas ordens administrativas globais para as ordens jurídicas transnacionais estaria no fato de que as últimas compreendem mais do que princípios de direito administrativo e regras processuais, incluindo áreas substantivas do direito que não são tradicionalmente tocadas por eles, como os julgamentos de direitos humanos. As ordens jurídicas transnacionais também não implicam necessariamente o alcance global, na medida em que em determinadas situações estarão mais propensas apresentar variações consideráveis[166].

Assim, se uma ordem jurídica nacional se refere a um sistema jurídico doméstico, que se alimenta dos preceitos de soberania e, se uma ordem jurídica global se refere a uma ordem jurídica que alcanca todas as nações e localidades do mundo, então as ordens jurídicas transnacionais possuem uma diversificação no seu âmbito geográfico, o que é impactado em termos de alcance a depender da natureza de acordos que as envolvem. Ou seja, as ordens jurídicas transnacionais possuem alcance variado a depender de acordos bilaterias e plurilaterais, códigos transnacionais privados, órgãos de governança regional e ordenamento regulatório global[167].

Muito embora não esteja limitado ao direito internacional público e ao direito internacional privado, o conceito de ordem jurídica transnacional, em certa medida, está abrangido por estes ramos do direito. É que tradicionalmente o direito internacional público se refere ao ordenamento jurídico que abrange, em grande parte, as relações entre os Estados-nação e o funcionamento de organizações internacionais criadas por estes Estados-nação. O direito internacional privado, por sua vez, aborda os conflitos entre jurisdições nacionais que afirmam autoridade sobre as atividades transnacionais de atores privados.

Nessa senda, as ordens jurídicas transnacionais abrangem ambas as concepções, mais vão além, concentrando-se em três elementos principais. O primeiro é que procuram produzir ordem em um domínio de atividade social ou em

---

[166] SCHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constrainnt. **International Law and Justice Working Papers.** Nova York: New York University School of Law, 2010, p. 12. Disponível em: <https://www.iilj.org/publications/transnational-legal-process-and-state-change-opportunities-and-constraints/>. Acesso em 19 jan. 2024.

[167] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015, p. 14.

uma área temática que pode ser interpretada como um “problema” de um tipo ou de outro. O segundo é que possuem forma jurídica, seja através de conexão com um organismo transnacional, ou seja dirigindo ou se envolvendo indiretamente com órgãos jurídicos nacionais. E o terceiro é que são transnacionais na medida em que ordenam relações sociais que transcendem o Estado-nação de uma forma ou de outra[168].

Para além desses elementos, acrescem-se ainda três os atributos que devem estar presentes para que uma ordem jurídica transnacional possa ser reconhecida como tal.[169] Nesse sentido, explicam Terence C. Halliday e Gregory Shaffer[170] que o primeiro dirá respeito ao fato de que as suas normas devem ser produzidas por organizações ou redes que transcendam os Estados-Nações. O segundo trata da ideia de que as ordens deverão influenciar as instituições jurídicas internas de diversos países na adoção, reconhecimento ou *enforcement* de suas normas. E o terceiro é do que as normas produzidas por esse tipo de ordem jurídica devem ser confeccionadas através de uma forma reconhecida de direito.

O fato é que a que regulação para além das fronteiras nacionais através de instituições globais ocorre de diferentes modos. Poderá ser oriunda de ordens jurídicas provenientes de organizações formalmente constituídas, tais como a Organização das Nações Unidas – ONU, Organização Mundial do Comércio – OMC e, para o propósito da tese, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Como pode, igualmente, advir de instituições informais constituídas por agências governamentais ou mesmo aquelas formadas por atores privados, com ou sem a participação dos governos[171].

---

[168] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015, 15.

[169] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015.

[170] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015, p. 11-16.

[171] Em relação às ordens advindas de instituições informais constituídas por agências do governo, assemelham-se com redes de cooperação, e servem de exemplos a International Organizatioin of Securities Commissions – IOSCO, e a International Organization of Supreme Audit Institutes – INTOSAI. No que tange as ordens formadas através de atores privados, menciona-se, exemplificativamente a Federação Internacional de Futebol – FIFA. VELHO, Rafael Rott de Campos.

As ordens jurídicas transnacionais podem ser compreendidas através de alguns exemplos mencionados por Terence C. Halliday e Gregory Schaffer[172], que tomam por base diversas instituições. Referem que a implementação efetiva dos tratados celebrados no contexto da Organização Mundial do Comércio – OMC passa pelo seu Órgão de Solução de Controvérsias – OSC, o qual é responsável pela tomada de decisões que podem influenciar na ordem jurídica doméstica de determinado Estado-nação. Seria essa, pois, uma ordem jurídica transnacional forjada no âmbito de uma organização internacional, impactando diretamente na regulamentação doméstica. A mesma situação se verifica através dos relatórios do Fundo Monetário Internaciona - FMl e do Banco Mundial, que têm influência nas políticas econômicas locais, bem como nos Termos de Comércio Internacional – INTERCOMS, estabelecido pela Câmara de Comércio de Paris.

Outros exemplos, à luz da inspiração fornecida pelo direito internacional privado, podem ser a existência de instituições como a Comissão da ONU para o Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL (*The United Nations Commission on International Trade Law*, sigla em inglês)[173], instituição de cariz público criada no âmbito das Nações Unidas. O Instituto Internacional para Unificação do Direito Internacional Privado – UNIDROIT (*Institut international pour l'unification du droit privé*, sigla em francês)[174].

A dinâmica do direito internacional privado é de fato um campo fértil para análise exemplificativa das ordens jurídicas transnacionais, pois se trata de um espaço apropriado para que se adotem normas padrões, na medida em que se volta ao

Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção: um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 11.

[172] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015, p. 17

[173] É o órgão jurídico central do sistema das Nações Unidas no domínio do direito comercial internacional, que busca a modernização e harmonização das regras sobre negócios internacionais. Disponível em <https://uncitral.un.org/en/about>. Acesso em 19 jan. 2024.

[174] Organização intergovernamental com o objetivo de estudar as necessidades e métodos de modernização, harmonização e coordenação do direito privado e, em particular, do direito comercial entre Estados e grupos de Estados e formular instrumentos, princípios e regras jurídicas uniformes para consecução desses objetivos. Disponível em: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview/>. Acesso em 19 jan. 2024.

apontamento da lei aplicável e do foro competente para casos que envolvam relações privadas em mais de um Estado[175].

O estabelecimento de uma norma padrão aplicável, quando se está diante de normas de conflito diferentes, dado o regramento próprio de cada Estado-nação, possibilita que cada país resolva a mesma situação de maneira distinta[176]. Dessa forma, no intuito de amenizar os conflitos de regras, passa-se a valer da criação de diversas normas padrões, muitas delas assumindo, posteriormente, o caráter de tratados, que visam regular as situações de modo uniforme em mais de um país, evitando-se um risco de insegurança jurídica em adotar soluções diferentes para o mesmo caso.

Destacam-se, assim, exemplos de tratados de direito internacional privado que confirmam a sua contribuição na temática de confirmação das ordens jurídicas transnacionais. No âmbito do continente americano, faz-se referência ao Código de Bustamente, ou Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, Cuba, ratificado pelo Brasil[177] e diversos outros países, e que se destina, através dos seus 427 artigos, a regular matérias de direito civil internacional, direito comercial internacional, direito penal internacional e, por último, direito processual internacional.

No âmbito europeu, já em 1992 o Tratado de Maastricht previa expressamente a competência da autoridade europeia para tomar medidas com o objetivo de aprimoramento da cooperação entre Estados em matérias relacionadas ao direito civil[178], criando normas reguladoras no âmbito das obrigações, família, sucessões, matrimônio e execuções.

Diversas outras normas de direito internacional privado oriundas de organismos internacionais possuem o objetivo de harmonizar situações que podem ser decididas por mais de uma jurisdição, alterando expressamente a ordem interna

---

[175] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 46.

[176] ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado.** Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 46.

[177] Internalizado pelo Brasil a partir do Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, o Código de Bustamante

[178] JAEGER JUNIOR, Augusto. **Europeização do Direito Internacional Privado.** Caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012, p. 66-70.

dos Estados[179]. Para além das acima mencionadas, consideradas pioneiras, podem ser mencionadas aquelas com utilização mais alargada.

Trata-se da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias[180], a Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores[181], a Convenção de Haia sobre Alimentos no Exterior[182] e a Convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras[183], as duas últimas provenientes da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado.

A questão, no entanto, que não se verifica em plenitude na relação entre o direito internacional privado e as ordens jurídicas transnacionais diz respeito a ausência ou, pelo menos, enfranquecimento do atributo relacionado a ideia de que as ordens devem influenciar as instituições jurídicas internas dos diversos países através da existência de mecanismos de *enforcement* de suas normas[184]. Em outras palavras,

---

[179] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 49.

[180] Foi elaborada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, sob os auspícios da UNCITRAL, encontrando-se em vigor desde janeiro de 1988. Confere agilidade ao comércio internacional e consolida a autonomia da vontade nos contratos comerciais. Foi internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014, e já foi ratificada por 97 países, segundo dados da UNCITRAL. Disponível em: < https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status>. Acesso em 20 jan. 2014.

[181] Internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. É oriunda da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado e tem como objetivo é proteger os menores dos potenciais efeitos prejudiciais decorrentes da alteração de domicílio ou retenção ilícita. Além do Brasil, outros 111 países são signatários da Convenção. Disponível em: < https://www.hcch.net/pt/states/hcch-members>. Acesso em 20 jan. 2024.

[182] Internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017. Tem por objetivo a facilitação de pedidos de pensão alimentícia entre os países signatários, viabilizando medidas de aceleração e efetividade dos pedidos de prestação internacional de alimentos. Além do Brasil, outros 48 países, segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança. Disponível em: < https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acordos-internacionais/convencao-da-haia-sobre-alimentos#:~:text=J%C3%A1%20s%C3%A3o%20parte%20da%20Conven%C3%A7%C3%A3o,e%20de%20British%20Columbia%20%2D%20a>. Acesso em 20 jan. 2024.

[183] Internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, a Convenção se trata de um dos principais instrumentos legais para arbitragem comercial internacional, tendo por objetivo proporcionar normas legislativas comuns para o reconhecimento de sentenças estrangeiras no foro doméstico dos países signatários. Conta com aproximadamente 170 países signatários. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/372005/os-novos-signatarios-da-cisg-e-da-convencao-de-nova-iorque>. Acesso em 20 jan. 2024.

[184] Trata-se do segundo atributo que deve estar presente para que uma ordem jurídica transnacional possa ser reconhecida como tal, na senda do que já foi exposto a partir do pensamento de Halliday e Shaffer. HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY,

o direito internacional privado não é dotado de mecanismos de monitoramento, aplicação e interpretação das normas transnacionais pelas jurisdições internas.

Existem, de todo modo, duas temáticas que verificam de forma bastante extensa essa fragilidade do direito internacional privado, superando-a na medida em que se caracterizam pela institucionalização da norma transnacional. Trata-se da temática do comércio internacional e da proteção aos direitos humanos.

Em ambas, é possível identificar, para além da institucionalização da norma transnacional, o fenômeno da recursividade[185], já que esse processo de interpretação interno da norma, aliado a sua interpretação pelos órgãos transnacionais, leva a um cenário propício para fertilização recíproca[186], o que se consubstancia através de uma constante mutação das normas extraídas dos textos positivados.

Nos temas relativos ao comércio internacional, a OMC possui um evoluído sistema de solução de controvérsias, que busca expressamente a uniformização da aplicação das normativas firmadas pelos países membros. Com efeito, o Órgão de Solução de Controvérsias – OSC possui a competência para deliberar sobre o julgamento de conflitos que envolvam a interpretação e aplicação das normas provenientes da OMC, buscando a sua aplicação uniforme[187]. Assim, quando determinado membro da organização compreende que alguma norma da OMC está sendo descumprida por outro Estado-nação, o OSC pode ser acionado através do seu Órgão de Apelações para que a vigência da norma seja reestabelecida. É evidente, todavia, que os países podem dar interpretações diversas ao conteúdo normativo, motivo pelo qual se salienta a importância desse órgão, que buscará

Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015.

185 A respeito da recursividade da ordem transnacional, tem por escopo demonstrar que o estudo de uma ordem jurídica dessa natureza deve se dar em variados níveis, passando pela sua formação, *enforcement*, aplicação e interpretação, devendo se analisar o modo como ela se modifica, seja transformando-se, expandindo-se ou retraindo-se no decorrer de sua evolução. HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015, p. 37-41.

186 DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné.** Paris: Seuil, 2006, p. 28

187 THORTENSEN, Vera. OLIVEIRA, Luciana Maria de. **O sistema de Solução de Controvérsias da OMC.** Uma primeira leitura. São Paulo: Aduaneiras, 2014, p. 58-59.

conferir previsibilidade e segurança jurídica na aplicação dos acordos comerciais firmados sob os auspícios normativos da OMC[188].

Já em relação a proteção dos direitos humanos, envidenciam-se sistemas de monitoramento bastante evoluídos a ponto de justificar-lhes como verdadeira ordem jurídica transnacional. A apuração coletiva de violações aos tratados internacionais sobre o tema está baseada em três predicados, quais sejam a verificação, que coleta dados e monitora o cumprimento dos tratados; a correção, que trabalha a partir da apuração de um caso concreto e aplica eventualmente sanções ao país que descumprir o acordado; e, a interpretação, que tem a função de realizar a uniformização da interpretração dos tratados de direitos humanos, propiciando coerência jurisprudencial em âmbito internacional[189].

A Organização das Nações Unidas desenvolveu, a partir dos cenários de pós-guerra da metade do século XX, mecanismos para proteção global dos direitos humanos que, com o tempo, assumiram maturidade para se constituírem enquanto instrumentos formalmente vinculantes. Nessa senda, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais foram os primeiros documentos que conferiram normatividade aos direitos individuais e coletivos, prevendo mecanismos de monitoramento e contando ainda com direito de peticionamento de indivíduos contra seus Estados[190].

Para além deles, Velho destaca diversos pactos que alcançam múltiplos setores de relevância à proteção dos direitos humanos, tais como:

> Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas

---

[188] OLIVEIRA, Luciana Maria de. **Eficácia do sistema de solução de controvérsias da OMC.** São Paulo: Aduaneiras, 2015, p. 43-53.

[189] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71-73.

[190] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 58.

> as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e a Convenção sobre Direitos das Crianças, Protocolo de Prevenção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrante e dos Membros de suas Famílias[191].

Grande parte das convenções mencionadas possui, através dos denominados protocolos facultativos, um sistema de monitoramento de sua aplicação, que precisa da concordância do Estado signatário para sua realização através das autoridades internacionais. Instaura-se, assim, uma rede global para apuração e repressão das violação aos direitos humanos, naquilo que Ramos[192] denomina de sistema convencional, justamente por estar fundamentado através de tratados formais.

O autor esclarece que esse sistema convencional é constituído de três distintos mecanismos: o não contencioso, baseado em técnicas clássicas de solução de conflitos na seara de direito internacional, como a conciliação; o quase judicial, que consiste na responsabilização do Estado por violações através de pedidos realizados por outros Estados ou por meio de manifestações de particulares; e, o sistema judicial ou contencioso, que incide quando um Estado é processado por violações perante a Corte Internacional de Justiça[193].

Há também o chamado sistema extraconvencional, que ocorre principalmente no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da ONU, órgão que realiza a denominada Revisão Periódica Universal – RPU, alicerçada no sistema do *peer rewiew*, que submete os Estados a relatórios para análise de seus pares a respeito do cumprimento as normas de direitos humanos em seus territórios. Esse

---

[191] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 58-59.

[192] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

[193] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

sistema se baseia no dever geral de cooperação dos Estados em matéria de direitos humanos, nos termos do que prevê a Carta da ONU[194].

Além dos mecanismos globais de proteção dos direitos humanos fomentados através da ONU, assumem protagonismo determinadas redes regionais de proteção, que contam com cortes aptas a conferir características mais jurisdicionais do que o sistema da ONU. São exemplos o Conselho da Europa, que contempla a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, concebida no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, e a Corte Africana de Direitos Humanos[195].

Conforme já mencionado nas primeiras linhas do subcapítulo, as ordens jurídicas transnacionais podem compreender as normas provenientes de instituições globais formalizadas, mas podem igualmente decorrer de atividades de atores transnacionais transgovernamentais, empresariais e da sociedade civil. Nesse sentido, o texto avança para abordagem das ordens jurídicas transnacionais que independem do formalismo dos mecanismos clássicos do direito internacional, público ou privado.

Essa hipótese contempla um cenário que se fragmenta através de duas distintas naturezas. Primeiro em relação às ordens jurídicas transnacionais que derivam de organismos, ou redes informais formadas por órgãos estatais que atuam no espaço global. Segundo em relação às ordens jurídicas transnacionais que derivam de organismos, ou redes informais, de caráter transnacional, formado por atores privados[196].

É exemplo de rede internacional que exerce influência nos ordenamentos internos mesmo desprovida de fundamento em tratados internacionais

---

[194] RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105-121.

[195] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 62.

[196] TEUBNER, Gunther. Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world Society. In LADEUR, Karl-Heniz. **Globalization and Public Governance.** Cambridge University Press, 2000, p. 74.

formais, a *International Competition Network* – ICN[197]. Pode-se mencionar ainda a *International Organization of Supreme Audit Institutions* – INTOSAI, que tem como objetivo a reunião das autoridades com responsabilidade para realização da auditoria externa das contas públicas de diversos países do mundo[198].

Em relação a redes completamente privadas como poder de influência direto nos ordenamentos dos Estados, sem a presença estatal na sua formulação, são exemplos as formulações adotas pelo *Walmart*, na condição de empresa privada transnacional, a respeito dos requisitos contratuais a serem incorporados por seus fornecedores[199]. Ainda, a Organização Internacional para Padronização – ISO e a Comissão Eletrotécnica Internacional – IEC, que produzem normas *standarts* para utilização nas mais diversas empresas do mundo[200].

Assim, o substítulo que ora se encerra demonstrou que as ordens jurídicas transnacionais se originam a partir de normas transnacionais, fruto do reconhecimento dos fundamentos do Direito Transnacional. Ao conceituar as ordens jurídicas transnacionais, analisaram-se os atributos e elementos aptos a identificar a sua existência, reconhecendo-se aquelas formais e vinculantes, fruto do direito internacional público e privado e finalizou-se com a análise da existência de ordens de natureza privada.

Fato que conclui parcialmente a sessão é o alinhamento à conclusão de que as ordens jurídicas transnacionais se fortalecem através dos sistemas que admitem a possibilidade de monitoramento da aplicação dos postulados normativos

---

[197] Trata-se de uma rede que reúne autoridades da área da concorrência de diversos países para manutenção de contatos regulares e abordagem de questões práticas em matéria de concorrência, permitindo diálogo dinâmico que serve para construção de consenso e convergência para princípios sólidos de política de concorrência em toda a comunidade antitruste global. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/>. Acesso em 21 jan. 2024.

[198] A Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, em tradução para o português, trata-se de entidade que auxilia as instituições superiores de cada país a enfrentar os desafios que se relacionam com a governança nacional e com a promoção de responsabilizações. Disponível em: <https://www.intosai.org/about-us/overview.html>. Acesso em 21 jan. 2024.

[199] BACKER, Larry Catá. Economic Globalization and the Rise of Efficiente Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator. **University of Connecticut Law Review.** Hartford: University of Connecticut Law School, v. 39, n. 4, 2007, p. 24.

[200] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015, p. 13.

internacionais no âmbito interno dos Estados, característica que confirma com maior efetividade a sua hipótese de existência.

1.3.2 Ordens jurídicas transnacionais no contexto do combate e repressão aos ilícitos corruptivos

Evidenciada a teoria das ordens jurídicas transnacionais para compreensão do panorama jurídico global contemporâneo, aprofunda-se a sua análise no contexto do combate e repressão à corrupção enquanto objeto delimitador do escopo da tese.

O objetivo do presente subtítulo, portanto, é o de identificar as principais normas transnacionais anticorrupção, demonstrando a hipótese de que se constituem enquanto ordens jurídicas transnacionais com capacidade de influenciar e impactar os cenários jurídicos domésticos dos Estados.

Podem ser mencionadas como os principais documentos a respeito do tema, por ordem cronológica, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção da OEA (1996); a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros da OCDE (1997); a Convenção relativa à Luta contra a corrupção de Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia (1997); o Convênio sobre a Luta contra o Suborno dos Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu (1999); o Convênio de Direito Civil sobre a Corrupção, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu (1999); a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ou Convenção de Palermo (2000); a Convenção da União Africana para Prevenir e Combater a Corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana (2003) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ou Convenção de Mérida (2003).

Por uma questão metodológica, entretanto, a análise abordará aquelas que possuem os sistemas mais evoluídos de monitoramento da sua implementação e, portanto, capazes de caracterizarem-se como verdadeiras ordens jurídicas transnacionais. Assim, a abordagem será feita a partir dos documentos da OEA, das Comunidades Europeias, e da ONU, para finalmente no subtítulo 1.4, destinado

especificamente aos estudos das nuances da OCDE, aprofundar o seu protagonismo no combate à corrupção em tópico próprio.

1.3.2.1 A Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – OEA

A Convenção Interamericana contra a Corrupção é marcada pelo seu pioneirismo em relação às convenções internacionais de combate à corrupção. Foi adotada em 1996 a partir dos esforços diplomáticos dos Estados Unidos para dar caráter internacional aos temas que envolvem os ilícitos corruptivos.

Em 1994 os Ministros das Relações Exteriores da América e os Chefes de Delegação dos Estados Membros da OEA assinaram um documento denominado Declaração de Belém do Pará, que manifestava apoio ao avanço dos estudos de medidas de combate à corrupção, melhoria da eficiência da gestão pública e promoção da transparência e probidade na administração. A partir daí, a Assembleia-Geral da OEA determinou que o Conselho Permanente estabelecesse um grupo de trabalho a respeito dos temas que evolvem a Probidade e a Ética, através da Resolução AG/RS 1294. Das atividades do grupo surgiu a Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada em Caracas, na Venezuela, em 29 de março de 1996[201].

A Convenção possui um objetivo considerado bastante ampliado na medida em que não se restringe à corrupção de autoridades estrangeiras, visando, na verdade, ser uma geradora de obrigações aos países signatários[202] no sentido de processar e punir condutas ilícitas praticadas em âmbito interno.

Foi organizada em XXVIII artigos. No preâmbulo, fixa os princípios que devem reger o combate à corrupção, os objetivos e propósitos da norma convencional (art. II), as medidas preventivas para evitar desvios (art. III), as regras de extradição, assistência e cooperação internacional (arts. XII, XIV, XV e XVI). Determina a designação de autoridades centrais para implementação da norma convencional (art.

---

[201] PINHEIRO, Heron de Jesus Garcez. VELOSO, Roberto Carvalho. Prevenção e Enfrentamento Supranacionais à Corrupção: reflexões sobre a atuação do organismo europeu de luta antifraude. **Revista Brasileira de Direito Internacional.** Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 84-106, Jul./Dez. 2018, p. 95.

[202] No Brasil, foi internalizada a partir do Decreto nº 4.410/2002.

XVIII) e a não exclusividade da norma convencional no combate à corrupção (art. XX)[203].

Utiliza-se dos denominados mandatos de criminalização para o fim de determinar a conceituação e tipificação de uma ampla gama de atos corruptos, tais como a corrupção passiva e ativa de funcionários públicos, o suborno oferecido a autoridades nacionais (previstas respectivamente nos arts. VI, 1, 'a' e 'b'), a censura ao suborno transnacional (art. VIII) e o encorajamento à tipificação do enriquecimento ilícito como delito nos ordenamentos nacionais (art. IX).

Luciano Vaz Ferreira aponta que na sua origem, a Convenção não contava com mecanismo de monitoramento da sua implementação, razão pela qual acabou concretizando a sua inefetividade em decorrência da ausência de coercitividade[204]. A partir de 2001, no entanto, foi adotado o "Mecanismo de Acompanhamento para a Implementação da Convenção Interamericana contra Corrupção", denominado de Mesisic, que objetiva a promoção da Convenção e a avaliação do desempenho dos países em combater à corrupção.

O Mesisic é administrado através da "Conferência dos Estados Partes", órgão de cunho político que reúne os representantes dos estados-membros. A sua execução, por sua vez, fica a encargo da denominada "Comissão de Peritos", órgão de cunho técnico formado por especialistas indicados pelos signatários. O grupo técnico escolhe um tema e encaminha um questionário ao país avaliado que, após ser respondido, é avaliado pelos *experts*. Por fim, publica-se um relatório geral sobre a aplicação da convenção[205].

Registra-se, por fim, que a Convenção prevê mecanismos de assistência entre os países signatários como forma de permitir a obtenção de provas e a execução

---

[203] PINHEIRO, Heron de Jesus Garcez. VELOSO, Roberto Carvalho. Prevenção e Enfrentamento Supranacionais à Corrupção: reflexões sobre a atuação do organismo europeu de luta antifraude. **Revista Brasileira de Direito Internacional.** Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 84-106, Jul/Dez. 2018, p. 96.

[204] FERREIRA, Luciano Vaz. **A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?** Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais (Faculdade de Ciências Econômicas) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2015, p. 92.

[205] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 116-117.

de outros atos necessários a realização de investigações, na forma do que se verifica no artigo XIV, a respeito da Assistência e Cooperação[206]. Silencia, todavia, a respeito de qualquer regramento no que tange ao concurso de jurisdições entre estados nacionais para atos corruptivos que alcance e ultrapassem fronteiras, afetando administração pública de mais um signatário. Esse ponto, entretanto, será aprofundado nas reflexões a que se propõem o Capítulo 4 da tese.

1.3.2.2 As Convenções de combate à Corrupção da Organização das Nações Unidas – ONU

No âmbito da ONU, identificam-se dois instrumentos de controle da corrupção: a Convenção de Palermo, formalmente designada como Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, dos anos 2000, e a Convenção de Mérida, ou Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção de 2003[207].

A Convenção de Palermo entrou em vigor em 28 de setembro de 2003, não se delimitando especificamente ao combate à corrupção. Trata, isso sim, de diferentes condutas praticadas no âmbito de organizações criminosas que mantém práticas ilícitas transfronteiriças, voltando-se, pois, ao combate à criminalidade transnacional, especialmente através da melhoria da cooperação internacional, buscando harmonização e modernização do direito interno dos Estados-parte[208].

Chama atenção a evolução das regras sobre cooperação internacional, abarcando temas como extradição, transferência de presos, assistência às vítimas, proteção de testemunhas, técnicas de investigação, além de mandados de criminalização envolvendo os crimes de lavagem de dinheiro e corrupção[209].

---

[206] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. O Brasil e o combate internacional à corrupção. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009, p. 192.

[207] Ambas internalizadas pelo Brasil através, respectivamente, através dos Decretos nºs 5.015/2004 e 5.687/2006.

[208] PETERKE, Sven. LOPES, Silvia Regina Pontes. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas. **Verba Juris**. Ano 7, n. 7, jan./dez., 2008, p. 397.

[209] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 118.

A Convenção não contém uma definição genérica de crime organizado transnacional ou de organização criminosa, mas estipula obrigações de criminalização, impondo aos Estados-parte o dever de assegurar que o direito interno tipifique infrações relacionadas a grupos criminosos organizados, tais como: a participação em um grupo criminoso (art. 5º); a lavagem do dinheiro produto do crime (art. 6º), a corrupção (art. 8º) e a obstrução à justiça (art. 23)[210].

Já a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ou Convenção de Mérida, assinada em 15 de dezembro de 2003, trata-se um diploma que tem por objetivo um combate universal e sem fronteiras pelos Estados[211] em relação especificamente a temática da corrupção.

Tem como objetivos a promoção e fortalecimento das medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; a promoção, facilitação e apoio à cooperação internacional e à assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; a promoção da integridade, da obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos de dos bens públicos[212]. Em relação as suas diretrizes, preconiza a necessidade de órgãos de prevenção contra práticas de corrupção pelos países signatários (art. 6º); a importância do princípio da eficiência no setor público (art. 7º); a elaboração de códigos de conduta para funcionários públicos (art. 8º) e participação da sociedade civil, das organizações governamentais e das organizações com base na comunidade na prevenção e luta contra a corrupção (art. 13)[213].

Em relação aos mandados de criminalização, trabalha com as condutas dos funcionários públicos que envolvem corrupção ativa e passiva (art. 15). Prevê a

---

[210] PETERKE, Sven. LOPES, Silvia Regina Pontes. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas. **Verba Juris**. Ano 7, n. 7, jan./dez., 2008, p. 407.

[211] DEMING, Stuart H. **The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms.** Chicago, Aba Publishing, 2010, p. 337-338.

[212] BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm>. Acesso em: 23 jan. 2024.

[213] PINHEIRO, Heron de Jesus Garcez. VELOSO, Roberto Carvalho. **Revista Brasileira de Direito Internacional.** Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 84-106, Jul/Dez. 2018, p. 98.

modalidade de suborno de agentes públicos oriundos de outras nações, referindo-se também a agentes pertencentes a organizações internacionais (art. 16), buscando ainda a criminalização do peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens (art. 17), tráfico de influência (art. 18), abuso de funções (art. 19), enriquecimento ilícito (art. 20), suborno no setor privado (art. 21), peculato no setor privado (art. 22), lavagem de dinheiro (art. 23), encobrimento (art. 24) e obstrução de justiça (art. 25)[214].

E, de modo inédito, incentiva a aplicação extraterritorial da lei, autorizando que se procedam a punições de funcionários públicos estrangeiros[215]. Nesse sentido, aliás, promove de forma contundente os mecanismos de cooperação internacional, tais como normas atinentes à extradição (art. 44), traslado de pessoas condenadas (art. 45), assistência judicial recíproca (art. 46), investigações conjuntas (art. 49), técnicas especiais de investigação (art. 49) e recuperação de ativos no estrangeiro (art. 51)[216].

No que se relaciona com os mecanismos de monitoramento da sua implementação, pode-se referir que, muito embora exista previsão expressa da sua existência na Convenção, foi-lhe atribuída menor importância. Isso porque somente foi implementado em 2009, através da Resolução nº 3/1[217], funcionando em fases, as quais são divididas em ciclos de avaliação de cinco anos. Em primeiro lugar é encaminhado um questionário aos país a ser examinado, o qual é submetido a

---

[214] BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm>. Acesso em: 23 jan. 2024.

[215] Nesse ponto, absolutamente importante para escopo da tese, esclarece-se que o texto da Convenção apresenta traços sugestivos, pois aduz que cada Estado-parte poderá considerar tal possibilidade. FERREIRA, Luciano Vaz. **A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?** Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais (Faculdade de Ciências Econômicas) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2015, p. 103.

[216] BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm>. Acesso em: 23 jan. 2024.

[217] ONU. **Resolution 3/1 – Review Mechanism.** 2009. Disponível em: < https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session3-resolutions.html>. Acesso em 23 jan. 2024.

especialistas de outros países avaliadores, no denominado sistema *peer view*, admitindo-se a hipótese de visitação, inclusive. Depois, é confeccionado um relatório final, gestado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC.

Diferentemente do que se verificará no subtítulo 1.4, a respeito dos mecanismos de recursividade da Convenção da OCDE, no âmbito da Convenção de Mérida, dado o escopo de abrangência global, nem todos os países são monitorados em todas as fases e as escolhas de temas para serem abordados nos ciclos avaliativos não permite uma análise adequada da sua implementação pelos ordenamentos domésticos de todos os signatários[218].

1.3.2.3 A Convenção da Luta contra a Corrupção de Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia

O artigo 29º do Título VI do Tratado da União Europeia, ou Tratado de Maastricht, na parte que se refere à Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal se relaciona o objetivo expresso de prevenção e combate à corrupção, buscando a proteção de um espaço europeu de liberdade, segurança e justiça.

Surge daí a inspiração para Convenção Relativa à Luta contra a Corrupção de Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia, aprovada em 26 de maio de 1997 através de Ato do Conselho da União Europeia.

A convenção visa a garantia de que cada país da União Europeia tome medidas para criminalizar a corrupção envolvendo funcionários públicos, sejam funcionários europeus ou nacionais dos países da UE, de modo a reforçar a cooperação judiciária entre os Estados-membros. Deve-se permitir que os dirigentes de empresas, ou qualquer um com poderes para tomada de decisões ou exercício de controle empresarial seja declarado como possível responsável penalmente em casos

[218] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 122-123.

de corrupção ativa praticada por pessoa sob sua autoridade e que atue em nome da empresa[219].

Para os efeitos da tese, os dispositivos mais importantes dizem respeito a necessidade que cada país tem de estabelecer a sua jurisdição em matéria de infrações, nomeadamente quando: i) a infração tenha sido cometida, no todo ou em parte, no seu território; ii) o infrator seja um nacional seu ou um dos seus funcionários; iii) a infração foi cometida contra funcionários da UE ou nacionais, ou contra um membro das instituições da União Europeia que seja também um dos seus nacionais, e; iv) o infração seja um funcionário da UE que trabalha para uma instituição, agência ou organismo da União Europeia com sede no país da UE em questão. Nesse ponto, o artigo 10º prevê a regra da proibição do *bis in idem* impedindo que ações judiciais possam ser realizadas duas vezes pelo mesmo crime[220].

Em resumo, o documento assinala a perspectiva de melhoramento da cooperação judiciária em matéria penal entre os Estados-membros, já que a luta contra a corrupção é questão de interesse comum abrangida pela cooperação instituída pelo Tratado da União Europeia[221].

1.3.2.4 Ordens jurídicas transnacionais informais de combate à corrupção

A evolução do raciocínio apresentado no presente capítulo justificou a existência de ordens jurídicas transnacionais sob a perspectiva formal, consubstanciada através de tratados e convenções decorrentes de produção normativa no âmbito de organizações internacionais. Reconheceu, por outro lado, que também podem ser verificadas ordens jurídicas transnacionais derivadas de organismos ou redes informais de caráter transnacionais formadas por atores privados.

---

[219] UNIÃO EUROPEIA. **Convenção contra a corrupção envolvendo funcionários públicos.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/convention-against-corruption-involving-public-officials.html>. Acesso em 23 jan. 2024.

[220] UNIÃO EUROPEIA. **Convenção contra a corrupção envolvendo funcionários públicos.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/convention-against-corruption-involving-public-officials.html>. Acesso em 23 jan. 2024.

[221] PINHEIRO, Heron de Jesus Garcez. VELOSO, Roberto Carvalho. **Revista Brasileira de Direito Internacional.** Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 84-106, Jul/Dez. 2018, p. 97.

Nesse sentido, a tese identifica igualmente essa possibilidade nas ordens jurídicas transnacionais que se destinam a repressão e combate aos ilícitos corruptivos. Menciona-se, com efeito, o papel do Banco Mundial e da Transparência Internacional – TI.

Em relação ao Banco Mundial, não obstante seja uma instituição internacional formal, não possui dentre os seus principais objetivos o combate à corrupção, tratando o tema, de todo modo, de uma consequência indireta da sua atuação. Nesse sentido, verifica-se o documento destinado à contratação através de financiamentos do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (agência própria do Banco Mundial), qual seja a Convenção para Contratação de Bens, Trabalhos e Serviços Não-Consultivos, que dedica seção de seu conteúdo para potenciais práticas corruptas e fraudulentas[222]. Importantes indicadores também são objeto das atividades do Banco Mundial, como o *The Worldwide Governance Indicators (WGI) Project"*, que contempla a corrupção dentre os itens objeto de sua avaliação[223].

No que se refere à Transparência Internacional, trata-se de organização não governamental fundada em 1993, com abrangência em mais de 100 países e que através de um verdadeiro movimento global anticorrupção tem como objetivo a construção de um mundo em que os governos, empresas e o cotidiano das pessoas estejam livres da corrupção[224]. Um dos modelos mais utilizados de métricas em relação à medição da corrupção é o seu índice de percepção da corrupção – CPI, que desde 1995 publica informações através de uma compilação de dados, computados em uma escala de 0 a 100, sendo que 100 significa muito íntegro e 0 significa altamente corrupto. O índice classifica os países a partir de níveis percebidos de corrupção no setor público, sendo composto por inúmeras avaliações e pesquisas de opinião promovidas por instituições respeitadas, de modo a refletir o entendimento de

---

[222] BANCO MUNDIAL. **Guidelines. Procurement of Goods, Works, and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers.** Washington, DC: 2011 (revisada em 2014). Disponível em <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/616741467229981357-0290022016/original/ProcurementGuidelinesenglishJan2011.pdf>. Acesso em 23 jan. 2024.

[223] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 128.

[224] Disponível em < https://www.transparency.org/en/about>. Acesso em 23 jan. 2024.

observadores de todos os lugares do mundo, inclusive especialistas que vivem e trabalham nos locais avaliados[225].

As ordens jurídicas transnacionais informais de combate à corrupção são conjuntos normativos marcados pela porosidade, razão pela qual justifica-se o seu equacionamento o direito transnacional.

De todo modo, conforme se adiantou, talvez a mais relevante ordem jurídica transnacional de combate à corrupção seja a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros da OCDE (1997), tanto pelo pioneirismo, advindo de um movimento de combate globalizado da corrupção encampado através dos Estados Unidos, seja pelo completo sistema de monitoramento da sua aplicabilidade em relação aos países signatários. Por essas razões, destina-se subtítulo próprio para o aprofundamento da Organização Internacional. seu aprofundamento.

1.4 A OCDE ENQUANTO PROTAGONISTA DO COMBATE À CORRUPÇÃO

A última parte do primeiro capítulo debruça sua atenção na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a fim de demonstrar o seu contexto e nuances. É que a partir do momento em que se concebe a OCDE enquanto autoridade pública transnacional, é também possível compreender que possui, para além da Convenção contra corrupção de autoridades estrangeiras, diversos documentos a respeito do tema, fazendo-se inserir dentro da ideia de uma ordem jurídica transnacional anticorrupção.

A OCDE possui mais de vinte instrumentos jurídicos[226] que dizem respeito ao tema do combate à corrupção, integridade pública e conduta empresarial responsável. Dentre esses documentos se incluem decisões, recomendações, declarações e acordos internacionais.

---

[225] O papel de controle da corrupção a nível global desempenhado pela organização trabalha na coleta dados de diversas pesquisas que reportam, em essência, as percepções do mercado e de especialistas quanto à corrupção nos diferentes países. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/about>. Acesso em 16 set. 2023.

[226] Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption-integrity/explore/oecd-standards/>. Acesso em 28 jan. 2024.

Em relação ao tema da corrupção, podem ser mencionadas: i) Convenção Antissuborno[227]; ii) Recomendação para Maior Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais[228]; iii) Medidas fiscais para combater ainda mais o suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais[229]; iv) Recomendação aos intervenientes da cooperação para o desenvolvimento sobre a gestão do risco de corrupção[230]; v) Recomendação sobre Suborno e Créditos de Exportação com Apoio Oficial[231].

Referente à integridade pública, a OCDE produziu os seguintes documentos: i) Recomendação sobre Integridade Pública[232]; ii) Recomendação sobre Contratos Públicos[233]; iii) Recomendação sobre a melhoria do desempenho ambiental dos contratos públicos[234]; iv) Recomendação sobre o combate à fraude em licitações nos contratos públicos[235]; v) Recomendação sobre a Governação das

---

[227] Será analisada com detalhes Capítulo 2.

[228] Complementa a Convenção Antissuborno com vista a reforçar e apoiar mais a sua implementação. Texto na íntegra disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378>. Acesso em 28 jan. 2024.

[229] Disponível em: <https://web-archive.oecd.org/2014-01-17/113912-2009-recommendation.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

[230] Promove uma visão ampla de como as agências internacionais de desenvolvimento podem trabalhar para combater a corrupção, incluindo suborno de funcionários públicos estrangeiros. Texto completo em: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Recommendation-Development-Cooperation-Corruption.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

[231] Foi gestada em paralelo à Convenção Antissuborno e inclui medidas apropriadas para dissuadir o suborno em créditos à exportação com apoio oficial. Disponível em: <https://one.oecd.org/document/TAD/ECG(2019)2/En/pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

[232] Fornece aos decisores políticos o modelo para uma estratégia de integridade pública para uma abordagem abrangente e baseada no risco, com foco na propagação de uma cultura de integridade em toda a sociedade. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-Public-Integrity.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

[233] A Recomendação da OCDE sobre Contratos Públicos é o princípio orientador abrangente da OCDE que promove a utilização estratégica e holística dos contratos públicos. É uma referência para a modernização dos sistemas de compras e pode ser aplicado em todos os níveis do governo e nas empresas estatais. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

[234] Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0311>. Acesso em 28 jan. 2024.

[235] Apela aos governos para que avaliem as suas leis e práticas de contratação pública a todos os níveis de governo, a fim de promover aquisições mais eficazes e reduzir o risco de fraude em licitações em concursos públicos. A recomendação foi revista pelo Conselho da OCDE, reunido a nível ministerial em 8 de junho de 2023, para ter em conta a evolução na aplicação do direito da concorrência desde 2012 e incorporar boas práticas globais. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>. Acesso em 28 jan. 2024.

Infraestruturas[236]; vi) Diretrizes sobre Anticorrupção e Integridade em Empresas Estatais[237]; e vii) Princípios para transparência e integridade no *lobby*[238].

No que tange ao tema da conduta empresarial responsável, a OCDE possui nove documentos entre declarações, diretrizes, orientações e recomendações. Mencionam-se, como principais ao contexto da presente tese: i) Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais[239]; ii) Diretrizes EMN (Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais)[240]; iii) Orientação de *Due Dilligence* para

[236] Fornece aos países orientações práticas para processos de tomada de decisão eficientes, transparentes e responsivos no investimento em infraestruturas. Apoia uma abordagem que abrange todo o governo e abrange todo o ciclo de vida dos projetos de infraestruturas, dando especial ênfase às considerações regionais, sociais, de género e ambientais. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0460>. Acesso em 28 jan. 2024.

[237] O contexto dessa Recomendação, segundo a OCDE reside no fato de que "As empresas públicas (EP) são o principal canal para os Estados exercerem o seu papel como intervenientes econômicos. Os benefícios da propriedade estatal são econômicos, políticos e sociais. O mesmo ocorre com os custos quando ocorre má gestão ou abuso. As empresas públicas representam hoje 22% das maiores empresas do mundo e o seu papel como concorrentes globais está a crescer à medida que as fronteiras dos mercados se estendem cada vez mais para além das fronteiras geográficas. Muitas vezes concentram-se em sectores com importância estratégica para o Estado e a sociedade e são cada vez mais operados como empresas privadas. A presença mais pronunciada das empresas públicas no mercado global tem sido marcada por alguns escândalos de grande repercussão e provas ocasionais da suscetibilidade das empresas públicas à corrupção. Isto levanta questões sobre o que pode tornar as empresas públicas suscetíveis à corrupção e como os decisores políticos podem agir para maximizar a sua produtividade, aumentando a sua integridade." Disponível em: <https://web-archive.oecd.org/2021-03-08/524399-Guidelines-Anti-Corruption-Integrity-State-Owned-Enterprises.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

[238] Trata-se do primeiro conjunto internacional de diretrizes para os governos abordarem as preocupações sobre as práticas de lobbying. Apela à igualdade de acesso às discussões políticas por parte de todas as partes envolvidas, a uma maior transparência e integridade no lobbying e a mecanismos de aplicação, cumprimento e revisão. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0379>. Acesso em 28 jan. 2024.

[239] Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144>. Acesso em 28 jan. 2024.

[240] De acordo com a OCDE: "são recomendações dirigidas pelos governos às empresas multinacionais. Visam encorajar contribuições positivas que as empresas podem fazer para o progresso econômico, ambiental e social, e minimizar impactos adversos em questões abrangidas pelas Diretrizes que possam estar associadas às operações, produtos e serviços de uma empresa. As Diretrizes cobrem todas as áreas-chave de responsabilidade empresarial, incluindo direitos humanos, direitos trabalhistas, meio ambiente, suborno e corrupção, interesses do consumidor, divulgação, ciência e tecnologia, concorrência e tributação. A edição de 2023 das Diretrizes fornece recomendações atualizadas para uma conduta empresarial responsável em áreas-chave, como alterações climáticas, biodiversidade, tecnologia, integridade empresarial e devida diligência na cadeia de abastecimento". Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_81f92357-en>. Acesso em 28 jan. 2024.

conduta empresarial responsável[241]; iv) Recomendação relativa às medidas eficazes contra cartéis radicais[242].

Essa gama de documentos torna imperioso o reconhecimento da OCDE enquanto protagonista global do combate à corrupção. Sem dúvidas se trata de organização a ser considerada força motriz no movimento global anticorrupção. Nesse sentido, a análise dos documentos mencionados permite identificar que os objetivos globais do trabalho anticorrupção e integridade são o de apoio as instituições confiáveis e mercados abertos, eficientes e inclusivos para promoção de políticas que busquem o melhor bem-estar econômico e social da comunidade mundial.

1.4.1 A concepção da OCDE e as suas características fundamentais

Os antecedentes fundamentais do surgimento e constituição da OCDE se referem aos esforços de administração do Plano Marshall ao tempo de reconstrução europeia do período do pós-segunda guerra. Com efeito, o Plano elevou os níveis de auxílio econômico norte-americano, mas exigiu, de outro lado, o envolvimento dos países europeus na criação de uma instância multilateral para o avanço da sua reconstrução. Foi realizada em julho de 1947, então, a Conferência sobre a Cooperação Econômica Europeia que culminou com a criação do Comitê para Cooperação Econômica Europeia – CCEE, responsável pela elaboração do programa de recuperação[243].

Instituídas as bases do programa, a CCEE começou a refletir sobre a possiblidade de estabelecimento de uma organização permanente com o objetivo de realizar o gerenciamento do Plano Marshall, bem como promover o livre comércio, o crescimento da produção, o pleno emprego e a estabilidade financeira. Assim, em

---

[241] Fornece apoio prático às empresas na implementação das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, fornecendo explicações em linguagem simples das suas recomendações de devida diligência e disposições associadas. Disponível em: <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>. Acesso em 28 jan. 2024.

[242] Para OCDE “cartéis radicais são acordos ou práticas anticoncorrenciais entre concorrentes que visam fixar e aumentar preços, restringir a oferta e dividir ou partilhar mercados, causando assim danos económicos substanciais. São as violações mais flagrantes do direito da concorrência. A deteção, investigação e ação penal contra cartéis radicais é um objetivo político prioritário para a OCDE e uma prioridade de aplicação para as autoridades da concorrência na área da OCDE e fora dela.” Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452>. Acesso em 28 jan. 2024.

[243] GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018, p. 24.

abril de 1948 foi firmada a Convenção de estabelecimento da Organização Europeia para Cooperação Econômica - OECE[244], que possuía a finalidade de promover o desenvolvimento econômico dos países europeus, realizando o aproveitamento das suas potencialidades, de modo a aumentar a produção, restaurando e mantendo a sua estabilidade.

A transição da OECE para a OCDE foi viabilizada através da consecução de processos que promoveram a manutenção de mecanismos institucionais de exercício de cooperação transatlântica[245]. Na perspectiva norte-americana, a recuperação econômica dos países da Europa trouxe a necessidade de superação da lógica doador-beneficiário sob a qual estava ancorada a OECE, emergindo a necessidade de que se evoluísse a um sistema de distribuição dos ônus econômicos de cooperação. Além disso, mostrou-se a necessidade de ampliação da cooperação para além dos temas que originariamente eram alcançados pela OECE[246]. Em paralelo, o próprio alcance da OECE foi se restringindo, especialmente no âmbito do comércio, na medida em que ao final dos anos 1950, já se percebia uma liberalização de 90% das restrições quantitativas da região. No âmbito econômico, igualmente se verificou o esvaziamento da OECE a partir do momento em que as moedas europeias passaram a admitir a conversão[247].

Em dezembro de 1959 foi realizada reunião da cúpula da OECE em Paris, oportunidade em que se abriram as perspectivas de um novo arranjo de parceria. Daí que no mês de maio de 1960 se realizou a Conferência sobre a Reconstituição da OECE consagrando um novo modelo de organização que contemplasse, essencialmente, o objetivo de desenvolvimento e cooperação

---

[244] Fizeram parte da sua instituição: Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Islândia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Portugal, Suécia, Suíça, Turquia e Reino Unido. Além disso, Estados Unidos e Canadá participaram como observadores e foram, posteriormente, incorporados como associados. GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018, p. 24.

[245] WOODWARD, Richard. **The Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD).** Nova York: Routledge, 2009, p. 16-18.

[246] Energia, agricultura, indústria, transporte, trabalho e turismo.

[247] WOLFE, Robert. From Reconstructing Europe to Constructing Globalization: the OECD in historical perspective. In MAHON, Rianne; McBRIDE, Stephen (eds.). **The OECD and Transnational Governance.** Vancouver: UBS Press, 2008, p. 25-32.

econômica[248]. Essa conferência viabilizou os trabalhos preparatórios para assinatura do documento originário da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. A Convenção sobre a instituição da OCDE foi assinada em Paris em 14 de dezembro de 1960[249-250], e contava com os membros originários da OECE além de Estados Unidos e Canadá.

Diferentemente da OCDE, a nova organização foi concebida com vocação universal, ampliando seus objetivos para consulta e coordenação entre os países-membros, baseando-se na consolidação do modelo econômico dos países desenvolvidos após a segunda guerra mundial[251].

A Instituição se autodefine como "uma organização internacional que trabalha para construir melhores políticas para vidas melhores", tendo por objetivo a modelagem de políticas "que promovam a prosperidade, a igualdade, as oportunidades e o bem-estar para todos"[252]. Nessa direção, explica que atua juntamente com os governos, decisores políticos e cidadãos no estabelecimento "normas internacionais baseadas em evidências e na procura de soluções para uma série de desafios sociais, econômicos e ambientais"[253].

A base da OCDE é composta pela participação dos países-membros e pela atuação do secretariado. Os estados-membros proporcionam direção estratégica à organização, e definem a sua agenda substantiva e resultados em quatro distintas dimensões. A primeira se refere às delegações de atuação permanente junto à OCDE, que promovem o alinhamento entre o programa de trabalho da organização e as

---

[248] GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018, p. 26-27.

[249] OCDE. **Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development.** Paris: 1960. Disponível em: <https://www.oecd.org/about/document/oecd-convention.htm>. Acesso em 27 jan. 2024.

[250] O documento foi escrito originariamente nas línguas inglesa e francesa, tendo sido estabelecida a nomenclatura: *l'Organisation de Coopération et de Développment Économiques*, em francês e, *Organisation for Economic Co-operation and Development*, em inglês. ALLE, Saulo S. **Linhas diretrizes da OCDE para empresas multinacionais e sua implementação no Brasil.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 18.

[251] PINTO, Denis Fontes de Souza. **OCDE: uma Visão Brasileira.** Coleção Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. Brasília: IRBr/FUNAG, 2000, p. 18-20.

[252] OCDE. **Our Mission.** Disponível em: <http://oecd.org/about/>. Acesso em 27 jan. 2024.

[253] OCDE. **Our Mission.** Disponível em: <http://oecd.org/about/>. Acesso em 27 jan. 2024.

prioridades nacionais. A segunda diz respeito a atuação dos estados-membros no financiamento das atividades da organização, através de regulares e espontâneas contribuições ao orçamento. A terceira trata dos representantes governamentais dos países membros, que atuam na presidência da maior parte dos comitês e grupos de trabalho, locais onde são realizadas as principais atividades. E a quarta dimensão contempla os representantes dos países-membros, reunidos no Conselho, e responsáveis pela designação do secretário-geral[254].

No que se relaciona à estrutura organizacional, a OCDE conta com o Conselho, os Comitês, o Secretariado, os Decisores Políticos e Formadores de Políticas. O Conselho é o órgão de decisão global, sendo composto pelos embaixadores dos países membros e da Comissão Europeia. É presidido pelo secretário-geral, muito embora as decisões sejam tomadas em consenso. Tem a finalidade monitorar e definir as prioridades para o trabalho, discutindo o contexto econômico e comercial mundial e visando o aprofundamento de questões como orçamento e processo de adesão[255].

Os Comitês instrumentalizam a forma de trabalho, o que é realizado através de mais de trezentos peritos e grupos de trabalho que alcançam quase todas as áreas que envolvem elaboração de políticas públicas através da proposição de soluções, avaliação de dados e sucessos políticos. Dedicam-se também a análise de ações políticas entre os países membros, abrangendo as mesmas áreas temáticas que os ministérios governamentais, como educação, finanças, comércio, ambiente e desenvolvimento. São formados a partir dos países membros, parceiros e representam organismos estatais, universidades, empresas e sociedade civil[256].

O Secretariado é o órgão que efetivamente realiza o trabalho da OCDE. É liderado pelo secretário-geral, sendo composto por direções e divisões que trabalham com os decisores e formadores de políticas em cada país, de modo a

---

[254] GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018, p. 35.

[255] OCDE. **Estrutura Organizacional.** Disponível em: <http://oecd.org/about/structure/>. Acesso em 27 jan. 2024.

[256] OCDE. **Estrutura Organizacional.** Disponível em: <http://oecd.org/about/structure/>. Acesso em 27 jan. 2024.

fornecer conhecimentos especializados para orientar e ajudar na elaboração de políticas com base em evidências, em íntima coordenação com os Comitês[257].

Já os Decisores Políticos e Formadores de Políticas são os representantes de governos, empresas, trabalhadores, sociedade civil e da academia que participam dos trabalhos, trazendo seus pontos de vista e experiências por meio de trocas de informações com o Secretariado[258].

Assim, pode se considerar, em suma, que as atividades da OCDE se organizam através de diferentes camadas e etapas, compreendendo o levantamento de estatísticas e elaboração de estudos e análises pelo secretariado; discussão sobre políticas públicas e intercâmbio de experiências domésticas dos países; negociação eventual de instrumentos; e avalição de políticas públicas e compromissos nacionais, através do sistema de revisão por pares[259].

Três pilares sustentam a forma de atuação da OCDE: informação, influência e definição de padrões. A informação diz respeito ao fornecimento de conhecimento que os membros e parceiros podem utilizar nos processos de tomada de decisões políticas, perfectibilizando-se em mais de quinhentos relatórios e inquéritos nacionais, bem como em centenas de resumos de políticas, artigos e conteúdos digitais sobre questões políticas. Faz-se da OCDE, assim, uma das maiores e mais confiáveis fontes mundiais de estatísticas, dados e análises políticas comparáveis[260].

A influência se verifica através da atuação dos comitês temáticos, grupos de peritos e de trabalho, que partilham ideias e inspiração, abordando questões complexas como desigualdade, desemprego juvenil, disparidade de gênero, integração de migrantes, entre outros. São realizadas cerca de quatro mil conferências

---

[257] Trata-se de aproximadamente três mil e trezentos funcionários, incluindo economistas, advogados, cientistas, analistas políticos, sociólogos, especialistas digitais, estatísticos e profissionais de comunicação. OCDE. **Estrutura Organizacional.** Disponível em: <http://oecd.org/about/structure/>. Acesso em 27 jan. 2024.

[258] OCDE. **Estrutura Organizacional.** Disponível em: <http://oecd.org/about/structure/>. Acesso em 27 jan. 2024.

[259] GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018, p. 38.

[260] OCDE. **How we work.** Disponível em: <http://oecd.org/about/how-we-work/>. Acesso em 27 jan. 2024.

e seminários na OCDE anualmente, oportunidade em que os especialistas estão presentes para o fomento de debates, relacionando-se diretamente com os governos e a sociedade civil em geral nos países e através de consultas. Nesse sentido, destaca-se o Fórum da OCDE, maior evento público anual, que foi criado para ouvir e integrar as opiniões das partes interessadas, informando as discussões políticas que ocorrem nos níveis ministeriais[261].

Em relação a formulação de padrões, a OCDE atua na sua formulação, bem como na elaboração de códigos internacionais em colaboração com os países-membros. As normas perpassam por instrumentos jurídicos vinculativos alcançando até mesmo recomendações concebidas para orientar as decisões políticas. Já foram desenvolvidos mais de quatrocentos e cinquenta padrões internacionais que incluem convenções, recomendações, diretrizes e declarações. Todas acabam se tornando importantes instrumentos para proteção dos cidadãos[262].

Os atos da OCDE contemplam majoritariamente as decisões e as recomendações. Esses são os dois principais instrumentos legais da organização, e correspondem a aproximadamente 80% do total de atos praticados[263]. As decisões são de obrigatório cumprimento para todos os países-membros que não se abstenham da sua adoção, e apresentam obrigações parecidas com àquelas contraídas no âmbito de acordos internacionais[264]. Já as recomendações são submetidas, por sua vez, à consideração dos membros com o objetivo de avaliar a sua possível implementação. Não possuem conteúdo de cumprimento obrigatório, mas representam a convergência dos países sobre determinados temas que eventualmente ensejam esforços para adoção[265].

---

[261] OCDE. **How we work.** Disponível em: <http://oecd.org/about/how-we-work/>. Acesso em 27 jan. 2024.

[262] OCDE. **How we work.** Disponível em: <http://oecd.org/about/how-we-work/>. Acesso em 27 jan. 2024.

[263] GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018, p. 39.

[264] BONUCCI, Nicola. **The Legal Status of na OECD Act and the Procedure for its Adoption.** 2004. Disponível em: <www.oecd.org/edu/skills-beyond-school/31691605.pdf>. Acesso em 27 jan. 2024.

[265] GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018, p. 39.

Para além das decisões e recomendações, o repertório legal da organização é composto pelas declarações, acertos e tratados ou convenções. No que tange às declarações, servem para o estabelecimento de compromissos de políticas para os países, sendo monitoradas pelas instâncias da organização, embora não sejam de cumprimento obrigatório. Os acertos são fruto da negociação de determinados membros, mas não integram formalmente os atos da OCDE e, portanto, não possuem força vinculante. E, por fim, os tratados ou convenções são o verdadeiro marco característico da organização na medida em que representam acordos de cumprimento obrigatório tanto para os estados-membros, como eventualmente para países que não integram a organização, mas são signatários do documento[266].

Um traço característico da OCDE que a diferencia das demais organizações internacionais diz respeito a ausência de mecanismos diretos para cumprimento das suas deliberações, tais como financiamentos, sanções comerciais ou financeiras. Mas, se por um lado não apresenta mecanismos coercitivos, por outro estabelece incentivos ao cumprimento de seus compromissos, o que realiza através de exercícios de monitoramento multilateral e revisão por pares[267].

O fato é que esses mecanismos contribuem para consolidação da natureza intergovernamental da OCDE, especialmente em decorrência do envolvimento de estados-membros em condição de igualdade na análise de desempenhos nacionais, refletindo a ausência de um órgão com status superior e capacidade decisória em matéria de avaliação e sanção[268].

---

[266] BONUCCI, Nicola. **The Legal Status of na OECD Act and the Procedure for its Adoption.** 2004. Disponível em: <www.oecd.org/edu/skills-beyond-school/31691605.pdf>. Acesso em 27 jan. 2024.

[267] O sistema de revisão por pares será abordado de modo minucioso à ocasião do subtítulo 1.4.3, quando tratar da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais.

[268] GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018, p. 41-42.

1.4.2 A OCDE enquanto autoridade pública transnacional sob a perspectiva das ordens jurídicas transnacionais

Os temas abordados no subtítulo 1.3, a respeito da teorização das ordens jurídicas transnacionais se confirma a partir da interpretação da realização de atividades no âmbito da OCDE.

Como as seções anteriores se propuseram a demonstrar, a globalização da governança se caracteriza por um nível incontável de ações e comunicações, obrigatórias ou não, normativas ou não, que diariamente emanam de ambientes institucionais. A constituição das ordens jurídicas transnacionais, como se demonstrou, trata-se de um aspecto central da ordem mundial globalizada, decorrentes do próprio reconhecimento do direito global e das suas interfaces. Essas ordens, com efeito, desempenham funções muito semelhantes ao que se poderia considerar um “governo mundial” em matéria de regulação e legislação através da constituição de redes horizontais celebradas entre funcionários governamentais[269].

O contexto da tese propõe a assunção da OCDE enquanto rede burocrata, o que significa reconhecer que pode ser mais eficiente na resposta a crises internacionais, inclusive prevendo crises futuras, do que os modelos tradicionais, desprovidos de flexibilidade e efetividade[270].

Isso se justifica na medida em que a análise do funcionamento da OCDE permite a identificação das características apontadas por Slaughter em relação a configuração do que denomina “redes governamentais transnacionais”[271]. Com efeito, no quesito informação se identifica o intercâmbio de ideias, técnicas e experiências nacionais. Em relação a implementação podem ser mencionadas as atividades de treinamento e auxílio técnico, nomeadamente para realização prática dos padrões formulados pela organização. E no que se refere a harmonização, percebem-se as recomendações e os acertos enquanto atos que se constituem por meio de negociação para aumento da convergência entre leis e regulamentos nacionais.

---

[269] SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New Order.** Princeton: Princeton University Press, 2004.

[270] SLAUGHTER, Anne-Marie. **The real new world order. Foreign Affairs 76**, n. 5, 1997, p. 185.

[271] SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New Order.** Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 172-173.

É por essa razão que Slaughter defende que “a OCDE é a anfitriã por excelência das redes reguladoras transgovernamentais, bem como um catalisador para sua criação”, pois tem como escopo a reunião de funcionários específicos dos governos dos países “para descobrir as melhores formas de resolver um problema económico ou regulamentar comum e, por vezes, promulgar um código modelo para a sua solução”[272].

A aplicação de perspectivas teóricas diferenciadas na interpretação das atividades da OCDE resulta em “mosaico” composto por diferentes ênfases e conclusões. Ao mesmo tempo, apresenta um quadro consolidado que sublinha a importância de mecanismos de persuasão nas atividades da Organização, a presença de um *modus operandi* baseado na interação entre “redes” de funcionários governamentais e secretariado qualificado, a assimetria de recursos de poder entre seus membros, a cosesão da OCDE na projeção de princípios e interesses fundamentais de seus membros (que ainda congregam universo relativamente restrito) e sua atuação ocasional no apoio à cooperação internacional mais ampla[273].

Em outra senda, o que confirma OCDE enquanto autoridade pública transnacional está na sua capacidade de influenciar conhecimentos e percepções. O uso da informação, a nível de governança global, exerce um impacto nos mais variados campos políticos de modo a pressionar e até mesmo moldar um modelo cognitivo de pensamento político.

Conforme já esboçado no subtítulo 1.2.2, na oportunidade em que foram tratadas as autoridades públicas transnacionais, o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes – PISA, da OCDE, acaba por ser um relevante exemplo que confirma a hipótese de exercício de autoridade pública transnacional da organização. Isso porque se apresenta como uma fonte de dados comparativos a respeito da execução de políticas públicas relacionadas às atividades escolares que posteriormente acabam sendo utilizados para tomada de decisões em relação a projetos de reforma governamental.

---

[272] SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New Order.** Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 46.

[273] GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018, p. 57.

A partir de agora, pretende-se justificar o porquê que através das contribuições do Direito Global, exsurge a necessidade de (re)significação da corrupção, compreendida, igualmente, como um fenômeno da transnacionalidade.

Assim se avançará para trabalhar com as suas diferentes abordagens da corrupção, buscando-se a identificação de um conceito de *mínimo comum corrupto,* que impactará diretamente o alcance e determinação das disposições da Convenção contra corrupção da OCDE nos Estados nacionais, nomeadamente sobre os seus postulados de cooperação jurídica, o que contribuirá para formulação do resultado final de identificação de critérios de eleição da jurisdição mais apropriada quando se estiver diante de jurisdições concorrentes para a investigação e processamento de um ilícito corruptivo transnacional.

Capítulo 2

AS CONCEPÇÕES DA CORRUPÇÃO ENQUANTO FENÔMENO TRANSNACIONAL

O segundo capítulo da tese doutoral se destina a estudar a corrupção especificamente enquanto fenômeno transnacional. Com este propósito, será realizada uma abordagem sobre a corrupção inserida no contexto do acirrado processo de globalização vivenciado no ambiente contemporâneo.

É que se considerada a existência de empresas transnacionais que realizam atividades e investimentos diretos estrangeiros, ignorando fronteiras, é praticamente inegável que o mesmo acontecerá com as práticas corruptivas que eventualmente derivam das atividades empresariais, tornando-se imprescindível pensar o problema da corrupção como questão global.

A permanência na Università degli Studi di Perugia para realização do período de dupla titulação contribuiu sobremaneira para um aprofundamento a respeito da perspectiva da corrupção não apenas na sua percepção jurídica, mas através de uma abordagem interdisciplinar, verificando-a enquanto fenômeno social, econômico e cultural, mas utilizando-se especialmente da comparação jurídica[274] para realização de uma aproximação conceitual do fenômeno corruptivo.

Fixadas as premissas da corrupção a partir dos contributos da comparação jurídica, identificando-a como conceito multidisciplinar, a segunda parte do capítulo pretenderá se debruçar detalhadamente sobre a Convenção Anticorrupção da OCDE, considerando a partir daí a possibilidade de construção de um conceito de "mínimo comum corrupto" para atos de corrupção em transações comerciais internacionais.

[274] Não se descartam as contribuições do Direito Comparado para a fundamentação da tese. Contudo, o grande ponto de articulação e sustentação das ideias se dão a partir da comparação jurídica.

2.1 OS CONTRIBUTOS DA COMPARAÇÃO JURÍDICA PARA COMPREENSÃO DA CORRUPÇÃO TRANSNACIONAL

O entendimento de qualquer fenômeno pressupõe a percepção das suas diferenças e semelhanças, constituindo-se enquanto operação fundamental do conhecimento humano. Não é diferente com as ciências jurídicas, o que justifica a comparação jurídica[275].

Tanto na linguagem comum como na científica o termo "comparação" representa "cotejo", "confronto". Comparar significa, depois da análise do *comparandum* - aquilo que se toma como objeto de análise, realizar "os confrontos com todas as premissas, as consequências, as implicações, os problemas e as escolhas valorativas que isso implica"[276]. Isso se relaciona com a exigência de estudar os diferentes ramos do direito (como por exemplo o penal e o administrativo) para além de uma perspectiva nacional.

Ciência ou método[277-278], a comparação jurídica se constitui e justifica a partir de dois fenômenos. Em primeiro lugar o fato de que deve haver uma ampliação do horizonte histórico e científico para outras culturas e civilizações, que ultrapassem as concepções geográficas europeias. O segundo está nas transformações globais a

---

[275] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Anotações sobre o direito comparado. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.** Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 96-111. Nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252571>. Acesso em 6 abr. 2024.

[276] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 5.

[277] Não se ignoram os problemas definitórios a respeito da comparação jurídica enquanto ciência ou método, especialmente quando confrontada com o Direito Comparado. Nesse sentido, citando Constantinesco, Lucio Pegoraro explica que de um lado estão os autores que negam qualquer interesse na questão, dando-lhe um valor meramente acadêmico para definir que a comparação é um método. De outro, há uma posição que defende que seria o direito comparado uma ciência autônoma do direito. E, enfim, há que compreenda que o direito comparado seja um método suscetível de se transformar em uma ciência. De acordo com Pegoraro, o próprio Constantinesco chega à curiosa conclusão de que o direito comparado é ciência quando estuda os grandes sistemas e suas relações, e é método quando faz microcompração. PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 14.

[278] O próprio Pegoraro define que "Certamente, a comparação é um método, se entendido que 'método' é um modo de proceder, sistemático e funcional, em uma atividade teórica ou prática, tendente a garantir a consecução de um fim pré-definido, e também é um procedimento racional a seguir na estruturação e na solução dos problemas, ou, em sentido amplo, o proceder com sistematicidade, ordem e rigor na estruturação de uma determinada atividade; mas, com certeza, é ciência, se com a palavra 'ciência' entende-se um complexo orgânico e sistemático de conhecimentos, determinado por um princípio rigoroso de verificação de sua validade". PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 15.

partir de um mundo cada vez mais unificado, de maneira que os aspectos econômicos, políticos, jurídicos e culturais da vida ultrapassam as barreiras fronteiriças dos países e multiplicam as relações comerciais internacionais[279].

A atividade comparativa, no campo representativo de qualquer ciência, engloba o conhecimento dos objetos considerados – no caso das ciências jurídicas, o direito estrangeiro. O problema por trás disso reside em saber se o estudo de cada um dos objetos específicos também faz parte de uma ciência, de um método, ou de uma disciplina denominada de “comparação” nas suas várias facetas[280].

A corrupção é estudada com diferentes sensibilidades, que dependem da relevância dada a um ou outro sentido em que ela pode ser compreendida, ultrapassando a concepção jurídica-dogmática. Nessa senda, entende-se que até mesmo os mais formalistas não renunciarão à explicação da origem histórica-política das normas anticorrupção, considerando praxes aplicativas e denunciando a diferença entre a forma e a matéria em si. No sentido oposto, mesmo os substancialistas não poderão se distanciar em absoluto dos textos.

Assim, a utilização da comparação jurídica para determinação da corrupção é premissa essencial para sua compreensão como fenômeno transnacional com capacidade sancionatória de condutas que envolvam mais de uma jurisdição.

2.1.1 A funcionalidade da comparação jurídica na determinação da corrupção transnacional

As medidas de contenção e repressão à corrupção não podem mais se limitar a uma concepção estritamente jurídica e, mesmo sob essa perspectiva, também não podem ficar limitadas ao direito penal, devendo percorrer caminhos que vão além do próprio direito administrativo.

---

[279] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Anotações sobre o direito comparado. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.** Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 96-111. Nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252571>. Acesso em 6 abr. 2024.

[280] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 6.

Trata-se, pois, de uma questão transversal entre vários ramos do direito. Nas palavras de Giorgia Pavani e Jacopo Paffarini[281]: “desde cuando el fenómeno de la corrupción en la esfera político-administrativa ha empezado ser percibido como sistémico interesa también otras ramas del derecho, inclusive el derecho comparado”.

Os temas relativos aos direitos humanos e as relações entre os Poderes do Estado, inseridos no contexto da corrupção sistêmica passam, assim, a fazer parte do objeto de estudos de direito comparado, especificamente do direito público comparado, tornando-se igualmente relevante sob o aspecto do método comparativo, dada a influência internacional dos *rankings* de medição sobre o direito da corrupção, o que estimula novas formas de comparação[282].

Aspecto relevante nesse sentido diz respeito à definição do conceito de corrupção a partir de uma investigação que se pretenda estruturada na comparação jurídica. Assim, a tese não realiza nesse capítulo um trabalho a partir do direito comparado, já que não almeja uma descrição refinada da conceituação de corrupção a partir da descrição das estruturas dos respectivos tipos sancionadores (penais e administrativos) dos diferentes sistemas jurídicos que buscará analisar. Antes pelo contrário, a conceituação de corrupção, para o fim da presente tese, reside na identificação de um “mínimo comum corrupto” entre os sistemas, baseando-se não apenas no direito, mas em outras perspectivas[283], conforme se verificará a partir do subtítulo 2.4, que trata justamente da edificação conceitual de “mínimo comum corrupto” e da tipicidade dos atos de corrupção a partir da Convenção da OCDE.

Nesse sentido, a utilização da comparação jurídica no contexto compreensivo da corrupção não ambiciona o conhecimento de todos os tipos

---

[281] PAVANI, Giorgia. PAFFARINI, Jacopo. **Un acercamento comparado al tema de la corrupción em América Latina.** No prelo.

[282] PAVANI, Giorgia. PAFFARINI, Jacopo. **Un acercamento comparado al tema de la corrupción em América Latina.** No prelo.

[283] Ainda a respeito da diferença entre comparação jurídica e direito comparado, Pfersmann explica que: “Podemos desde já chamar “direito comparado” a disciplina que permite descrever as estruturas de qualquer sistema jurídico com a ajuda de conceitos gerais oferecendo o refinamento necessário e suficiente.” E prossegue: “Essa disciplina permite, assim, interpretar os enunciados da ciência do direito que necessitam somente de conceitos apropriados em *cada um* dos sistemas que ela descreve e para os quais ela desenvolve o conjunto de soluções possíveis dos casos que se apresentam.” PFERSMANN, Otto. Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. In: Revue internationale de droit comparé. vol. 53, N°2, Avril-juin 2001. pp. 275-288. Tradução de Héloise Pandelon in **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 2, n. 2, 2017, p. 265.

sancionadores de ilícitos corruptivos. Pode até se debruçar sobre alguns, além da própria análise do contexto doméstico, a ponto de compreender os seus aspectos profundos. Mas de forma nenhuma o faz sem a contribuição de análise dos diferentes direitos internos, devidamente especializados e conscientes das estruturas e do funcionamento de cada ordenamento.

A dificuldade para os comparatistas publicitas está não apenas na apropriação das diferentes noções, mas, especialmente, na capacidade de penetrar na mentalidade com a qual a doutrina sistematiza os estudos relativos aos ordenamentos[284]. Essa mentalidade, por vezes, é condicionada por particulares perspectivas filosóficas e metodológicas, bem como pela sensibilidade no emprego de ciências não jurídicas[285].

Um dos marcos da comparação que apresenta notável obstáculo está no perigo de transferir ao direito estrangeiro os estilos – conceitos, modos, e atitudes mentais, do próprio direito de origem doméstica do comparatista. Nesse aspecto, muitos comparatistas aplicam as suas categorias na interpretação das disposições e nos sistemas[286] em que nunca estiveram inseridos. Em hipóteses como essa, trata-se apenas de uma fase para fazer uma verdadeira comparação jurídica, já que entre um estudioso de direito estrangeiro e um comparatista há uma diferença substancial, pois esse último possui um conjunto de noções e dados que pertencem a diferentes sistemas jurídicos, colocando-os em comparação e medindo as suas diferenças e semelhanças[287].

A exigência de liberação de categorias monolíticas na comparação do direito é evidenciada pela teoria dos *formanti*, proposta por Rodolfo Sacco para indicar as diferenças entre os conjuntos de regras e proposições que contribuem na geração de uma ordem jurídica em um determinado lugar e num determinado tempo no âmbito de um ordenamento. Assim, a expressão faz referência as normas jurídicas,

---

[284] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 16.

[285] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 17.

[286] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 17.

[287] SACCO, Rodolfo. **Introduzione al Diritto Comparato.** V Edizione. Turim: UTET, 1992, p. 17.

proposições doutrinárias e jurisprudenciais que representam os diferentes sistemas que o jurista utiliza para individualizar a norma no caso concreto[288].

O comparatista italiano identificou que o princípio da unidade da regra do direito cria nos juristas o convencimento de que as disposições legais, doutrinárias e jurisprudenciais possuem idêntico conteúdo, sendo assim intercambiáveis. Ocorre que este percurso lógico não é capaz de alcançar à análise comparativa do direito. É que aqueles que se posicionam frente ao direito estrangeiro não possuem o absoluto domínio dos elementos culturais e jurídicos para o descarte de eventuais interpretações equivocadas. Não se pode comparar as leis sem o conhecimento dos dados e informações oferecidas pelo contexto, tais como a tendência das decisões dos tribunais na interpretação da norma e as diversas concepções realizadas pela doutrina, sendo possível compreender que até mesmo os dados do contexto extrajurídico importam[289].

Rodolfo Sacco ensina que é impossível que se identifique um conceito através da análise de um único *formanti.* Existem aqueles que nascem verbalizados (o doutrinário, por exemplo), mas outros não. Por isso, é necessário que se diferenciem os principais formantes de acordo com a sua função dentro de cada ordenamento. Para tanto, classifica-os[290] em formantes “ativos” ou “dinâmicos”, entendidos como aqueles fenômenos jurídicos que produzem diretamente o direito autoritativo, como a legislação e a jurisprudência, e em formantes explícitos ou não verbalizados (criptotipos). É, com efeito, importante a distinção para que o comparatista se desvincule da visão do positivismo legislativo a favor de um olhar do direito que dê a cada um o seu papel, a depender do lugar e do tempo[291].

Além dos *formanti,* Sacco faz referência aos *crittotipi*[292]*,* que nada mais são do que os padrões implícitos, ou seja, todo o padrão que ainda não é conhecido e pode se tornar conhecido mais tarde. Muito embora não sejam expressamente

---

[288] SACCO, Rodolfo. **Introduzione al Diritto Comparato.** V Edizione. Turim: UTET, 1992, p. 43-50.

[289] SACCO, Rodolfo. **Introduzione al Diritto Comparato.** V Edizione. Turim: UTET, 1992, p. 43-63.

[290] SACCO, Rodolfo. **Introduzione al Diritto Comparato.** V Edizione. Turim: UTET, 1992, p. 43-63.

[291] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 20.

[292] SACCO, Rodolfo. **Introduzione al Diritto Comparato.** V Edizione. Turim: UTET, 1992, p. 127.

enunciados, os criptotipos são percebidos e transmitidos de geração em geração de juristas, assim como as normas jurídicas de sociedades não escritas são preservadas e transmitidas ao logo dos tempos, assumido para o jurista que os utiliza o caráter de uma coisa óbvia.

De fato, os criptotipos são importantes para compreensão do direito interno de um país e ainda mais para análise comparativa dos ordenamentos e dos institutos que o compõem, já que permeiam o direito em todas as suas dimensões[293]. Assim, a comparação não pode atribuir carga valorativa a *crittotipi* exclusivos, razão pela qual não é prudente que a formulação conceitual perpasse, unicamente, pela análise do direito positivo de cada Estado.

Em outras palavras, não se pode conceituar institutos tais como a corrupção apenas com base naquilo que está definido na lei de cada país como tal, mas se deve levar em consideração todos os *formanti* e uma sensibilidade na valoração dos *crittotipi* dos variados sistemas jurídicos, como explicam Pavani e Paffarini fazendo referência ao conceito de “lei muda” de Rodolfo Sacco[294].

O comparatista deve, portanto, analisar o objeto do seu estudo por meio das linhas evolutivas da jurisprudência, da praxe administrativa, das orientações da doutrina, como igualmente através de outros elementos que compreenda como importantes, mas que não são necessariamente limitados à superfície do fenômeno jurídico estudado, ainda que disso derive a necessidade de recorrer a categorias e instrumentos de análise próprios de outras ciências[295].

O desafio da compreensão do significado de corrupção sob a perspectiva da comparação jurídica se intensifica, portanto, no contexto dos ilícitos corruptivos transnacionais, especialmente porque a coordenação da repressão da criminalidade transnacional deve conduzir a aplicação de princípios e soluções

---

[293] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 23.

[294] PAVANI, Giorgia. PAFFARINI, Jacopo. **Un acercamento comparado al tema de la corrupción em América Latina.** No prelo.

[295] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 21.

jurídicas análogas, ainda que no âmbito de um sistema plural e não hierárquico[296], levando em consideração os distintos *formanti* da norma jurídica e os diversos *crittotipi* que se constroem a partir dos diferentes valores de cada Estado.

Ainda que não se descarte a utilização do Direito Comparado para contribuição nas ideias da tese, parece ser a comparação jurídica a grande protagonista de articulação para definição de uma proposta de *mínimo comum corrupto,* na medida em que pretende considerar os *formanti* (em aspectos mais vinculados à ordem jurídica) e os *crittotipis* (em aspectos que transcendem a ordem jurídica para alcançar contribuições de outras ciências). Pavani e Paffarini, nesse sentido, defendem que: "*Si en el análisis comparativo, un criptotipo vale tanto como un formante activo (como son las leyes y las sentencias) hay que dar cuenta de todos estos elementos en el análisis de la corrupción para examinar el contexto antes del texto*"[297].

A corrupção transnacional impõe, portanto, o desafio de conceber aproximações conceituais do fenômeno a partir da comparação jurídica, já que a transnacionalidade dos ilícitos determina a concorrência de diferentes jurisdições sobre os casos. É que a competência para o julgamento dos ilícitos corruptivos transnacionais caberá exclusivamente às autoridades judiciárias nacionais, e não aos órgãos de justiça internacional[298].

Diante, portanto, da ideia de que existe uma dinâmica global que está inserida no contexto de uma corrupção sistêmica, interligando-a a um fenômeno de alcance transnacional, independentemente das peculiaridades de cada realidade social e histórica, a virtude do direito transnacional no tratamento da questão está no fato de que buscará a harmonização entre os sistemas jurídicos, criando pontes de diálogo, cooperação e circulação de modelos jurídicos.

---

[296] BOISTER, Neil. **An Introduction to Transnational Criminal Law.** Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 32-33.

[297] PAVANI, Giorgia. PAFFARINI, Jacopo. **Un acercamento comparado al tema de la corrupción em América Latina.** No prelo.

[298] BOISTER, Neil. **An Introduction to Transnational Criminal Law.** Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 30.

2.1.2 Os aspectos peculiares da corrupção sob uma perspectiva comparada

O terreno da corrupção, a partir de uma perspectiva que se pretenda comparada, apresenta alguns aspectos peculiares. Isso se acentua quando o fenômeno é analisado desde a sua natureza transfronteiriça, que ultrapassa o direito ocidental, identificando-se a partir de aspectos transnacionais que a identificam enquanto movimento mundializado, especialmente quando considerada dentro de um contexto de práticas comerciais que se desenvolvem através de todo ambiente global.

A questão sobre corrupção em plano transnacional, cuja especificidade alcança os objetivos da tese, faz refletir o papel das organizações internacionais nos ideais anticorrupção. Acontece, entretanto, que essas organizações, em regra, não apreciam as instituições locais e a cultura nacional, o que leva a um verdadeiro abismo na adaptação de seus programas de combate a práticas corruptas. Nesse sentido, o próprio crescimento econômico se trata de uma medida que as instituições tendem a não levar em conta, mas que se reflete a partir de grandes diferenças entre os países em áreas como saúde, educação, oportunidade econômica e qualidade ambiental. Há uma grande variação desses padrões ao redor do mundo e mesmo que não se defenda a ideia de universalismo ético, é possível identificar que, independentemente do objetivo de uma instituição ou política, a corrupção invariavelmente poderá comprometê-lo[299].

Para os comparatistas, esse contexto transnacional do fenômeno corruptivo evoca o tema das analogias e diferenças. Podem ser objeto da comparação fenômenos que se compreendem tanto semelhantes quanto distintos. Isso se justifica na medida em que as diferenças representam a razão mesma da comparação. A homogeneidade entre os institutos também é considerada condição de comparabilidade, restrita, no entanto, à microcomparação[300]. Daí que a verificação

[299] ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e Governo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020, p. 25.

[300] A respeito da micro e macrocomparação, Pegoraro afirma que “A etimologia das duas palavras (micro e macrocomparação) já faz intuir a diferença entre os dois tipos de atividade. O que caracteriza a macrocomparação é a exigência de agrupar ordenamentos/sistemas homólogos em classes distintas a partir de suas diferenças. A microcomparação tem como objeto institutos específicos, atos, procedimentos, funções, entes, direitos, poderes, deveres, etc., que operam ou são previstos em dois ou mais ordenamentos jurídicos diversos. PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 25.

das analogias e diferenças é a consciência de que o objeto de estudo – no caso, a corrupção, pode ser comparada.

A corrupção enquanto objeto da comparação jurídica apresenta especificidades porque requer, metodologicamente, uma aproximação de disciplinas diferentes e sua utilização de forma singular. Os estudos comparados nesse tema tocam particularmente à economia.

Na via das investigações macro, as relações entre economia e corrupção se revelam de especial interesse. Nesse sentido, propõem-se estudos comparativos da corrupção fincados em valores econômicos, divisando técnicas para medição e estudo de um fenômeno que é de difícil observação. Ainda que diferenças culturais e de padrões morais possam prover nuances e sutilezas ao estudo comparado da corrupção, a abordagem econômica é fundamental para compreensão dos seus maiores e mais impactantes incentivos, especialmente porque o confronto ao problema das práticas corruptas pode ser associado ao fracasso de inciativas desenvolvimentistas[301].

Outras ciências igualmente se revelam de interesse no estudo comparado da corrupção. Podem se mencionar, entre outros, a filosofia, a história e a sociologia.

A filosofia porque os estudos comparatistas são orientados pelas visões filosóficas que permeiam cada pesquisador individualmente, não essencialmente na dicotomia entre positivismo e jusnaturalismo, mas no papel atribuído ao direito como ideia, fato ou linguagem. A história, pois alimenta transversalmente os estudos comparatistas tornando imprescindível o seu uso, especialmente a história do direito, já que é a partir dela que se se torna possível compreender o verdadeiro conhecimento da evolução dos fenômenos jurídicos, permitindo que se penetre na alma dos sistemas normativos de tantos diferentes povos e culturas a fim de captar a sua viva realidade. E a sociologia na medida em que permite a verificação da aderência dos esquemas jurídicos a dados empiricamente verificáveis, funcionando como elemento de reflexão para que as investigações não se baseiem em preconceitos separados da

[301] ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e Governo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020.

realidade, permitindo que se verifique a aplicação de interpretações do direito aceitas em determinados contextos, mas inaplicáveis a outros[302].

A questão cultural, todavia, parece ser um dos principais desafios a serem considerados ao estudo da corrupção em sede de comparação jurídica, na medida em que os fatores culturais podem ter a capacidade de diferenciar o significado e o alcance de "corrupção". Com efeito, os modelos clássicos de atos corruptos partem de um pressuposto de uso indevido do poder público para ganho privado[303], mas a compreensão desse comportamento como ato ilícito afeto à ideia de corrupção varia de acordo com a compreensão da própria sociedade em análise enquanto comportamento aceitável.

Dispositivos legais previstos nos ordenamentos jurídicos e padrões culturais auxiliam na tarefa de situar uma transação na categoria de corrupta ou não. O fato é que esses padrões culturais se revelam como criptotipos que interferem sobremaneira nos aspectos afetos à compreensão da corrupção no âmbito da doutrina e da jurisprudência, enquanto formantes ativos. O problema se intensifica porque tais padrões culturais não são fixos no tempo ou no espaço e, considerando a transnacionalidade do fenômeno, eles podem ainda variar de um país para o outro.

2.2 O PARADIGMA DA CORRUPÇÃO COMO CONCEITO MULTIDISCIPLINAR

Se é possível reconhecer a transnacionalidade da criminalidade, é igualmente possível que se reconheça a existência de um fenômeno de internacionalização da sua repressão[304], do que se depreenderá esforços conjuntos dos países eventualmente identificados como alvo de operações corruptas. Com

---

[302] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 34-38.

[303] Ackerman compreende que as normas sociais enraizadas afetam a incidência da corrupção, assim como a definição de comportamento aceitável. Mas, pondera, entretanto, que "o estudo da 'cultura' é parte de um esforço analítico maior, para entender causas e consequências da corrupção. Alguns comportamentos – confiança em outros, por exemplo, ou a concessão de 'presentes' a servidores públicos – podem ser determinados pelos costumes de uma cultura, mas podem também ser motivados por cálculos estratégicos e por suposições acerca dos interesses de outros agentes." ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e Governo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020, p. 290.

[304] AMALFITANO, Chiara. **Conflitti di giurisdizione e riconosciumento delle decisioni penale nell'Unione** Europea. Giuffrè: Milano, 2006, p. 105.

efeito, o reconhecido caráter multifuncional[305] da luta contra a corrupção expressa o seu valor estratégico em diversas áreas e explica a razão pela qual o seu enfrentamento faz parte dos interesses das instituições supranacionais[306].

A corrupção é tão velha quanto a civilização humana, sujeitando-se a contínua mudança e redefinição[307]. Parte-se, pois, da compreensão de que é contemplada como um termo usado de muitas formas, para denotar muitas coisas e suas consequências, vistas geralmente de modo negativo, mas ainda assim amplas[308].

Mesmo à luz da comparação jurídica e, admitindo-se – como se procedeu no subtítulo anterior, a contribuição de outros ramos da ciência para delimitação do alcance e significado da corrupção, a tarefa não se torna menos onerosa, já que tal desiderato tem sido objeto de profundas e contínuas reflexões, das mais variadas áreas, sem que se possa confirmar que uma resposta definitiva tenha sobressaído. O único consenso que se pode extrair em relação ao tema da corrupção é que se trata de um problema a ser enfrentado.

Dentro dos limites da tese, cabe, portanto, a exposição sobre as razões de dificuldade de uma definição conceitual, reconhecendo-se, todavia, que as características multidisciplinares do fenômeno irradiam efeitos na sua própria delimitação conceitual, especialmente quando considerada a partir das interfaces de um direito global, em que as condutas eventualmente tidas por corruptas espalham seus efeitos por diferentes ordenamentos jurídicos nacionais.

2.2.1 A insuficiência de uma abordagem estritamente jurídica da corrupção

As diversas línguas que emprestaram etimologia através do latim se utilizam do termo corrupção, pois sua origem advém de *corrumpere*, que denota um

---

[305] Expressão utilizada por DAVIGO, Piercamillo; MANNOZZI, Grazia. **La corruzione in Italia.** Percezione socliale e controlo penale. Laterza, Roma-Bari, 2007.

[306] PATALANO, Vincenzo. Profili problematici dela corruzione Internazionale. In: AA. VV., **Nuove strategie per la lotta al crimine organizatto transnazionale**. A cura di PATALANO, Vincenzo. Torino: Giapichelli, 2003, p. 400 e ss.

[307] VON ALEMANN, Ulrich. The unknown depths of political theory: The case for multidimensional concept of corruption. **Crime, Law and Social Change.** V. 42, 2004, p. 33.

[308] EVERETT, Jeff. NEU, Dean. RAHAMAN, Abu Shiraz. The Global Fight Against Corruption: A Foucaultian, Virtues-Ethics. **Journal of Business Ethics.** N. 65, 2006, p. 5.

sentido de decadência e perversão moral[309]. Essa percepção latina do termo é dos filósofos gregos antigos, dentre eles Aristóteles que, no uso da expressão *corruptionis,* manifestava a ideia de romper totalmente, quebrar o todo, destruir os fundamentos ou as estruturas de algo[310].

A existência de sistemas políticos e governos[311] se confunde com a corrupção que, do ponto de vista da legalidade, sempre teve sua essência associada à ideia de venalidade em torno da função pública[312]. Em 3.000 a.C., no Egito, já eram identificados incentivos espúrios que tinham a capacidade de influenciar indevidamente o desempenho das funções públicas[313].

Entre os gregos, na fase clássica caracterizada principalmente pelo surgimento da *pólis*, três eram as formas de delitos que poderiam ser praticados por funcionários contra a administração pública: o peculato, a corrupção e o abuso de autoridade. A corrupção de juízes era outro tipo específico. Com o objetivo de proteção da *pólis*, as sanções aplicadas a quem praticava essas condutas eram muito graves, contemplando inclusive a pena de morte[314].

Há referências à corrupção também na Bíblia[315], que mantinha um significado de contraposição entre o homem mortal e a eternidade divina, incorruptível. O que representava a separação do homem a Deus era justamente a sua corrupção,

---

309 KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economia y la sociedade. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. **Política Criminal.** N. 3, 2007, p. 5. O contexto se refere tanto ao comportamento político quanto sexual, já que a palavra latina *corruptus* serve para designação do que destrói o caráter saudável. KLITGAARD, Robert E. Tradução de Octavio Alves Velho. **A corrupção sob controle.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 40.

310 A noção de corrupção se origina através das observações da natureza, em um sentido biológico de que existe um processo natural de desgaste ou degeneração pelo qual todo o ser vivo passa até chegar à morte. É transpassada para o mundo político e social quando os filósofos "passam a considerar os entes políticos (cidades, governos, instituições, regimes) também como se fossem corpos naturais. Em tal contexto, a corrupção surgiria quando os entes políticos começassem a sua força e seu vigor iniciais, revelando sintomas de fragilidade, de degeneração e de desvios dos seus princípios fundantes". HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance, e investigação criminal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª Tiragem, 2020, p. 11-12.

311 KLITGAARD, Robert E. Tradução de Octavio Alves Velho. **A corrupção sob controle.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 23.

312 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal (Vol. IX).** Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 365.

313 NOONAN JR., John T. **Subornos.** Trad. Elsa Martins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 11.

314 OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes e corrupção.** Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 6.

315 LIVIANU, Roberto. **Corrupção:** incluindo a nova Lei Anticorrupção. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 23-24.

na medida em que, sendo um pecado em si mesma, acabou incorporando elementos que a aproximaram de uma ideia mais moderna de desvio de conduta no exercício de responsabilidades públicas, vinculando o grau de corrupção ao cumprimento dos deveres sagrados reais.

Existem posições no sentido de que o conceito de corrupção está logicamente vinculado com o de sistema normativo, compreendido nesse sentido como o conjunto de regras que, em cada caso concreto, regula as condutas sociais para promoção do bem comum[316]. Assim, a conceituação de corrupção dependeria do marco normativo dentro do qual se produz o ato ou a atividade qualificada como corrupta[317].

O problema é que a noção de moral, que antecipa o direito, está umbilicalmente relacionada a ideia de corrupção e talvez por isso as concepções estritamente jurídicas para sua compreensão nunca conseguiram emprestar-lhe um conceito bem delimitado. Essa abordagem é fruto das pesquisas de Laura Underkuffler[318], para quem sempre parecerá insatisfatório buscar a essência da corrupção na violação à lei se o seu explícito fundamento moral não for reconhecido. A corrupção seria equivalente a um mal moral, "não apenas algo mau (*bad)*, se trataria de algo mal (*evil)*" o que "dialoga com as raízes religiosas do termo"[319].

Tomando-se por verdadeiro o pressuposto de Underkuffler, a corrupção seria uma espécie de força externa contra a qual os seres humanos são naturalmente suscetíveis, decorrendo daí a noção de tentação para prática da corrupção[320]. Não se trata(ria) de analisar os atos das pessoas em si, mas sim a sua própria personalidade. Significa(ria), pois, a condenação não dos atos praticados, mas da pessoa que os

---

316 GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción. In CARBONELL, Miguel; VÁSQUEZ, Rodolfo (org.). **Poder, Derecho y Corrupción.** México: Siglo XXI Editores, 2003, p. 21.

317 HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: c*ombate transnacional, compliance, e investigação criminal.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª Tiragem, 2020, p. 18.

318 UNDERKUFFLER, Laura S. **Captured by Evil:** The Idea of Corruption in Law. New Haven: Yale University Press, 2013, p. 54-73.

319 NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa:** um debate pela perspectiva penal. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 31-32.

320 UNDERKUFFLER, Laura S. **Captured by Evil:** The Idea of Corruption in Law. New Haven: Yale University Press, 2013, p. 64.

pratica, ou seja, o *status* de corrupto se revelaria quando os atos são identificados, mas antes mesmo da sua realização. Por essa razão, a adequada forma de enfrentamento da corrupção seria a admissão do seu pressuposto moral, a fim de que se construam respostas sancionatórias aptas a lidar com essa particular característica[321].

Essa percepção parece ser sedutora para construção de um modelo que seja capaz de conferir normatividade punitiva transnacional, já que alça um elemento comportamental, ínsito ao ser humano, tal como a moral, a um patamar que em alguma medida interconecta todos aqueles que se submetem ao fenômeno corruptivo.

A adoção de um pressuposto moral poderia dar origem a um paradigma de resposta estatal que tenha alguma capacidade para ultrapassar os desafios dos diferentes Estados que, não obstante construam ordens jurídicas transnacionais anticorrupção, invariavelmente esbarram nas diferenças entre os marcos normativos domésticos quando pretendem a punição da corrupção transfronteiriça.

Porém, a ideia de que a corrupção estaria afeta à natureza humana da pessoa que a realiza e não propriamente aos atos que essa pessoa pratica revela uma incompatibilidade com o modelo de direito público sancionatório, especialmente a partir das concepções de culpabilidade ligadas à Teoria do Delito. É que a essência da culpabilidade não reside em um defeito de caráter, mas na ausência de cumprimento das regras do Direito que são exigidas a determina pessoa diante de uma situação concreta[322].

Acontece que o impasse que se identifica a partir da compreensão da corrupção à luz de elementos morais e a sua eventual incompatibilidade com o modelo de construção do *jus puniendi* estatal não se pretende seja encarado como um problema em si mesmo. Revela, antes disso, mais uma faceta da

---

321 UNDERKUFFLER, Laura S. **Captured by Evil:** The Idea of Corruption in Law. New Haven: Yale University Press, 2013, p. 141-243.

322 Essa constatação faz com que as reflexões de corrupção e moral expressas por Underkuffler contraponha inclusive as noções de “Direito Penal do Autor” e “Direito Penal do Fato”, que mantém debate de extensa tradição no Direito Penal. NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa:** um debate pela perspectiva penal. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 34.

multidisciplinariedade que se pressupõe para construção de um conceito de ato corrupto.

Assim, a forma com a qual a corrupção e, por consequência, o seu sancionamento devem ser tratados passa, necessariamente, pela sua compreensão a partir de outros critérios que podem contribuir para o oferecimento de elementos aptos a identificação de um núcleo comum corruptivo, apto a incidir em contextos transnacionais.

2.2.2 Critérios para definição da corrupção desde uma perspectiva pública

Uma questão que merece delimitação diz respeito às pretensões da tese em relação ao fenômeno universal da corrupção no setor público. Evidentemente, a corrupção também se desenvolve no setor privado[323], sendo um importante tema de pesquisa, mas a ênfase do trabalho está na corrupção na esfera pública, especialmente por quê, como reconhece Ackerman[324], compromete os objetivos de desenvolvimento e distributividade e conflita com valores democráticos e republicanos[325].

O fato é que o sentido da palavra corrupção se trata um grande "guarda-chuva" usado para expressar praticamente tudo que representa o malversar da coisa pública, o mau uso ou abuso da condição de agente público, entre outras condutas

---

[323] O modelo de sancionamento da corrupção no âmbito privado não possui o mesmo alcance que a tipificação da corrupção pública entre os países. Grande parte das nações que introduziram a corrupção privada em seus ordenamentos jurídicos é europeia, o que se relaciona à pressão de organizações e instrumentos jurídicos internacionais, do que se pode mencionar a Ação comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia; a Decisão Quadro 2003/568/JI do Conselho da União Europeia; e em âmbito global, a própria Convenção contra a Corrupção da ONU. TEIXEIRA, Adriano. Considerações Introdutórias sobre o Crime de Corrupção Privada. In LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). **Comentários ao direito penal econômico brasileiro.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 523.

[324] ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e Governo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020, p. 26.

[325] A diferença fundamental entre a corrupção na esfera pública e privada está no fato de que na primeira a conduta do funcionário público condicionado pelo recebimento de uma vantagem atenta contra um poder que lhe foi confiado por todo o Estado e, consequentemente, por todo povo. Na segunda, o funcionário de uma empresa, por exemplo, representa em tese apenas os interesses do dono da empresa e dos seus acionistas. Assim, o bem jurídico protegido pelos tipos sancionadores de corrupção pública é bem mais sensível do que os interesses eventualmente resguardados pela proibição da corrupção privada. TEIXEIRA, Adriano. Considerações Introdutórias sobre o Crime de Corrupção Privada. In LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). **Comentários ao direito penal econômico brasileiro.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 525-526.

que, em síntese, representam a sobreposição de interesses privados em detrimento do interesse público.

A corrupção pública passa, assim, a ser relacionada a comportamentos que ofendam valores costumeiramente ligados à administração pública nacional ou internacional ou, ainda, àqueles que impliquem no uso abusivo de poder e recursos públicos, de modo a promover a intrusão dos interesses privados nos interesses públicos em detrimento do bem comum.

A partir daí a relação entre corrupção e administração pública se intensifica, o que justifica a delimitação que se apresenta na medida em que a preocupação do trabalho reside na ideia de demonstrar a corrupção desde uma perspectiva transnacional no âmbito do suborno de agentes públicos em transações comerciais internacionais, ou seja, no âmbito de uma relação entre um particular de um país e um representante da administração pública de outro.

Três são os fatores destacados por Francesco Cingari[326] para proliferação da corrupção no âmbito da administração pública. O primeiro é que os chefes das principais pastas dos altos escalões governamentais não possuem obrigação de serem provenientes da carreira que irão chefiar, o que significa que a sua porta de entrada na administração está justamente no vínculo político que se estabelece com o representante eleito que o nomeou, resultando em um nível de independência funcional aquém do desejado. O segundo está relacionado com as situações de conflitos de interesse dos agentes públicos, em que o pagamento de propina pode provocar a realização de um ato, em tese, legal, mas que não representaria o real interesse público. E o terceiro trata da lentidão do aparato administrativo, já que em termos de capacidade técnica o corpo funcional e os requisitos burocráticos que se verificam no ambiente público não acompanham o ritmo acelerado das instituições privadas, o que facilita a proliferação de atos de corrupção.

[326] CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto ala corruzione. In PALAZZO, Francesco (a cura di). **Corruzione Pubblica:** repressione penale e prevenzione amministrativa. Firenze: Firenze University Press, 2011.

De todo modo, Vannucci questiona quais seriam os padrões para mediação de abusos cometidos por agentes públicos. E, nesse sentido, propõe três possíveis critérios para definir "*Il cosa della Corruzione*"[327]:

> Nelle scienze sociali, in parallelo con la crescita d'interesse sul tema della corruzione, si sono individuati tre possibili criteri alternativi in base ai quali delimitare l'estensione della corruzione: A) le norme giuridiche; B) l'opinione pubblica; C) l'interesse collettivo.

No caso das normas jurídicas, conforme já se demonstrou no subtítulo anterior, entendem-se como insuficientes, por si só, para definição de corrupção. Reforça-se o argumento a partir da posição de Vannucci, que explica que até existe algum mérito em uma abordagem nesse sentido pois ela delimita a matéria de forma relativamente clara, pelo menos dentro de cada sistema legal, já que a corrupção seria o que dizem as normas jurídicas sancionadoras a seu respeito: "*In Italia, ad esempio, si avrebbe corruzione soltanto quando un "pubblico ufficiale" accetta "denaro o altra utilità" per compiere atti d'ufficio o contrari ai doveri d'ufficio, come sancito dagli articoli 318 e seguenti del codice penale*"[328]. Acontece, todavia, que se corre o risco de não conseguir identificar elementos persistentes e comuns, válidos em diferentes realidades institucionais, o que afetaria sobremaneira a disposição da corrupção sob uma perspectiva transnacional.

Com base nos julgamentos da opinião pública, qualquer conduta que entre em conflito com o tecido de valores sociais e regras não escritas que qualificam o exercício de funções públicas seria enquadrada como corrupção[329]. Esse viés teria o mérito de dar destaque às consequências da corrupção no sistema político, mas, em contraposição, importaria em uma restrição, já que não seria levada em conta a natureza desse tipo de julgamento público, que pode ser volátil, diferenciando-se entre

---

[327] VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 18.

[328] VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 18-19.

[329] Esse critério, entretanto, deve dar particular atenção às divergências em relação à corrupção da elite e da opinião pública. Fala-se em "corrupção negra" quando tanto a elite quanto os cidadãos consideram essas práticas deploráveis. A "corrupção branca" seria, de outro lado, as atividades que, embora formalmente proibidas, são julgadas aceitáveis e sua revelação não dá origem a nenhum escândalo. E, ainda, a "corrupção cinza", considerada a mais insidiosa para a estabilidade do sistema político, já que a sua revelação torna evidente a laceração que opõe a estrutura de valores que de prevalecer na sociedade civil. VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 20.

os distintos segmentos da população. Em outras palavras, a indignação do povo diante dos casos de corrupção é um critério útil, mas não pode ser unívoco, pois essas opiniões são muitas vezes condicionadas pelo clima político geral e pela forma como são apresentadas as notícias pelos meios de comunicação[330].

Existe ainda a tentativa de definição da corrupção a partir da utilização das noções de interesse público. Nesse caso, a corrupção seria a transgressão do interesse comum em favor de interesses particulares. Para Vannucci[331], o problema dessa definição estaria na noção de interesse público, que permanece ambígua e indeterminada, o que autorizaria a sua reivindicação por qualquer agente para justificar qualquer tipo de decisão. Em última análise, uma definição desse tipo tornaria aleatória a noção dos padrões que delimitam as atividades não corruptas.

O autor italiano reconhece, pois, que apesar dos limites dos critérios apontados, cada uma das três perspectivas que apresenta tem a capacidade de oferecer traços significativos do fenômeno corruptivo. Assim, a sua combinação permitiria o esclarecimento mais preciso de quais seriam os limites reais daquelas violações que se qualificam como corrupção. Nesse desiderato, Alberto Vannucci, explica a lógica elementar da corrupção, valendo-se da história da dramaturgia teatral ao compará-la a obra "Arlequim, servo de dois amos". Com efeito, o corrupto seria uma espécie de Arlequim "*cui il vero padrone há affidato la cura dei propri interessi, ma che all'insaputa di questi vendi i suoi servigi anche a um secondo padrone, il corruttore*"[332].

No caso da corrupção atrelada à esfera pública os agentes públicos recebem uma espécie de delegação de um conjunto de cidadãos para o desempenho de atividades que objetivam a realização de interesses coletivos. Naturalmente, cada agente carrega consigo interesses privados que podem não coincidir com os gerais, abrindo caminho para que exerça sua atividade com pouca eficiência e transparência.

---

330 VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 21-22.

331 VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 22.

332 Na tradução livre: "a quem o verdadeiro senhor confiou o cuidado de seus interesses, mas que, sem o conhecimento deste, vende seus serviços também a um segundo senhor, o corruptor". Seria a corrupção, portanto, um verdadeiro "jogo a três", perfectibilizando-se com a traição por parte de um agente de uma relação de confiança que o liga ao Estado, em benefício de um terceiro sujeito com o qual se combina de forma escusa. VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 22.

É por essa razão que a delegação de responsabilidades aos agentes públicos vem acompanhada de procedimentos e regras que devem limitar a sua discricionariedade, associadas a mecanismos de controle e sanção em caso de não cumprimento ou de mau exercício dos seus poderes[333].

Em termos formais, Vannucci[334] traduz a corrupção a partir de quatro momentos. O primeiro trata da violação das regras oficiais ou dos vínculos informais – as regras não escritas – que estabelecem as obrigações de um agente para com outro sujeito – seu principal – que lhe delegou poderes e responsabilidades no cuidado de seus interesses. O segundo se realiza quando o agente (o corrupto) faz um acordo oculto que normalmente prejudica os interesses do principal. O terceiro se estabelece quando o corrupto exerce seu poder ou a capacidade de influenciar decisões, ou transmite informações confidenciais, em benefício de uma terceira parte (o corruptor), no contexto de uma troca. E, com isso, o quarto momento se perfectibiliza através da previsão de uma contrapartida em seu próprio benefício, tal como uma compensação monetária – a propina – ou de outra natureza (também diferida ou indireta).

Essa definição é capaz de recuperar os três critérios apresentados pelo autor italiano (norma jurídica, opinião pública e interesse coletivo). Com efeito:

> In primo luogo, i criteri ai quali commisurare la violacione che contraddinstingue la corruzione non sono soltanto le regole formali – pressoché tutti gli ordinamenti prevedono norme che sanciscono il divieto per gli agenti pubblici di accettare compensi da soggetti interessati dall'esercizio delle loro funzioni – ma anche gli standard etici che rispondono ai valori sociali diffusi. Lo stigma dei colleghi e la riprovazione dei cittadini che accompagnano la rivelazione di attività "corrotte", alimentado lo scandalo che ne consegue, rappresentano un deterrente al pari delle sanzioni previste dal codice penale.
>
> Entra qui in gioco anche il terzo criterio, quello dell'interesse pubblico. La corruzione infatti é uno *scambio occulto* tra due atori, uno dei quali viene meno al legame di fiducia con un terzo soggetto, rivelandosi infedele rispetto al

[333] VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 23.

[334] VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 23.

> mandato ricevuto, che gli imporrebbe invece la cura degli interessi di quest'ultimo[335].

A corrupção pública ocorre, na conclusão de Vannucci, quando se realiza uma troca oculta entre um corruptor e um agente público através da qual ambos compartilham entre si recursos derivados da traição operacionalizada pelo detentor da delegação da coletividade, que pode ser sancionada tanto pelas normas jurídicas quanto pelo "sentir comum" decorrente dos valores sociais[336].

Outros autores buscam a inspiração na economia para tentativa de definição dos limites e alcances do conceito de corrupção, especialmente no contexto da criminalidade transnacional a partir de atividades empresariais globalizadas. Vincenzo Mongillo[337] refere que: "*Nell'epoca in cui viviamo, caratterizzata dal dominio dell'economia sulla società e sulla politica, la corruzione ha, anzitutto, assunto una prevalente conotazione economica*". Até porque seria difícil compreender inteiramente a ligação entre corrupção e globalização sem considerar a abertura de mercados devido à transição repentina das economias emergentes para modelos capitalistas de produção e troca de bens e serviços[338].

O modelo enfatiza a corrupção a partir dos danos econômicos que ela é capaz de causar, tendo como paradigma o trabalho de Susan Rose-Ackerman, intitulado "Corrupção: um estudo em economia política", de 1978, tido por muitos como o verdadeiro precursor sobre uma visão jus-econômica do fenômeno corruptivo[339]. A tese da autora é a de que três elementos concorrentes são necessários para existência da corrupção, quais sejam, a posse de poder discricionário do sujeito corrupto, que coloca seus interesses à frente dos da organização para a qual trabalha; a possibilidade concreta de criar ou extrair renda econômica através do exercício

---

335 VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 23-24.

336 VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 24-25.

337 MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 3.

338 MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 5.

339 ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption: a study in political economy.** Nova York/London: Academic Press, 1978.

deste poder discricionário; a fragilidade das instituições incapazes de impedir práticas corruptas[340].

Na presença de tais elementos, o crescimento econômico pode ser prejudicado pela corrupção de diferentes modos, tais como a má alocação de recursos públicos através de investimentos chamados “elefantes brancos”; aumento dos custos das obras públicas para absorção do preço das propinas; alterações no funcionamento dos preços de mercado em razão de distorções na concorrência; erosão fiscal; redução de investimentos estrangeiros; custos de crédito mais elevados para as empresas devido ao grau de risco dos empréstimos e, finalmente, disparidades sociais e econômicas, exacerbando as condições de pobreza[341].

Essas abordagens permitem o reconhecimento de que a corrupção se assume enquanto questão generalizada ou sistêmica e, independentemente dos critérios a serem utilizados para sua concepção, é fato que a corrupção pode ser reconhecida como um fenômeno sistêmico se assimilada a partir da sua percepção enquanto um problema da sociedade e das instituições.

Se antes estava mais consolidada em regiões continentais menos desenvolvidas como a África, a Ásia e a América Latina, hoje possui magnitude global, o que pode ser testemunhado a partir do interesse de organizações internacionais sobre questões relativas ao seu enfrentamento, como no caso da OCDE, que trabalha na sua medição, classificação e valorização a partir de *rankings* de escala mundial[342].

Dois são os fatores através dos quais se torna possível compreendê-la como um fenômeno sistêmico. O primeiro diz respeito a abertura das administrações públicas a módulos organizativos e processuais de liberalização e privatizações. O segundo trata do enfraquecimento das soberanias estatais, nomeadamente no âmbito

---

[340] ROSE-ACKERMAN, Susan. The Political Economy of Corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Ed.) **Corruption and the Global Economy.** Washington: Institute for Internacional Economics, 1996, p. 31.

[341] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 11.

[342] Dentre os rankings de medição da corrupção, podem servir de exemplo o Indicador de Governança Mundial do Banco Mundial criado em 1996 e o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) da Transparência Internacional criado em 1995. PAVANI, Giorgia. PAFFARINI, Jacopo. **Un acercamento comparado al tema de la corrupción em América Latina.** No prelo.

econômico e financeiro, desencadeando a livre circulação de capitais e a internacionalização de investimentos, mas principalmente através do lançamento de mecanismos competitivos com base em uma imagem de eficiência, responsabilidade e ética[343].

2.3 A CORRUPÇÃO ENQUANTO FENÔMENO TRANSNACIONAL

Faz parte do senso comum o reconhecimento de que a corrupção possui efeitos devastadores no crescimento econômico, na igualdade e na confiança das instituições.

Segundo números do Banco Mundial, a corrupção é responsável pela drenagem anual de $ 2,6 trilhões de dólares da economia mundial, o que significa mais de 5% do produto interno bruto global, com mais de 1 bilhão de dólares pagos em suborno todos os anos[344].

Dentre os dados utilizados de métricas em relação a corrupção, pode-se mencionar o *Risk Forecast* e o índice de percepção da corrupção – IPC. O primeiro, desenvolvido por Alina Mungiu-Pippidi em conjunto com o Centro Europeu de Investigação para o Combate à Corrupção e a Construção do Estado – ERCAS e o Centro Anticorrupção e Governança – ACGC, adota uma abordagem baseada em dados, valendo-se de critérios como a transparência governamental e a eficácia das instituições e se configurando em indicadores concretos da estrutura estatal[345].

Já o IPC, que depende exclusivamente de percepções subjetivas, é proveniente dos trabalhos da organização não governamental denominada Transparência Internacional e reflete as opiniões e percepções sobre a corrupção em diferentes países, tratando-se de uma avaliação baseada em pesquisas de opinião,

---

[343] FERRARI, Guiseppe Franco. “Corruzione e anticorruzione: lineamenti generali e luoghi comuni”. In **DPCE** *online*, 2019/1, p. 166.

[344] Clean Business is good business. A joint publication by the International Chamber of Commerce, Transparency International, the United Nations Global Compact and World Economic Forum Partnering Against Corruption Initiative (PACI). Disponível em: <https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2FAnti-Corruption%2Fclean_business_is_good_business.pdf>. Acesso em 17 set. 2023.

[345] Disponível em: <https://corruptionrisk.org/about/>. Acesso em 9 mar. 2024.

que captura como a corrupção é percebida pelo público, embora não disponha de uma medida direta do seu real nível.

O índice de percepção da corrupção de 2023, conteúdo mais atualizado produzido pela transparência internacional, identificou que mais de dois terços dos 180 países medidos possuem uma pontuação inferior a 50 em 100, o que demonstra que têm sérios problemas de corrupção. Apenas 43 países mantêm estagnados os seus níveis corruptos, enquanto a maioria não realizou nenhum progresso ou diminuiu na última década. Ainda, 23 países caíram para as pontuações mais baixas no último ano. A conclusão da Organização, portanto, é a de que apesar dos progressos realizados em todo mundo no que tange a criminalização da corrupção e no estabelecimento de instituições especializadas para combatê-la, os níveis permanecem estagnados em âmbito global[346].

Nesse contexto, a corrupção enquanto prática transnacional pode ser evidenciada a partir de escândalos como *Tangentopoli,* iniciada na Itália; na Lava-Jato, originária do Brasil; na FIFA, sediada na Suíça; nas federações desportivas, vinculadas com a Rússia; no *Dieselgate,* a partir dos Estados Unidos; do *Panamá papers*, advindos do Panamá e; do *Vatileaks*, com centro no Vaticano, por exemplo. Esses casos deslocam a necessidade de combate à corrupção para atores transnacionais[347].

De mais a mais, desde que o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS 16 introduziu o Estado de Direito e a qualidade das instituições entre os objetivos de desenvolvimento sustentável, referindo-se no item 16.5 especificamente quanto ao combate à corrupção, os esforços se multiplicaram para encontrar medidas que possam orientar políticas anticorrupção eficazes.

A preocupação de Organizações Internacionais tais como a OCDE em relação ao combate a corrupção faz parte de agenda global de enfrentamento à criminalidade transnacional. A compreensão da corrupção enquanto fenômeno

---

[346] TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção.** 2023. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org/en/cpi2023>. Acesso em 9 mar. 2024.

[347] STAFFEN, Márcio Ricardo. Indicadores transnacionais de corrupção ambiental: a opacidade na transparência internacional. **Revista de Direito Internacional.** Volume 17, n. 2, 2020, p. 354.

transnacional exige, antes de tudo, que se a reconheça enquanto espécie do gênero da criminalidade transnacional.

Os delitos transnacionais são uma categoria definida por Boister como "a repressão indireta, pelo direito internacional, por meio do direito interno, de atividades criminosas que, de fato ou potencialmente, tenham efeitos transfronteiriços"[348]. São crimes que alcançam repercussão em mais de um país, tanto no planejamento, quanto na execução e mesmo nos impactos eventualmente produzidos[349].

A criminalidade transnacional e o efetivo combate à corrupção a nível transfronteiriço se refletem a partir da detalhada análise da concepção e surgimento da Convenção Anticorrupção da OCDE enquanto instrumento que comprova a hipótese da tese no sentido de que a preocupação com a corrupção transcende os limites territoriais dos Estados.

2.3.1 O papel dos Estados Unidos na política global de combate à corrupção transnacional

Até meados da década de 1970, a reprovação à corrupção se restringia ao âmbito nacional de cada Estado, mas sem a devida atenção às suas especificidades, nomeadamente em relação ao combate ao pagamento de suborno

---

[348] BOISTER, Neil. Transnational criminal law? In: **European Journal of International Law**, 2003, p. 955.

[349] Não se desconhece a existência de entendimentos contrapostos sobre o alcance e limites das terminologias sobre crime transnacional e crime internacional. De todo modo, para os efeitos da tese, considera-se direito penal internacional aquele que trata dos crimes contra a humanidade, genocídio, entre outros. A principal característica é dar origem a responsabilização individual pela violação de normas de importância fundamental para comunidade internacional e sem a necessidade, portanto, de legislação nacional de implementação. A criminalidade transnacional, por sua vez, está vinculada aos crimes de tratado, definidos por acordos que refletem o seu conteúdo prevendo a obrigação dos Estados parte de criminalizar determinada conduta no ordenamento jurídico interno. BALSAMO, Antonio. MATARELLA, Andrea. TARTAGLIA, Roberto. **La Convenzione di Palermo: il futuro dela lotta ala criminalità organizzata transnazionale.** Torino: G. Giappichelli Editora, 2020. p. 38. Em nível conceitual, a distinção entre direito penal internacional *stricto sensu* e direito penal transnacional está assentada em quatro elementos, a saber: a) a natureza – direta ou indireta, respectivamente – da responsabilidade penal; b) as características da jurisdição, na medida em que uma jurisdição universal se contrapõe a formas mais limitadas de jurisdição extraterritorial; c) a natureza dos interesses protegidos, tratando-se no primeiro caso de interesses fundamentais à comunidade internacional como um todo e, no segundo caso, os interesses nacionais compartilhados por vários países ou valores sobre os quais haja consenso suficiente a nível global; d) a diferente constituição das sociedades internacionais em que se protejam estes dois sistemas de normais penais. BALSAMO, Antonio. MATARELLA, Andrea. TARTAGLIA, Roberto. **La Convenzione di Palermo: il futuro dela lotta ala criminalità organizzata transnazionale.** Torino: G. Giappichelli Editora, 2020. p. 39.

por parte de empresas às autoridades públicas estrangeiras. A prática era, inclusive, estimulada por alguns Estados, como Alemanha e França, que permitiam que suas empresas deduzissem do imposto de renda os valores envolvidos em práticas corruptas no âmbito de transações comerciais internacionais[350].

O suborno transnacional era, portanto, considerado como uma política externa, já que a convicção era a que de subornar estrangeiros se tratava da contemplação de um costume local[351]. Assim, apenas quando realizada dentro dos limites normativos e territoriais é que se considerava ilegal.

Esse contexto pode ser compreendido como um dos principais fatores para que o tema da corrupção não estivesse inserido na pauta de discussão dos problemas globais. Alia-se a isso o fato de que as autoridades públicas estrangeiras envolvidas no recebimento de suborno pertenciam a classe dos denominados “países em desenvolvimento”. Não havia a compreensão de que autoridades públicas de países considerados ricos estivessem, igualmente, envolvidas em práticas de tal natureza[352].

E é justamente a partir do rumoroso *Watergate* que essa compreensão começa a se modificar. O caso inicia durante a campanha eleitoral dos Estados Unidos em 1972, com a prisão de cinco pessoas que estavam tentando invadir o escritório que sediava o Partido Democrata em Washington. O escritório era localizado em um complexo de escritórios que se chama *Watergate*, o que justifica o nome do escândalo.

Com as prisões, foi apreendido um bloco de notas com um dos detidos que possuía o contato de um ex-agente da agência de inteligência norte-americana

---

[350] FAGALI, Bruno. A construção e consolidação do ambiente normativo global de combate à corrupção empresarial. In **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-75, v. 1, n. 1, jan./mar. 2020, p. 33.

[351] NOONAN JR., John T. **Subornos.** Trad. Elsa Martins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 848. Em determinadas situações, considerava-se que as práticas corruptas poderiam incrementar a eficiência na alocação de recursos, pois reduzia a burocracia administrativa e facilitava o funcionamento dos mercados. PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e compliance.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

[352] FAGALI, Bruno. A construção e consolidação do ambiente normativo global de combate à corrupção empresarial. In **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-75, v. 1, n. 1, jan./mar. 2020, p. 35

que fazia parte de um comitê que trabalhava na campanha de reeleição presidencial de Richard Nixon. A partir daí se identificou que o propósito dos invasores era a obtenção de informações através da cópia dos documentos armazenados no escritório democrata, bem como com o conserto de uma escuta instalada em um dos telefones, o que demonstrou que já havia ocorrido uma invasão pretérita.

Com o aprofundamento das investigações e ajuda da imprensa, especialmente do periódico *The Washington Post,* chegou-se à informação de que um dos presos havia recebido um depósito de 25 mil dólares do Creep – *Commitee for the Re-Election of the President*. Esse comitê possuía um fundo secreto para financiamento de ações de espionagem com o objetivo de obter informações de supostos adversários de Nixon para corrida presidencial de 1972. Como não ficou provada, na época, a participação do Presidente, ou sequer a sua ciência em relação aos fatos ilícitos, Nixon foi reeleito[353].

Em 1973 o Senado americano instaurou uma comissão especial para investigação dos fatos. No âmbito dessa investigação ficou constatado que diversas empresas financiadoras das campanhas eleitorais repassavam valores através de fundos não contabilizados possivelmente utilizados para pagamentos ilícitos. Ainda que esse não fosse inicialmente o objetivo principal, descobriu-se que várias empresas norte-americanas utilizavam desse expediente para realização de subornos a governos estrangeiros[354].

Posteriormente se apurou ainda que o presidente gravava todas as reuniões realizadas no Salão Oval da Casa Branca e, quando solicitado para fornecer esse conteúdo, recusou-se. A Suprema Corte dos Estados Unidos determinou a entrega e assim foi possível provar que o Presidente obstruiu abertamente a

[353] SCHROTH, Peter W. The United States and the International Bribery Conventions. **The American Journal of Comparative Law.** Oxford: Oxford University Press, v. 50, outono/2002.

[354] FERREIRA, Luciano Vaz. **A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?** Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais (Faculdade de Ciências Econômicas) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2015.

investigação. Esse contexto fez com que Nixon renunciasse ao cargo de Presidente em 9 de agosto de 1974[355].

Esses episódios serviram para que os Estados Unidos descobrissem uma prática comum entre as empresas transnacionais norte americanas consistente no suborno de agentes públicos estrangeiros em troca de benefícios que facilitassem seus negócios no país destinatário dos investimentos[356]. A partir daí a agência governamental americana responsável pela fiscalização do mercado de capitais, a SEC – *United States Securities and Exchange Commission,* criou o *Voluntary Disclosure Program*, que se tratava de um programa voluntário de colaboração com incentivos para que as empresas celebrassem acordos de confissão com a SEC.

Não apenas em razão do programa, mas com a sua significativa contribuição, foram apuradas doações eleitorais internacionais e subornos a autoridades públicas estrangeiras realizadas por mais de 400 multinacionais norte-americanas[357], totalizando um montante de 22 milhões de dólares. Das 550 empresas mais ricas do mundo na época, 117 figuravam na lista de pagadoras de propina, totalizando o *quantum* de mais de 300 milhões de dólares em propina.

O caso das empresas *Lockheed Aircraft Corp.* e *Northrop* é significativo na medida em que os executivos da *Northrop* confessaram as práticas de suborno com base no modelo utilizado pela sua concorrente, justamente a *Lockheed*. Essa, por sua vez, admitiu que entre 1970 e 1975 havia realizado pagamento de subornos a funcionários estrangeiros de diversos países para obtenção de êxitos em licitações fora dos Estados Unidos, incluindo Estados desenvolvidos como Japão e Itália. No Japão, o primeiro-ministro japonês Tanaka Kakuei renunciou em razão das acusações de que teria recebido 2 milhões de dólares para influenciar a compra de aviões fabricados pela *Lockheed Jetliners.* E na Itália, o presidente Giovanni Leone igualmente renunciou ao cargo em razão da acusação de que teria favorecido a

---

[355] SCHROTH, Peter W. The United States and the International Bribery Conventions. **The American Journal of Comparative Law.** Oxford: Oxford University Press, v. 50, outono/2002.

[356] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 91.

[357] SCHROTH, Peter W. The United States and the International Bribery Conventions. **The American Journal of Comparative Law.** Oxford: Oxford University Press, v. 50, outono/2002.

mesma empresa na aquisição de aeronaves militares para as forças armadas italianas[358].

O escândalo da *Lockheed* serviu para identificação de duas questões que seriam fundamentais para alteração do contexto de pagamento de subornos transnacionais. A primeira reside no fato de que os pagamentos não eram realizados apenas para as autoridades públicas de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, mas igualmente a Estados ricos, com poder e influência global semelhantes a dos Estados Unidos. A segunda é que mesmo depois de todas as revelações trazidas pelas investigações não houve nenhuma condenação, já que não existia nenhum dispositivo de lei que proibisse o pagamento de subornos para autoridades públicas estrangeiras em solo estadunidense.

Assim, em 1977 se concebeu a FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*, legislação com o objetivo de proibir práticas de corrupção de empresas norte-americanas no exterior. O âmbito de sua incidência é bastante alargado, considerando agentes ativos de suborno os executivos, diretores, empregados ou qualquer agente que ofereça vantagem indevida à autoridade estrangeira com objetivo de obtenção de benefício ilícito. Os sujeitos passivos, por sua vez, expandem-se para qualquer autoridade que possua poder de influência e decisão sobre os interesses daquele que oferece a vantagem. O ato normativo também passou a exigir que as empresas de capital aberto mantenham livros e registros precisos, estabelecendo controles contábeis para evitar o uso de dispositivos que eventualmente disfarcem subornos corporativos[359].

A reação do empresariado norte-americano, entretanto, demonstrou-se crítica em razão do fato de que a legislação acabava criando vantagens competitivas

---

[358] No caso da *United Brands Corp.*, em 1975 o presidente da empresa cometeu suicídio ao se atirar do 22º andar de um edifício em Nova Iorque, o que chamou a atenção da SEC que descobriu a realização de subornos da empresa à alta cúpula do governo de Honduras, com o pagamento de 1 milhão de dólares em troca de isenção tributária para os produtos da sua empresa. O próprio presidente hondurenho, ao negar acesso aos seus registros bancários, foi deposto. FAGALI, Bruno. A construção e consolidação do ambiente normativo global de combate à corrupção empresarial. In **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-75, v. 1, n. 1, jan./mar. 2020, p. 65.

[359] EUA. **Foreign Corrupt Practices Act.** Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>. Acesso em 10 mar. 2024.

para empresas transnacionais de outros países, que poderiam praticar atos de suborno sem sofrer sanções de seu país[360]. Apesar da validade argumentativa[361], a revogação da legislação não era uma opção, pois traria prejuízos de ordem política frente à opinião pública.

Assim, os Estados Unidos iniciaram um movimento pela internacionalização do combate à corrupção. Nesse sentido, compreendiam que os esforços somente poderiam ser bem-sucedidos se os outros países também adotassem práticas de combate à corrupção, razão pela qual seriam necessários avanços no âmbito de organizações internacionais em direção à negociação de um tratado sobre pagamentos ilícitos[362].

O primeiro movimento ocorreu através do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da ONU para que se negociasse um tratado de aplicação global ainda no final dos anos 1970. O projeto acabou sendo encerrado em 1979 em razão das diferenças entre norte e sul, ocidente e oriente, ainda bastante significativas na época. Nesse contexto, um fórum que parecia adequado às pretensões norte-americanas era o Centro das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais. Ocorre que esse fórum mantinha um protagonismo dos países em desenvolvimento, o que ocasionava uma preocupação em relação ao desvirtuamento das discussões para

---

[360] PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 11.

[361] Em artigo publicado no *The New York Times*, em 1976, Irving Kristol aponta os três principais argumentos contrários à FCPA. O primeiro estava no fato de que os Estados Unidos jamais haviam conseguido impor suas leis domésticas a outros países em razão de questões como soberania e território. O segundo dizia respeito à sensível desvantagem competitiva que se originava das proibições impostas pela lei. E o terceiro tratava do caráter antieconômico das regras, na medida em que existiam estudos que compreendiam a corrupção como um fator positivo para economia. KRISTOL, Irving. Post-Watergate morality: too good for our good?; The reforms aimed at solving today's problems are likely to constitute the problems of tomorrow.; Distinguished men and women are increasingly reluctant to enter politics. The slightest transgression, however unwitting or irrelevant to the performance of their duties, leaves their reputations stained forever. **The New York Times**, 14 nov. 1976. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1976/11/14/archives/postwatergate-morality-too-good-for-our-good-the-reforms-aimed-at.html>. Acesso em 10 mar. 2024.

[362] STEWART, Carter. The FCPA is just as relevant and necessary today as thirty-five years ago. In **Ohio State Law Journal Symposium**, 2012, p. 1043. Disponível em: <http://kb.osu.edu/dspace/handle/1811/71556>. Acesso em 10 mar. 2024.

temas imprevisíveis, já que a condução dos trabalhos poderia ser realizada por países tradicionalmente hospedeiros de investimentos estrangeiros[363].

Dado o incremento da pressão do empresariado americano e a publicação de relatórios pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos demonstrando perdas de investimentos sofridas para empresas estrangeiras que utilizavam o suborno como prática de negócios, em 1988 o Congresso norte-americano promoveu alterações na FCPA no sentido de tornar expresso o dever legal de que o presidente do país teria de pressionar ativamente as organizações transnacionais, a fim de promover um acordo de cariz internacional anticorrupção empresarial, justamente para contornar os indesejados efeitos anticompetitivos da FCPA[364].

Em razão da descrença que os Estados Unidos mantinham em relação à ONU, parecia ser consenso de que as Nações Unidas não seriam a melhor opção para tratar da temática. Dado o escopo de regulação do mercado internacional, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT poderia ser uma opção interessante, embora fosse desprovido de uma institucionalidade relevante antes da criação da Organização Mundial do Comércio[365].

De todo modo, o contorno mais efetivo se verificou quando o G7 (grupo que reúne os líderes das principais nações industrializadas do mundo) começou a se interessar pela negociação de uma convenção anticorrupção, a partir de 1989. Após a adoção da Convenção contra Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas foi criado o Grupo de Ação Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo, que solicitou a cooperação da OCDE para utilização de mecanismos de *softlaw* e procedimentos de revisão por pares[366].

---

[363] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 95.

[364] FAGALI, Bruno. A construção e consolidação do ambiente normativo global de combate à corrupção empresarial. In **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-75, v. 1, n. 1, jan./mar. 2020, p. 47.

[365] PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 13.

[366] No âmbito da OCDE, não obstante o ceticismo em relação à matéria por parte das empresas e da sociedade civil, o *lobby* doméstico de empresas norte-americanas se intensificou para promoção de um documento de nível internacional contra corrupção, especialmente no governo de George Bush.

A própria OCDE já trabalhava, pelo menos desde 1976, com a agendas de preocupação em relação à corrupção transnacional e, especificamente em dezembro de 1997 se ergue a Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, cuja concepção e características serão aprofundadas no próximo subtítulo.

2.3.2 A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais

A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais da OCDE se trata de manifestação clara da existência de ordens jurídicas transnacionais que, nesse caso, estabelecem-se em torno da temática dos ilícitos corruptivos, buscando a internacionalização dos instrumentos de combate à corrupção transfronteiriça.

As ideias de luta contra ilícitos corruptivos transnacionais já estavam inseridas nos propósitos da OCDE desde, pelo menos, 1976, quando foi lançado um Guia para Empresas Multinacionais que abordava a matéria[367].

Posteriormente, a temática foi ampliada e reforçada a partir da Recomendação de 1994, encampada pelo Conselho, em 27 de maio daquele ano, cujo objetivo era a adoção, pelos Estados-Membros, de políticas que tratassem do tema do suborno a agentes estrangeiros por parte de empresas nacionais[368].

VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 96-97.

[367] Trata-se das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável, atualizado pela organização em 2023. Disponível em: <https://mneguidelines.oecd.org/targeted-update-of-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises.htm>. Acesso em 28 jan. 2024.

[368] A Recomendação de 1994 também criou o *Working Group on Bribery in international Business Transactions – WGB,* que possuía dente os seus objetivos a realização de revisões regulares nas medidas adotadas pelos países-membros para implementação da recomendação, exame de tópicos específicos acerca do suborno internacional, análise da possibilidade de associação de países não membros ao esforço, cooperação com o Comitê de Assuntos Fiscais e ainda o papel de fórum de consultas. OCDE. **Recommendation of the council on Bribery in International Business Transactions.** Paris: 1994. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/1952622.pdf>. Acesso em 29 jul. 2023.

A partir de 1997, passou-se a discutir formas de reestruturação da Recomendação de 1994 para que fosse mais específica e abrangente. Iniciaram-se, então, os trabalhos para concepção de uma convenção internacional sobre o tema.

O objetivo de propagar a legislação anticorrupção transnacional pelo mundo ocorria, originariamente, com o foco em um sistema de *softlaw*. No entanto, no fim das negociações sobre a reformulação da Recomendação se passou a defender a tese de que a criminalização do suborno transnacional somente seria aderida pelos países a partir da existência de um instrumento formal e vinculante, inclusive com sugestão de que a matéria fosse expandida ainda mais, alcançando outras Organizações Internacionais, como ONU e OMC[369].

Uma primeira versão da convenção foi elaborada entre os meses de junho a agosto de 1997 e, após aperfeiçoamentos realizados entre outubro e novembro, em 17 de dezembro foi finalizada e assinada a "Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais"[370], tendo entrado em vigor em 15 de fevereiro de 1999 após a ratificação de diversos países[371].

Nesse ponto, é importante explicar que a vinculação com a Convenção Anticorrupção de agentes públicos da OCDE não está restrita apenas aos países membros da Organização. Como o instrumento é aberto a qualquer país que manifeste interesse, embora gestado internamente pela OCDE, a ratificação da Convenção acabou se tornando uma espécie de certificação de qualidade para os países nas suas relações comerciais. Assim, o Brasil[372], mesmo não sendo membro

---

[369] PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 17-18.

[370] PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 19.

[371] Destacam-se, dentre os principais signatários originários, Alemanha, Canadá, Estados Unidos, Japão e Reino Unido.

[372] Em janeiro de 2022 o Conselho da OCDE abriu as discussões de acessão com o Brasil. No entanto, o país é engajado à OCDE desde 1994 e, em 16 de maio de 2007, tornou-se parceiro-chave ativo da Organização, seguindo a resolução do Conselho para fortalecimento da cooperação através de um programa de maior engajamento que assim o definiu, juntamente com países como China, Índia, Indonésia e África do Sul. A partir daí o Brasil tem tido a possibilidade de participação nos diferentes órgãos da OCDE, aderindo aos seus instrumentos legais e se integrando aos informes estatísticos e revisões por pares de setores específicos, contribuindo inclusive para o trabalho dos Comitês e participando, em condições de igualdade, com países membros dos diversos projetos da Organização.

da Organização, ratificou a Convenção em 24 de agosto de 2000, internalizando-a através do Decreto nº 3.678.

A Convenção conta atualmente conta com 46 signatários, sendo os 38 países-membros, além da Argentina, Brasil, Bulgária, Peru, Romênia, Federação Russa, África do Sul e, desde dezembro de 2023, a Croácia[373].

O preâmbulo do documento indica que o suborno se trata de um fenômeno generalizado nas transações comerciais internacionais, o que suscita preocupações de ordem moral e política, prejudicando a boa governação e o desenvolvimento econômico. Faz referência à Recomendação sobre o Combate ao Suborno nas Transações Comerciais Internacionais, adotada pelo Conselho da OCDE em 23 de maio de 1997 e saúda outros desenvolvimentos que promovem a compreensão e cooperação internacional no combate ao suborno de funcionários públicos, incluindo ações da ONU, Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, OME, OEA e Conselho da Europa e União Europeia[374].

O artigo 1º aborda o crime de suborno de funcionários públicos estrangeiros trazendo a tipificação da conduta, inclusive em relação cumplicidade da prática delitiva, produzindo um verdadeiro mandado de criminalização. Na sequência, traz importantes conceitos para os fins da Convenção como “funcionário público estrangeiro” e “países estrangeiros”. Enquanto o artigo 2º aborda os temas relativos à responsabilização das pessoas jurídicas, o artigo 3º trata das sanções.

O artigo 4º versa sobre a temática da jurisdição. Vale-se da teoria da ubiquidade na medida em que tanto o local do cometimento da conduta quanto a da produção de seu resultado possuem competência para processamento e julgamento[375]. Explana também sobre a possiblidade de que o agente seja punido

---

Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>. Acesso em 16 set. 2023.

373 Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/croatia-joins-oecd-anti-bribery-convention.htm>. Acesso em 28 jan. 2024.

374 OCDE. **Convention on Combating Bribery of Foregn Public Officials in International Business Transactions.** Paris: 1997. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0293>. Acesso em 30 jan. 2024.

375 PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 333.

mesmo que o ilícito tenha sido cometido totalmente no exterior, o que se denomina "jurisdição de nacionalidade"[376]. E propõe, quando houver concorrência de jurisdição entre países, que se consultem para deliberar sobre a eleição da jurisdição mais apropriada para a ação – escopo da tese e que será objeto de profunda investigação no âmbito do último capítulo da tese.

Os artigos 5º, 6º e 7º tratam, respectivamente, da investigação e abertura dos processos, prescrição e conexão processual com os delitos de lavagem de dinheiro que se relacionam com o suborno transnacional. O artigo 8º aborda o assunto da contabilidade, referindo que os países signatários da Convenção precisam adotar providências "no âmbito de suas leis e regulamentos sobre manutenção de livros e registros contábeis, divulgação de declarações financeiras, e sistemas de contabilidade e auditoria"[377].

O artigo 9º se refere à assistência jurídica mútua, incentivando a cooperação na condução de processos criminais e não criminais que sejam referentes ao tema da corrupção de autoridades estrangeiras, sendo necessária a indicação de uma autoridade central em cada país com a responsabilidade de receber os pedidos de cooperação (artigo 11). Já o artigo 10 aborda o tema da extradição[378].

E, finalmente, o artigo 12 institui o sistema de monitoramento de revisão por pares, o que acaba por estabelecer a principal característica da Convenção para que seja de fato considerada como verdadeira ordem jurídica transnacional de combate à corrupção, com capacidade de influência e determinação sobre os países signatários.

O sistema *peer review* da OCDE é operado pelo *Working Group on Bribery in international Business Transactions* – WGB, que possui inspiração nos sistemas de monitoramento realizados no âmbito dos conselhos temáticos das

---

[376] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 105.

[377] OCDE. **Convention on Combating Bribery of Foregn Public Officials in International Business Transactions.** Paris: 1997. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0293>. Acesso em 30 jan. 2024.

[378] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 106.

convenções de direitos humanos da ONU[379]. O WGB mantém uma característica híbrida que diferencia seu trabalho na medida em que faz parte da OCDE, sendo monitorado pela Organização, mas ao mesmo tempo serve como espécie de conferência, já que reúne representantes de todos os países signatários da Convenção, inclusive aqueles que não são Estados-membros da OCDE[380]. Outra particularidade diz respeito ao denominado *tour de table,* que se trata de um mecanismo consistente na realização de reuniões informais e confidenciais entre representantes dos signatários da Convenção nas quais são discutidos o progresso da implementação do documento e as inovações jurídicas implementadas pelos Estados[381].

O sistema monitoramento se estrutura em quatro fases. A primeira é de avaliação, oportunidade em que se verificam as legislações dos signatários e a sua eventual adequação à Convenção. Envia-se um questionário padronizado aos Estados, que analisam seus próprios textos legais, relacionando-os com as obrigações assumidas junto ao documento. A partir daí, o Secretariado da OCDE, juntamente com dois especialistas indicados por dois signatários, elabora um relatório preliminar sobre a regulação do suborno transnacional no país[382]. Com isso, dá-se início à fase 1 bis, que se justifica nas preocupações práticas expostas pela WGB em relação à necessidade de reavaliação antes de se iniciar a fase 2, nas hipóteses em que Estados que são notificados a adotar medidas imediatas na sua legislação e quando promovem alterações posteriores à fase 1.

A fase 2 diz respeito a análise de aplicação prática dos mecanismos previstos para coibir a corrupção. Para tanto, prevê-se a visita aos países avaliados. Essas inspeções são realizadas por representantes do Secretariado, acompanhados por *experts* de ambos os países responsáveis pelo monitoramento. São preparados

---

379 VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 107.

380 PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 41.

381 VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 108.

382 O relatório, que é adotado por consenso entre os participantes, não pode ser bloqueado pelo país avaliado. Ele identifica situações passíveis de imediata modificação e preocupações para a próxima fase do monitoramento. PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 545-546.

roteiros a serem seguidos pelos avaliadores com o intuito de tornar as avaliações uniformes. A partir disso, são elaborados relatórios preliminares que, após o cotejo do país avaliado, são enviados para discussões no âmbito da WGB e, por fim, adotados por consenso. Assim como na fase 1, o país avaliado não pode bloquear a adoção do relatório. Adota-se o procedimento denominado *follow up* que consiste na avaliação, pelos Estados submetidos ao escrutínio, acerca da implementação das recomendações, o que ocorre através de uma exposição oral após um ano da publicação do relatório seguido de razões escritas após dois anos[383].

A fase 3 trata do acompanhamento cíclico sobre a evolução da adequação à Convenção com o objetivo de aperfeiçoamento constante dos mecanismos de investigação e julgamento. Subdivide-se em três pilares fundamentais. O primeiro analisa progresso de cada país diante dos problemas encontrados na fase 2; o segundo, os assuntos decorrentes de mudanças legislativas e institucionais no sistema interno de cada signatário; e, o terceiro verifica os esforços e resultados na implementação dos ditames da Convenção[384].

O rito procedimental é semelhante ao da fase 2, em que são designados dois Estados para serem os *lead examiners* do país avaliado. Daí é encaminhado um questionário ao país. Posteriormente, realizam-se as visitas e, na sequência, é elaborado um relatório preliminar. Após as deliberações da WGB, adota-se o resultado em consenso e o documento é tornado público, não podendo o Estado avaliado se opor à sua adoção.

A fase 4, que se iniciou em 2016 e se estenderá até 2024, tem como objetivo a análise do progresso realizado pelos Estados, especialmente em relação às falhas encontradas nas fases anteriores do monitoramento. Procura igualmente avaliar os esforços e resultados obtidos através da implementação de políticas antissuborno transnacional. A ideia principal é a manutenção do monitoramento cíclico

---

[383] PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 565.

[384] PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 570.

da situação regulatória dos países signatários de modo a viabilizar um aprimoramento constante das suas legislações e instituições[385].

A análise da Convenção Anticorrupção da OCDE, nomeadamente à luz do seu complexo sistema de recursividade permite identificá-la de fato como uma ordem jurídica transnacional de combate à corrupção transnacional com normatividade proveniente de uma Organização que se qualifica como autoridade pública transnacional com capacidade de determinação e influência nos Estados nacionais, capaz, portanto, de influenciar na alteração de seus valores e concepções jurídicas, o que confirma a primeira hipótese da tese, conforme exposto em sede de introdução.

2.4 O CONCEITO DE MÍNIMO COMUM CORRUPTO E A TIPICIDADE DOS ATOS DE CORRUPÇÃO A PARTIR DA CONVENÇÃO DA OCDE

A tentativa de criação de uma rede sólida de proteção global se trata do nível mais avançado das estratégias de combate à corrupção, como manifestação típica de ilícito transnacional. O fundamento de um direito sancionatório harmonizado em nível mundial está na convicção de que em uma era marcada por profunda interdependência e crescente integração econômica, o direito precisa assumir uma projeção cada vez mais integrada em uma dimensão transnacional para ser verdadeiramente eficaz. É, com efeito, o caminho adequado para garantia de padrões uniformes na disciplina das atividades econômicas e, consequentemente, no respeito aos direitos humanos por parte de quem se dedica a atividades transnacionais[386].

Como já foi demonstrado no subtítulo anterior, principalmente devido às pressões exercidas pelos Estados Unidos após a entrada em vigor da FCPA que se caminhou no sentido de buscar uma governança global aos fenômenos corruptivos de alcance transnacional. Nessa senda, o principal protagonista das estratégias de combate às irregularidades transfronteiriças tem sido a corrupção de funcionários

---

[385] VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 113.

[386] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 513.

públicos estrangeiros, do que se comprova a importância da análise da Convenção Anticorrupção da OCDE.

Mesmo que se considere as diferenças culturais e os distintos valores básicos existentes ao longo do mundo, existe um traço humano um tanto universal na corrupção que é a defesa do interesse próprio. Independentemente do rótulo através do qual se possa denominar esse fenômeno (os críticos chamam de cobiça, os economistas de maximização da utilidade), é possível perceber que o fenômeno da corrupção sugere a incapacidade das sociedades de controlar propósitos legítimos e produtivos em detrimento da defesa dos próprios interesses[387].

Assim, a corrupção compreendida sob a perspectiva da comparação jurídica através das concepções de *formanti* e *crittotipi* comuns entre os estados que celebram acordos bilaterais ou multilaterais de repressão nessa temática, pode ser identificada como uma das formas de estabelecimento de critérios para estabelecimento desta pretensão.

A corrupção contempla diversas conotações e interpretações, podendo-se traçar uma lista de condutas não abrangente[388] que exemplifica os modelos de comportamento. Os tipos de corrupção podem ser compreendidos a partir da extorsão, troca de favores, nepotismo, favorecimento discriminatório, fraude judicial, fraude contábil, fraude eleitoral, fraude em serviço público, apropriação indébita, cleptocracia, tráfico de influência, conflito de interesses e suborno[389]. Essa última modalidade – o suborno, parece ser o que contempla a Convenção da OCDE quando prevê a corrupção transnacional de agentes públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais.

---

[387] ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e Governo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020, p. 25.

[388] Uma listagem mais completa de termos, definições e exemplos pode ser encontrada em: TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **The Anti-Corruption Plain Language Guide**, 2009. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/publications/the-anti-corruption-plain-language-guide>. Acesso em 11 abr. 2024.

[389] Para uma definição individualizada de cada uma das condutas apresentadas, ver: ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e Governo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020, p. 27.

Nessa senda, o modelo de imputação para os ilícitos corruptivos decorrente do instrumento pactual da OCDE permanece fiel ao paradigma tradicional "contratual" ou "comercial". Significa dizer que está centrado na relação de troca entre um ato relacionado ao exercício do cargo público e uma vantagem indevida. Isso implica em reconhecer que existe a identificação de um ato de ofício – seja conforme ou contrário aos deveres no funcionário público – como objeto do acordo ou, no caso de oferta ou solicitação de um suborno não aceito pela outra parte, da finalidade perseguida pelo agente[390]. Assim, corrupção continua a girar em torno de um requisito objetivo bem definido que, embora expresso através de terminologias diversificadas, consiste em uma conduta de ofício funcionalmente conectada com a vantagem trocada[391].

Como alerta Vannucci, todavia, "*Una certa dose di ambiguità nel tracciare i confini della corruzione è più frequente di quel che si pensi*"[392]. É o que se verifica no exemplo dos pagamentos de facilitações para aceleração de procedimentos[393], prática permitida em alguns países, mas enquadrada no conceito de suborno em outros.

No mesmo sentido, a conduta do tráfico ou comércio de influências e a tênue linha que se pode estabelecer com formas socialmente aceitáveis de pressão como o *lobby*[394]. Uma análise comparativa da Europa à América do Norte e da

---

[390] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 523-524.

[391] SPENA, Alessandro. Il 'turpe mercato'. **Teoria e reforma dei delitti di corruzione publica.** Milano, 2003, p. 149.

[392] VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 16.

[393] De acordo com o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime os *facilitation payments* são: "vantagens oferecidas para acelerar ou assegurar a realização de operações de rotina por funcionários do governo, políticos ou oficiais, que não envolvem uma quebra dos seus deveres". UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **State of implementation of the United Nations Convention Against Corruption:** criminalization, law enforcement and international cooperation. 2. Ed. United Nations: Viena, 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/state_of_uncac_implementation.html.>. Acesso em 30 mai. 2023.

[394] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **State of implementation of the United Nations Convention Against Corruption:** criminalization, law enforcement and international cooperation. 2. Ed. United Nations: Viena, 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/state_of_uncac_implementation.html.>. Acesso em 30 mai. 2023.

América Latina à Oceania permite identificar diferentes respostas das democracias ao fenômeno do *lobbying*[395]. Pier Luigi Petrillo identifica vinte e quatro ordenamentos que possuem a atividade regulamentada[396], e pontua que no imaginário coletivo a palavra *lobby* remete a tipos penais (*fattispecie)* como a corrupção, mas alerta que a corrupção não é uma degeneração do *lobbying*, sendo, ao contrário, fenômenos opostos entre si[397].

Outro exemplo está no redimensionamento do modelo "retributivo" de corrupção, que tem no ato de ofício o seu centro gravitacional, cuja validação se identifica de modo amplo no direito comparado. É que cada vez mais sistemas jurídicos criminalizam o oferecimento/aceitação de vantagem indevida independentemente da prova de uma troca com um único e determinado ato de ofício. Esse movimento em direção a um modelo mais abrangente de imputação reflete uma um posicionamento crescente no sentido de que as práticas afetas ao fenômeno corruptivo não mais se limitam a transações diretas de troca de favores por atos específicos, mas incluem também o estabelecimento de relações mais sutis e difusas de influência e expectativa de favorecimento. O enfoque nas relações e influências indevidas para além de atos específicos visa preencher uma ordem mais ampla de comportamentos corruptivos, de modo a tornar mais efetiva a complexidade e à variedade dessas práticas no contexto contemporâneo[398].

2.4.1 O tipo corruptivo previsto na Convenção da OCDE

A análise do comportamento da OCDE e dos documentos que produz a respeito do combate e prevenção à Corrupção permitem que se identifique uma visão “econômico-comercial” na Organização em relação aos fenômenos corruptivos. Em

---

[395] OCDE. **Lobbysts:** governments and public trust. Volume 3. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-3-9789264214224-en.htm.> Acesso em 1º jun. 2023.

[396] Entre as décadas de 1940 a 1990 regulamentaram o *lobby* os Estados Unidos da América, Alemanha, Austrália, Canadá e União Europeia; a partir de 2011, Geórgia, Lituânia, Peru, Argentina, Polônia, Israel, Taiwan, Macedônia, França, México, Eslovênia, Países Baixos, Áustria, Chile, Colômbia, Reino Unido, Irlanda, Montenegro e Hungria. PETRILLO, Pier Luigi. **Teorias e Técnicas do Lobbying.** São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 138.

[397] PETRILLO, Pier Luigi. **Teorias e Técnicas do Lobbying.** São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 401.

[398] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 168.

outras palavras, o que está em questão são as dinâmicas desencadeadas pela globalização econômica e pela consequente integração dos mercados em escala global.

Existe uma preocupação no papel desempenhado por empresas multinacionais no sentido de respeito as regras estabelecidas para garantir uma competição correta e transparente em relação às transações comerciais internacionais. O objetivo não é propriamente o de preservação da integridade e funcionamento correto da administração pública dos países, mas a preservação da higidez nas transações e, com isso, o interesse econômico dos participantes da competição global.

Daí o motivo pelo qual se considera essencial examinar os componentes fundamentais da corrupção em uma dimensão transnacional para uniformização das abordagens de combate à corrupção envolvendo funcionários públicos de outros países. Isso facilita o estabelecimento de um ambiente equitativo, conforme descrito por Mongillo[399] como um "*campo di gioco livellato*", permitindo que corporações que operam internacionalmente concorram sob as mesmas condições.

Sob a perspectiva da Convenção, a corrupção transcende o âmbito dos delitos cometidos contra a administração pública, considerados sob a jurisdição do direito penal doméstico e ingressa no domínio mais vasto e intrincado da criminalidade econômica que atravessa fronteiras nacionais[400]. Nesse sentido, a obrigação fundamental de criminalização estabelecida trata da introdução, nos sistemas jurídicos domésticos onde ainda não exista, do crime de corrupção de funcionário público estrangeiro em transações comerciais internacionais.

Detalhadamente, o artigo 1º, parágrafo 1º, estabelece que os Estados signatários da Convenção deverão:

---

[399] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 529.

[400] MANNOZZI, Grazia. Percezione della corruzione e dinamiche politico-criminali di contenimento e repressione del fenômeno corruttivo. In **Rivista Trimestrale di Diritto Penalle dell'Economia**, 2011, p. 455.

> Adotar as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais[401].

O parágrafo 2º aborda as formas de manifestação da conduta, adicionando o dever de estabelecer que a "cumplicidade, inclusive por incitamento, auxílio ou encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro é um delito criminal". E no que diz respeito à tentativa e à associação para corrupção de um funcionário estrangeiro, o texto prevê que: "A tentativa e conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro serão delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte" [402].

Não são consideradas a corrupção doméstica, a corrupção em negócios privados, e nem mesmo o aspecto passivo da corrupção pública internacional. E não se trata de uma forma de penalização direta, já que a disposição não é autoaplicável, necessitando de normas de internalização para ser efetivamente implementada.

Igualmente não há uma formulação do crime delineada pelo texto para que seja reproduzida *ipsis litteris* pelos signatários, devendo, entretanto, ser seguido o princípio fundamental estabelecido pela redação no sentido de equivalência funcional. Assim, o objetivo declarado é o de, sobretudo, unificar resultados, e não processos, já que se reconhece que a imposição de uma uniformidade total às legislações de cada país poderia causar conflitos, levando em consideração as

---

[401] BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 3 de novembro de 2000.** Dispõe sobre a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

[402] BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 3 de novembro de 2000.** Dispõe sobre a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

distintas tradições e fundamentos jurídicos próprios de cada ordenamento legal nacional[403].

Ainda assim, não há uma margem de manobra legislativa muito ampla aos legisladores nacionais, conforme se verifica do Comentário[404] à Convenção, que impõe duas limitações importantes à discricionariedade na formulação das leis domésticas. A primeira no sentido de que não dever ser adicionados requisitos além daqueles que seriam necessários provar quando a tipificação refletir fielmente o texto da Convenção. A segunda a respeito do princípio da autonomia, no sentido de que a demonstração dos elementos do crime não deve depender da verificação do país estrangeiro, de modo que se inclua uma definição mais ampla e acessível possível[405].

A definição da conduta do suborno transnacional, prevista no artigo 1º, parágrafo 1º possui aspectos que merecem consideração para que possam ser compreendidos como elementos constitutivos do tipo sancionador disposto na Convenção.

Em primeiro lugar, a análise do fato desde uma perspectiva exclusivamente privada. No modelo proposto a ideia de bilateralidade do fenômeno corruptivo, previsto em diversos ordenamentos jurídicos domésticos é deixada de lado. Assim, não se trata de um crime de concurso necessário, mas de uma conduta unilateral do particular no sentido de oferecer, prometer ou efetivar uma vantagem indevida[406].

Em segundo lugar, o modelo regulatório da OCDE se alinha à figura da corrupção na configuração tradicional, ou seja, no sentido de venalidade da função pública. Com efeito, há necessidade de que se identifique uma troca entre uma

---

[403] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 530.

[404] OCDE. **Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Publico Officials in International Business Transactions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

[405] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 531.

[406] MANACORDA, Stefano. La corruzione internazionale del pubblico agente. **Linee dell'indagine penalistica**. Napoli, 1999, p. 183.

vantagem indevida e um ato específico de ofício. Nesse sentido, o ato deve ser praticado pelo privado para induzir o agente público a realizar ou se abster da realização de atos relacionados ao desempenho dos seus deveres oficiais. Essa expressão – “deveres oficiais”, no entanto, deve ser compreendida em sentido amplo, na forma do que prevê o próprio artigo 1º, parágrafo 4º, para que possa alcançar também aquelas situações de incompetência relativa do agente público. Ainda, contempla qualquer uso da posição de funcionário público, como atividades relacionadas aos poderes institucionais próprios do corruto, mas destinadas a influenciar decisões de agentes públicos terceiros, o que serve para operacionalizar o denominado tráfico de influência[407].

Além desses elementos constitutivos do tipo sancionador, é igualmente relevante que se abordem algumas questões relativas as causas de exclusão de responsabilidade admitidas pelos termos da Convenção.

Os fenômenos corruptivos que se manifestam em um contexto internacional precisam de um equilíbrio razoável entre as pretensões do ordenamento estatal do corruptor e a realidade cultural e jurídica do país ao qual pertence o funcionário público estrangeiro, na linha de contribuição dos diferentes *formanti* e *crittotipi* propostos por Sacco a respeito da comparação jurídica. Nos Comentários da OCDE sobre a Convenção se nega, todavia, uma excludente do tipo “cultural”[408], de modo que pode ser excepcionalmente utilizado como defesa nos casos em que o benefício é permitido ou exigido por disposições escritas de lei ou regulamento do país do agente público estrangeiro, incluído aí o posicionamento da jurisprudência sobre o tema.

É delicada também a questão a respeito do tratamento a ser dado ao privado que eventualmente alegue que a vantagem indevida foi realizada em função de uma conduta coercitiva do funcionário público. Neste contexto, enfrentam-se duas

---

[407] A intepretação está disposta no parágrafo 19 dos Comentários à Convenção. OCDE. **Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Publico Officials in International Business Transactions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

[408] OCDE. **Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Publico Officials in International Business Transactions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

exigências contraditórias: por um lado, a necessidade de evitar que defesas ou exceções excessivamente amplas comprometam as medidas de combate à corrupção internacional; por outro, a importância de levar em conta, ao avaliar a pertinência de uma sanção, os elementos que influenciam a decisão do corruptor, oriundos do lado que solicita a corrupção, os quais, em situações de coerção efetiva da vontade, poderiam legitimar uma absolvição[409].

Os Comentários à Convenção tratam da questão rejeitando que a responsabilidade penal do corruptor seja eliminada sob a justificativa de necessidade do pagamento para adquirir ou manter um negócio ou outro proveito indevido[410]. Em resumo, conforme expresso pelos autores da Convenção, se o agente privado efetuou o pagamento com o objetivo de assegurar ou preservar um contrato ou vantagem indevida, não se justificaria alegar uma exclusão de responsabilidade baseada na necessidade do pagamento. A única limitação à aplicação da norma penal seria aplicável, como já mencionado, aos menores pagamentos de facilitação[411].

No contexto proposto pela tese em relação a análise do artigo 4º, parágrafo 3º, a respeito da incidência da jurisdição de mais de um Estado signatário da Convenção com jurisdição para persecução da conduta corrupta, é imprescindível que se estabeleçam elementos do ilícito corruptivo que sejam coincidentes, independentemente da classificação da mesma categoria ou da denominação com uma mesma terminologia. É o que se pretende denominar de “mínimo comum corrupto”.

2.4.2 O mínimo comum corrupto

A Convenção adota uma concepção ampla de jurisdição territorial. Assim, em situações em que a jurisdição se fundamente também no princípio da personalidade ativa, torna-se necessário ampliar os princípios gerais do direito

---

[409] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 548-549.

[410] A posição está descrita no parágrafo 8. OCDE. **Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Publico Officials in International Business Transactions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

[411] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 549.

doméstico para abranger a corrupção internacional. Isso pode envolver, por exemplo, a aplicação do critério de dupla incriminação[412]. Contudo, de acordo com o Comentário do parágrafo 26 sobre Convenção[413], esse critério deveria ser igualmente cumprido caso o ato seja considerado ilegal no local de sua ocorrência, ainda que classificado sob uma nomenclatura penal diferente.

O critério da dupla incriminação pode ser classificado em duas diferentes espécies[414]. A dupla incriminação em concreto, que envolve todos os elementos da conduta criminal, como as excludentes delitivas, as causas de extinção da punibilidade do fato e até mesmo às questões afetas a imputabilidade do agente. Trata-se, pois, de um exame muito mais profundo a respeito de ser a conduta punível pelas leis de ambos os Estados[415]. Ocorre que as circunstâncias excludentes do crime ou da punibilidade assumem diferentes interpretações pelos ordenamentos jurídicos internos, de modo que a sua aplicação no direito transnacional poderia gerar confusões[416].

Já a dupla incriminação em abstrato pressupõe que o fato em análise seja considerado ilícito em ambos os Estados, mas isso não significa que os tipos penais precisem assumir a mesma nomenclatura jurídica[417]. Nessa senda, Wyngaert explica que a condição da dupla incriminação está cumprida quando a conduta é

---

412 MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 552.

413 OCDE. **Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Publico Officials in International Business Transactions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

414 Sobre as diferentes espécies de dupla incriminação, mas em relação ao tema da extradição, ver SILVA, Anamara Osório. **Dupla incriminação no Direito Internacional Contemporâneo:** análise sob a perspectiva do processo de extradição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 23-43.

415 WYNGAERT, Christine van den. Double criminality as a requirement to jurisdiction. In JAREBORG, Nils (Ed.). **Double criminality:** studies in international criminal law. Uppsala: Iustus Förlag, 1989, p. 43-56.

416 GARDOCKI, Lech. Double criminality in extradition Law. **Israel Law Review**, v. 27, 1993, p. 90.

417 SILVA, Anamara Osório. **Dupla incriminação no Direito Internacional Contemporâneo:** análise sob a perspectiva do processo de extradição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 23-24.

punível pelas duas leis, mesmo que as normas não sejam idênticas, sendo suficiente que o ato seja punível independentemente da sua denominação legal[418].

Parece adequado, pois, na definição do mínimo comum corrupto, que se adote a teoria da dupla incriminação em abstrato, até porque seria sumamente excepcional que existisse uma absoluta uniformidade legislativa em relação ao delito da corrupção de funcionário público estrangeiro. Assim, o exame dos elementos constitutivos da conduta corruptiva é que devem manter equivalência material, abdicando, nessa senda, de uma correspondência formal dos dispositivos legais.

Nesse contexto, são elementos essenciais para definição de mínimo comum corrupto: i) a existência de uma vantagem indevida, não necessariamente econômica; ii) que exista o envolvimento de um agente público estrangeiro; iii) que isso tenha ocorrido no âmbito de uma transação comercial internacional.

O primeiro elemento, que trata da vantagem indevida, não necessariamente econômica, possui uma peculiaridade que merece atenção. Trata-se da possibilidade de penalização dos chamados pequenos pagamentos de facilitação. Em tese, uma compreensão inicial a partir da promulgação da Convenção da OCDE era a de que a preocupação estava em torno daquela corrupção mais significativa do ponto de vista econômico, e não propriamente com ofertas de pequenas propinas. O fato é que os pagamentos de facilitações são realizados em determinadas nações para motivar os servidores públicos a executarem suas obrigações rotineiras, tais como a outorga de autorizações ou licenças. Esses pagamentos se distanciam dos moldes tradicionais de tipicidade, visto que não objetivam "obter ou manter um negócio ou outra vantagem indevida". Portanto, não se encontram amparados pelo dolo específico previsto no artigo 1º, parágrafo 1º, da Convenção já que o funcionário público envolvido não proporciona benefícios aos que realizam pagamentos indevidos em prejuízo de outros competidores[419].

De todo modo, o WGB da OCDE, no âmbito no monitoramento período sobre a legislação dos Estados Unidos, determinou algumas especificidades sobre

---

[418] WYNGAERT, Christine van den. Double criminality as a requirement to jurisdiction. In JAREBORG, Nils (Ed.). **Double criminality:** studies in international criminal law. Uppsala: Iustus Förlag, 1989, p. 43.

[419] MANACORDA, Stefano. La corruzione internazionale del pubblico agente. **Linee dell'indagine penalistica**. Napoli, 1999, p. 260.

esses pagamentos de facilitações que impõem alguns limites. Um deles a respeito da natureza quantitativa, já que os desembolsos nunca devem envolver a concessão de vantagens de valor significativo. O outro limite de cariz técnico-jurídico, já que esses pagamentos não podem ser pré-ordenados para execução de atos contrários aos deveres de ofício do funcionário público ou que, de qualquer forma, impliquem no exercício de poderes discricionários por parte da autoridade pública[420].

Não obstante a imposição dos limites referidos e da compreensão da Organização no sentido de que os pagamentos de facilitação representam parte do fenômeno corrosivo, sendo inclusive considerados ilícitos no ambiente doméstico dos países envolvidos, devem ser excluídos do que se considera *mínimo comum corrupto*, a ponto de receber tratamento e intervenção extrapenal através de apoio estatal a programas de boa governança[421].

O segundo elemento, a respeito do envolvimento de agente público, a dificuldade reside na evidente indeterminação de conceitos não especificados mais detalhadamente, como “funcionário público estrangeiro”. Na medida em que os signatários precisam adotar uma definição autônoma de funcionário público que, por vezes, pode divergir em sentido e alcance daquilo que prevê a disciplina própria do ordenamento estrangeiro interessado, o próprio texto convencional traz o padrão normativo a ser seguido nessa hipótese, conforme a redação do artigo 1º, parágrafo 4º, alínea ‘a’, onde se fornece uma noção alargada de funcionário público:

> significa qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para

[420] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 544-545.

[421] Esse aspecto da interpretação da Convenção não passa imune a críticas de um setor significativo da comunidade científica. Há um receio de que essa tolerância possa levar os agentes públicos a adotar uma estratégia generalizada de atraso de qualquer prática burocrática para aumentar a sua frequência, ou possa incitar tratamentos preferenciais e causar perdas de tempo e energia dos executivos das empresas envolvidas nessas atividades. Por todos, ver: MALEN SEÑA, Jorge F., **Globalizzazione, commercio internazionale e corruzione.** 2000, Bologna, trad. it., 2004, p. 159.

> representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional;[422]

Adota-se um critério objetivo-funcional da atividade pública, em que se prescinde do necessário enquadramento orgânico do sujeito dentro da administração pública, bastando que esteja operando *iure privatorium*[423].

O terceiro elemento, em relação a ocorrência do ato no âmbito de uma transação comercial internacional parece deixar claro que, em qualquer caso, a conduta ilícita deva estar relacionada a transações, operações ou atividades econômicas internacionais. Não assumiria relevância, por exemplo, a corrupção de um funcionário público estrangeiro para escapar do pagamento de uma multa de trânsito, já que diz respeito a uma atividade não econômica, a ser perseguida em um contexto puramente nacional[424].

A expressão, de toda forma, parece conter um grau de indeterminação, deixando um espaço de ambiguidade sobre situações que no caso concreto podem ser consideradas híbridas[425]. À luz do bem protegido, parece acertada a visão de Mongillo[426], para quem a expressão se refere a todas as operações caracterizadas, atualmente ou potencialmente, pela competição entre empresas de diferentes

---

[422] BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 3 de novembro de 2000.** Dispõe sobre a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

[423] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 533.

[424] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 269.

[425] Situações híbridas podem ser verificadas nos casos em que, embora possam apresentar repercussões econômicas, referem-se a ações impulsionadas principalmente por um ímpeto de solidariedade (como no caso de doações feitas à administração pública para também aprimorar a imagem corporativa) ou motivações políticas. Além disso, em cenários onde a interação corrupta ocorre entre indivíduos — o *extraneus* e o funcionário público — de diferentes nacionalidades, os impactos da corrupção ficam completamente confinados ao país de origem do funcionário público. MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 269.

[426] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 269-270.

nacionalidades nos casos de licitações internacionais, exportações, investimentos produtivos e qualquer outra operação que ocorra em contextos econômicos abertos à concorrência internacional.

Parece acertado compreender a corrupção transnacional proveniente da Convenção Anticorrupção da OCDE a partir do conceito de mínimo comum corrupto, que se situa a partir dos três elementos essenciais mencionados (existência de uma vantagem indevida, econômica ou não; envolvimento de um agente público estrangeiro; realizada em um contexto de transação comercial internacional). A partir disso é que fará sentido a análise adequada do artigo 4º, parágrafo 3º do texto da Organização quando prevê a possibilidade jurisdição concorrente em casos de corrupção transnacional.

O artigo 3º da Convenção, quando se dedica ao tema das sanções, prevê no parágrafo 2º que nos países onde a responsabilidade criminal não se aplique a pessoas jurídicas, deverão ser asseguradas penas não-criminais. Além disso, o parágrafo 3º determina aos signatários que considerem a imposição de sanções civis ou administrativas adicionais à pessoa sobre a qual possam ser aplicadas as sanções penais por corrupção de funcionário estrangeiro.

Esses dispositivos revelam a importância do debate sobre as fronteiras entre direito penal e o direito administrativo sancionador aptos a incidir sobre um mesmo fato corruptivo. Tendo em vista esse cenário, a segunda parte da tese doutoral, que engloba o terceiro e o quarto capítulos, tratará de expor o problema central a respeito da pluralidade de jurisdições e a eventual incidência do princípio do *ne bis in idem* na perspectiva transversal – que alcance as sanções penais e administrativas, e igualmente através de uma dimensão transnacional, alcançando mais de uma jurisdição.

Avança-se, pois, para reconhecer os caminhos que se compreendem possíveis para solucionar o acúmulo de múltiplas jurisdições incidindo sobre um mesmo fato corrupto que transpasse as fronteiras domésticas, a ponto de estabelecer critérios de escolha da jurisdição mais apropriada para processamento e repressão dos ilícitos a partir de uma perspectiva de unidade processual.

Capítulo 3

SISTEMA SANCIONATÓRIO E *NE BIS IN IDEM* EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA

Os dois primeiros capítulos da tese, que compreenderam a sua primeira parte, visaram a apresentação de argumentos que justificam o reconhecimento da corrupção como um problema transnacional, enfrentado a partir das interfaces do Direito Global, levando em consideração os postulados de Autoridade Pública Transnacional e das Ordens Jurídicas Transnacionais de combate à corrupção, com foco especial na Convenção de combate à corrupção de autoridades estrangeiras da OCDE.

Como a transnacionalidade dos ilícitos corruptivos determina a concorrência de distintas jurisdições, independente das características específicas de cada realidade doméstica, a virtude de conceber essa dinâmica através do direito transnacional está na ideia de harmonização entre os sistemas, através da criação de modelos de cooperação.

Assim, a segunda parte da tese doutoral, que a partir daí se pressupõe propositiva, englobando o terceiro e o quarto capítulos, propõe, a partir da cooperação jurídica internacional entre os Estados, os caminhos possíveis para solução do acúmulo de múltiplas jurisdições que alcançam um mesmo ato de corrupção transnacional.

Nesse contexto, o Capítulo 3 propõe a investigação do princípio do *ne bis in idem*. É que proliferação de procedimentos persecutórios correlatos que se dediquem à persecução de um mesmo fato ou de fatos conexos que ultrapassem os limites fronteiriços dos Estados traz consigo a necessidade de diagnósticos ainda não realizados a partir da incidência, do alcance e dos limites do princípio do *ne bis in idem* através de uma perspectiva transnacional.

O objetivo é o de compreender a sua origem, as suas influências sobre distintos níveis: o nacional, o internacional e o europeu (comunitário), abordando-se também sobre as suas diferenças, traços comuns e a própria evolução do princípio.

O texto propõe a divisão do capítulo em quatro partes distintas. A primeira e segunda seções abordam o *bis in idem* na perspectiva do poder punitivo que emana do Estado através de diferentes manifestações, especialmente a administrativa e penal, identificando a cumulação sancionadora a partir de distintas esferas.

A terceira se dedica ao princípio na perspectiva do direito internacional e no sistema comunitário europeu. E, por fim, a quarta parte trabalha com as concepções do *ne bis in idem* no âmbito do direito interno italiano e brasileiro, na medida em que recebe detida contribuição bibliográfica relativa ao período de pesquisa na Università degli Studi di Perugia.

3.1 AS INTERFACES DO *NE BIS IN IDEM*

O problema da corrupção ganha cada vez mais protagonismo na ordem mundial, de maneira que o seu enfrentamento se utiliza de princípios comuns de construção e utilização do Direito Global. Nessa plêiade de valores que se pode reconhecer a respeito do combate à corrupção em nível mundial, o princípio do *ne bis in idem* assume destacada relevância, nomeadamente porque se faz necessária a sua abordagem a partir do alcance e efeitos diante da multiplicidade de processos punitivos de diferentes países no sancionamento à corrupção em nível transnacional.

Assim, a hipótese que se concebe neste capítulo diz respeito a capacidade de múltipla persecução sancionatória dos diferentes Estados nacionais a partir da prática de atos de corrupção transnacionais, tornando perceptível a identificação de um alcance transnacional ao princípio da vedação ao *bis in idem*.

O princípio do *ne bis in idem* se trata, em síntese, de um instituto que deita as suas raízes a partir do direito penal, tendo como objetivo principal a proteção contra a duplicidade de punições em razão de um mesmo crime. Com efeito, a sua aplicação implica no reconhecimento de que aquele que tenha sido julgado e

condenado (ou absolvido) por determinado crime não possa ser submetido a um novo processo penal pelo mesmo incidente[427].

Trata-se de um princípio básico[428] da justiça penal internacional e europeia e, também, das jurisdições penais nacionais que um arguido não deve ser processado ou punido mais do que uma vez pelo mesmo crime. O princípio do *ne bis idem* (ou equivalente da *common law*, *double jeopardy*) representa a proibição de se instaurar um processo penal ou reabrir um julgamento contra a mesma pessoa por mais de uma vez[429].

Acontece, todavia, que o recrudescimento dos ordenamentos jurídicos em relação ao combate e repressão a determinados ilícitos e, para os limites da tese, especialmente os ilícitos corruptivos, faz emergir a manifestação de uma potestade sancionadora diretamente ligada à atuação das autoridades judiciárias e administrativas no tratamento de crimes e infrações administrativas.

Em muitos sistemas jurídicos não há, todavia, uma clara distinção entre as esferas penal e administrativa, fazendo-se importante reconhecer o risco de conflitos ou duplicidade de persecuções penais e administrativas em razão do mesmo fato.

É o caso do combate a corrupção, na medida em que a potestade penal permite a aplicação de sanções de natureza criminal como prisão, multas e penas acessórias em resposta a condutas que violem a lei penal. Em contrapartida, é igualmente possível a manifestação da potestade administrativa, que se manifesta através do poder das autoridades administrativas de impor sanções não penais como

---

[427] O *ne bis in idem* apresenta-se como opção político-legislativa para entregar mais estabilidade às relações jurídicas entre o poder punitivo e os indivíduos. CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

[428] A respeito da denominação do *ne bis in idem* como princípio, especialmente porque é a forma como se trata na presente tese, Helena Regina Lobo da Costa explica que o instituto apresenta características de regra, já que se trata de uma norma com alto grau de concretude e especificidade em sua determinação, além de não admitir cláusulas de reserva em sua aplicação. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, versão digital, jan./jun. 2015, p. 6-7.

[429] COFFREY, Gerard. Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting *ne bis in idem* in conjunction with the principle of complementarity. In*:* **New Journal of European Criminal Law**, Vol. 4, Issue 1-2, p. 61/62.

multas, suspensões de atividades, advertências em resposta a infrações de natureza administrativa ou regulatória.

Com efeito, Ferrando Mantovani identifica que países como Alemanha, França, Portugal e Itália se empenharam no sentido de descriminalizar determinadas infrações bagatelares de mero descumpirmento de dever, passando a ser objeto de tutela do direito administrativo sancionador, descritas pelo jurista italiano como um complexo de normas que preveem fatos ilícitos para os quais são cominadas sanções extrapenais, mas que são revestidas de caráter punitivo[430].

Nesse contexto, o problema da violação ao *bis in idem* ultrapassa o direito penal, pois é possível reconhecer que determinadas condutas, especialmente as corruptivas, podem ser sancionadas tanto na esfera penal quanto na administrativa. É por isso que se demonstra a imprescindibilidade de que o *ne bis in idem* não escape do núcleo duro de garantias irrenunciáveis, mesmo no contexto do direito administrativo sancionador[431] e na sua relação com o exercício do poder punitivo na perspectiva penal.

3.1.1 O percurso histórico do princípio do *ne bis in idem*

A análise da trajetória histórica do princípio do *ne bis in idem* é condição de possibilidade para que, em linhas futuras, seja possível apresentar as características principais do instituto à luz da realidade internacional, comunitária, italiana e brasileira, especialmente para as finalidades da tese, a perspectiva transnacional. A compreensão da sua história, portanto, é ponto fulcral na exploração do exercício de potestade sancionatória, não apenas no âmbito penal, mas igualmente sob o viés do direito administrativo sancionador.

A aproximação histórica que se apresenta, muito antes de representar parte de um protocolo, muitas vezes compreendido como dispensável no tratamento crítico-dogmático de determinados institutos, justifica-se para o exercício de comprovação da hipótese da tese acerca do alcance transnacional do princípio do *ne*

---

[430] MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale:** parte generale. 3. ed. Padova: Cedam, 1992.

[431] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista de Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar./abr. 2020, p. 108.

bis in idem, conclusão absolutamente imprescindível para formulação da proposição que fundamentará o quarto e último capítulo da tese.

Nesse sentido, a primeira questão que merece destaque diz respeito a nomenclatura do instituto: se *ne bis in idem* ou se *non bis in idem*. Isso porque a doutrina e a jurisprudência costumam utilizar as expressões como sinônimas[432] quando, na verdade, o correto é a utilização do vocábulo *ne*, que desempenha a função completiva, requerendo a presença de um verbo impeditivo ou de proibição implícito, o qual é usado em proibições, resultando adequado o seu uso na linguagem prescritiva de textos jurídicos, ao passo que o advérbio de negação simples *non,* é empregado para negar um fato[433].

A delimitação do momento histórico exato de surgimento do princípio *ne bis in idem* é motivo de controvérsias na doutrina[434]. Muñoz Clares e Caballero Salinas[435] referem a origem em texto bíblico do século VII, no Antigo Testamento, no livro do Profeta Nahum, afirmando a existência de passagens no sentido de que Deus não se insurgiria duas vezes contra um mesmo fato. León Villalba defende que a sua origem estaria no direito grego a partir da retórica dos áticos[436], enquanto Inês Ferreira Leite se refere ao direito romano enquanto berço de nascedouro do instituto[437].

---

[432] SABOYA, Keity. ***Ne bis in idem*:** limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006, p. 129.

[433] LEÓN VILLALBA. Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas.** Sentido y alcance del princípio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 35.

[434] Acenam nesse sentido: LEÓN VILLALBA. Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas.** Sentido y alcance del princípio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. LEITE, Inês Ferreira. ***Ne (idem) bis in idem:*** proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para racionalidade do poder punitivo público. V. I. Lisboa: AAFDL 2016. SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. MUÑOZ CLARES, José. CABALLERO SALINAS, José María. ***Ne bis in idem*:** hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019. TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. XAVIER, Marília Barros. **O modelo brasileiro de Direito Administrativo Sancionador:** do processo civil sancionador ao *ne bis in idem*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

[435] MUÑOZ CLARES, José. CABALLERO SALINAS, José María. ***Ne bis in idem*:** hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 28.

[436] LEÓN VILLALBA. Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas.** Sentido y alcance del princípio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 38.

[437] Afirma a autora portuguesa que o *ne bis in idem* seria uma adaptação de outro princípio, o "*bis de eadem re ne sit actio"* que representaria a mesma proteção, ou seja, de que não se poderia exigir duas vezes o mesmo interesse, o que, no Direito Romano, era consequência do princípio da boa-fé. LEITE,

No que tange à referência bíblica, trata-se de um texto de natureza exclusivamente teleológica e estranha, portanto, ao sistema de justiça, do que se pode concluir pela sua irrelevância para a formação do instituto do *ne bis in idem*, ainda que indique a simplicidade de seu conteúdo, que implica na impossibilidade de repetição daquilo que já se realizou[438].

Em relação ao direito grego, parte dos autores defende a origem do *ne bis in idem* na retórica dos áticos. Muito embora se reconheça que as instituições jurídicas não foram sistematizadas na Grécia antiga, ainda assim a vedação ao duplo castigo em razão da prática dos mesmos atos foi reconhecida por aquela civilização a partir de um pressuposto lógico[439]. O axioma acabou sendo inclusive conclamado no mundo jurídico da *polis* ateniense a partir da Constituição de Atenas, com as reformas de Sólon em 594 a.C.[440].

Isso se justificaria a partir de dois discursos de Demóstenes. O primeiro em 355 a.C., em caso que tratava de isenções fiscais a favor de determinados benfeitores de Atenas, em que defendeu que a lei não permitiria que uma mesma pessoa fosse julgada por um único motivo. O segundo em 353 a.C., em caso que propunha embate contra facilidades propostas por Timócrates para devedores em mora com o Estado, em que afirmou que uma causa que já tenha sido objeto de julgamento definitivo não poder ser objeto de nova deliberação, fazendo remissão ao que hoje se compreende por coisa julgada[441].

Os discursos ainda indicam a referência à Constituição de Atenas, que mesmo tendo seu texto perdido no tempo, representou uma tentativa séria de criar um

---

Inês Ferreira. ***Ne (idem) bis in idem:*** proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para racionalidade do poder punitivo público. V. I. Lisboa: AAFDL 2016, p. 45.

438 LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*. In ARROYO ZAPATERO, Luis. NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **El princípio de *'ne bis in idem'* en el derecho penal europeo e internacional.** Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Macha, 2007, p. 17.

439 CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 34.

440 SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 7.

441 MUÑOZ CLARES, José. CABALLERO SALINAS, José María. ***Ne bis in idem*****:** hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 30-32.

sistema jurídico pela primeira vez[442]. Por essas razões alguns[443] reconhecem na obra de Demóstenes a essência do princípio do *ne bis in idem*, contemplado por um tríplice sentido: “a proibição de processar duas vezes uma mesma pessoa pelo ‘mesmo’, de acumular sanções sobre fatos idênticos e de revisitar uma matéria já decidida pelo tribunal competente”[444].

No âmbito do Direito Romano, a primeira referência escrita sobre *ne bis in idem* de que sem notícia estaria da Lei das Doze Tábuas, no século V a.C., havendo referências também às leis da República, no século II a.C.[445]. Os antecedentes do instituto e a sua elevação a condição de princípio geral, todavia, são do período do Alto Império Romano, no final do século I d.C., em que o orador romano Quintiliano afirmou sobre a proibição de acionar duas vezes pela mesma coisa[446].

De todo modo, a sua efetiva consagração na tradição romana se deu em 533 d.C. através do *Corpus Iuris Civilis*, obra sistematizadora do imperador bizantino Justiniano. Foi a partir desse momento que teria se incorporado o *ne bis in idem* aos sistemas jurídicos de matriz latina[447].

Dado o fato de que a Igreja Católica se desenvolveu em paralelo ao Império Romano, é possível identificar no Direito Canônico determinadas alusões do princípio do *ne bis in idem*. Com efeito, o *Corpus Iuris Canonici*, publicado no século XVI, abordava o instituto sob uma perspectiva notadamente processual[448] a partir do Decreto de Graciano, que estabelecia que aquele eventualmente acusado por alguém não poderia ser acusado por outro, independentemente do resultado da primeira

---

[442] MUÑOZ CLARES, José. CABALLERO SALINAS, José María. ***Ne bis in idem*****:** hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 34.

[443] Por todos, MUÑOZ CLARES, José. CABALLERO SALINAS, José María. ***Ne bis in idem*****:** hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

[444] TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 79.

[445] SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 7.

[446] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **El principio *non bis in idem.*** Madrid: Dykson, 2004, p. 15.

[447] O que se verifica a partir da análise do *Codex 9.2.9,* que proibia que os acusados recaíssem de modo reiterado na mesma acusação. Ou no Digesto 42.1.1, que tratava do instituto da coisa julgada – *res iudicata*. MUÑOZ CLARES, José. CABALLERO SALINAS, José María. ***Ne bis in idem*****:** hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 35.

[448] SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 16.

acusação no sentido de condenar ou absolver[449]. Os Decretos papais do Papa Gregório IX que, assim como o Decreto de Graciano, compunham o *Corpus Iuris Canonici*, acabaram transmitindo uma norma mais impositiva no sentido de que a acusação não poderia ser repetida apenas em caso de absolvição como resultado do primeiro julgamento[450].

Os procedimentos inquisitoriais do século XIII decretaram, todavia, o fim da regulação do princípio, pois instituíram no seu lugar a máxima *absolutio ab instantia*, a partir da qual se permitiu que aquele que tivesse sido absolvido por um tribunal poderia ser indefinidamente processado novamente acaso sobreviessem novos indícios[451]. Do mesmo modo se percebe a relação do *ne bis in idem* com os Estados Absolutistas, ou seja, não existiram maiores preocupações em relação ao princípio, na medida em que o poder persecutório se concentrava nas mãos do soberano, o que implicava na transferência dos direitos dos cidadãos, inclusive o de não ser submetido a duplo julgamento em razão do mesmo fato[452].

Após séculos de ruptura do *ne bis in* idem proporcionados pelo período da Inquisição, foi apenas no final do século XVIII que novamente se lançaram luzes sobre o axioma, o que ocorreu eminentemente a partir do movimento iluminista, com

[449] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **El principio *non bis in idem.*** Madrid: Dykson, 2004, p. 16.

[450] O que acabou trazendo repercussão e influência, conforme se identificará nas próximas linhas, no direto germânico e no direito inglês. TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 84.

[451] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **El principio *non bis in idem.*** Madrid: Dykson, 2004, p. 16.

[452] SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 17.

a Revolução Francesa[453], e através da edição da V emenda da Constituição Americana, no contexto do processo constituinte estadunidense[454].

Nesse sentido, traz-se à evidência o princípio do *ne bis in idem* nos sistemas da *common law*[455]*.* Nos Estados Unidos, não obstante o registro do princípio no documento denominado *Body of Liberties* da então colônia de Massachusetts, de 1641, o seu estabelecimento se deu com a introdução, na Constituição Americana, da V Emenda da Declaração de Direitos dos Estados Unidos da América – *Bill of Rights*, cuja ratificação ocorreu em 1791. Dentre diversas garantias, previu-se que nenhuma pessoa correria o risco de perder sua vida ou membro, por duas vezes, em razão da mesma violação[456].

Nessa senda, devem ser mencionadas, desde logo, as interpretações da Suprema Corte Americana de que a proibição proveniente do *double jeopardy* somente se aplica em âmbito federal, cedendo lugar a possibilidade de cumulação de sanções entre instâncias distintas, como a estadual e a municipal. Além disso, no que se relaciona a identidade de fatos, em 1932 a Suprema Corte instituiu o denominado teste de *Blockburger*, através do qual a vedação do duplo sancionamento somente

---

[453] O *ne bis in idem* atingiu nível constitucional em 1971, a partir da Revolução Francesa. A garantia se tornou um dos elementos de conformação do Estado de Direito, já que também se relaciona com a imposição de limites à arbitrariedade estatal. Dentre inúmeras garantias penais, o art. 9º da Constituição da França, de 1791, estabeleceu que "todo homem absolvido por um júri legalmente constituído não pode mais ser julgado nem acusado de novo em razão do mesmo fato". TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 87. O Direito francês reconheceu a vedação proposta pelo princípio no Código Brumário e no Código de Instrução Criminal. E, para além da França, verificou-se um movimento de codificação ao largo de toda a Europa no decorrer do século XX, dada a tradição do direito romano na formação jurídica da Europa Continental. SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 18-19.

[454] MUÑOZ CLARES, José. CABALLERO SALINAS, José María. ***Ne bis in idem*:** hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 38.

[455] Denominado de *double jeopardy*, o *ne bis in idem* nos sistemas provenientes da *common law* inglesa veiculam a ideia de que ninguém poderia ter a vida colocada em risco reiteradamente em razão de uma única ofensa. A disputa entre o poder monárquico e o religioso, protagonizada pelo rei Henrique II e o arcebispo Thomas Becket, trata-se do evento considerado paradigmático para consagração do princípio no sistema da Inglaterra. A discussão dizia respeito a reinvindicação de Henrique II para que os clérigos fossem julgados e punidos por duas autoridades, as cortes eclesiásticas e as cortes reais, o que não se concretizou em razão da incidência do *double jeopardy*. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 181.

[456] TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 86.

poderia ser demonstrada se ambas as violações pudessem ser identificadas exatamente a partir dos mesmos elementos de prova[457].

A evolução interpretativa do alcance e efeito do *double jeopardy* estadunidense, bem como o seu panorama à luz da *common law* se justifica importante para tese na medida em que se pretende, nas linhas futuras, identificar a existência e a abrangência do *ne bis in idem* transnacional, dados os rumos de expansão do exercício concomitante do *jus puniendi* dos Estados em situações de crimes e infrações administrativas transfronteiriças relacionadas a atos de corrupção.

3.1.2 Fundamentos, dimensões e pressupostos de aplicação do *ne bis in idem*

Apresentada a incursão histórica do princípio do *ne bis in idem*, há de se avançar para realização da delimitação dos seus fundamentos, suas dimensões e seus pressupostos de aplicação.

No que se relaciona aos fundamentos do *ne bis in idem*, os autores divergem sobre as bases e os princípios eventualmente invocados para fundamentação da sua existência.

Schietti[458] explica que as tradições jurídicas dos países de origem latina o compreendem como uma opção política do legislador para dar maior estabilidade às relações jurídicas entre o poder de punir do Estado e o indivíduo, enquanto na tradição anglo saxônica e estadunidense se o propõe como um instrumento de proteção dos súditos perante o poder do rei, sendo um escudo contra a arbitrariedade e a irracionalidade punitiva.

Para Keity Saboya[459], sem prejuízo de outros argumentos que fundamentam o *ne bis in idem,* seria o princípio da dignidade da pessoa humana a sua base estruturante. Isso porque se trata de um elemento indispensável da proteção à liberdade dos cidadãos, o que consequentemente limita o poder punitivo estatal, já

---

[457] MAIA, Carlos Rodolfo Tigre Fonseca. O princípio do “ne bis in idem” e a Constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005, p. 30.

[458] CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 11-18.

[459] SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 164-166.

que a constante possibilidade de revolvimento processual por determinada conduta tornaria a vida das pessoas incompatível com a condições humana.

Por outro lado, há autores[460] que justificam a sua *ratio* na salvaguarda dos princípios da legalidade e tipicidade, exsurgindo daí a necessidade de atuação previsível do Estado em relação às condutas passíveis de punição e suas respectivas sanções. Com efeito, a delimitação da reação punitiva do Estado seria necessária para que toda decisão que tratasse de determinada conduta fosse capaz de exaurir o tema e impedir nova análise. Nesse sentido, a tipificação da conduta compreenderia a integralidade da resposta jurídica a um mesmo comportamento, e qualquer solução distinta estaria desprovida de legalidade[461-462].

A segurança jurídica é utilizada como fundamento do princípio por aqueles que a compreendem como uma forma de garantia de que os desfechos jurídicos sejam dotados de estabilidade, tutelando assim a dignidade e a liberdade dos acusados e estabelecendo limites à pretensão punitiva estatal[463].

Outro importante fundamento objeto de análise por variada bibliografia[464] diz respeito à unidade do *jus puniendi* estatal. Nessa senda, não se poderia admitir

---

[460] Por todos OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 279. O autor, em uma perspectiva mais ampliada, também fundamenta o *ne bis in idem* a partir do princípio do devido processual legal, relacionando-o à limitação do poder do Estado.

[461] TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 109.

[462] Trata-se da posição adotada pela Corte Superior da Espanha como fundamento para acumulação entre as sanções administrativas e penais. GARCÍA PLANAS, Gabriel. Consecuencias del principio *non bis in idem* en derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales.** Madrid, v. 42, n. 1, jan./abr. 1989, p. 112.

[463] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 4, n. 4, e ano 5, n. 5, 2003-2004, p. 95. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir em bis in idem.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 70-72.

[464] LEÓN VILLALBA. Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas.** Sentido y alcance del princípio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. Sandro Lúcio Dezan, por sua vez, relacionando o direito penal com a perspectiva disciplinar do direito administrativo sancionador, posiciona-se no sentido do reconhecimento do princípio da unidade da ordem jurídica sancionadora de forma moderada. Afirma que a identidade ontológica não é condição de possibilidade para identidade teleológica, já que os ilícitos penais e disciplinares são distintos do ponto de vista material, formal e teleológico (quanto os fins e função). E, enfrentando a tese de distinção entre *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos – o que desafiaria as sanções penais, e proteção do interesse público – que desafiaria as sanções administrativas, afirma que "*Ultima ratio* e interesse público são institutos complementares e não concorrentes e disso se depreende o caráter unitário do *jus puniendi* estatal". DEZAN, Sandro Lúcio. O princípio do ne bis in idem no direito público sancionador. Curitiba: CRV, 2022, p. 321-328.

que uma punição se sobreponha a outra em razão de uma diversificação ontológica. Em outras palavras, o poder de reprimir condutas que violem a ordem social e provoquem ofensa a bens jurídicos se constitui a partir de uma capacidade única de atuação do Estado, dada a concepção unitária entre direito penal e direito administrativo sancionador, o que tornaria impossível o exercício de uma dualidade sancionatória.

O princípio da imutabilidade da coisa julgada serve de referência para fundamentar o *ne bis in idem* desde uma perspectiva penal. Seja através da sua vertente positiva, em que a posição judicial deve estar revestida de verdade jurídica, seja por meio da sua vertente negativa, que impede justamente uma nova análise sobre um mesmo tema. Alejandro Nieto defendia, entretanto, que no contexto atual o *ne bis in idem* ultrapassa o instituto da coisa julgada porque as resoluções administrativas não fazem coisa julgada, a menos que sejam submetidas a controle jurisdicional contencioso-administrativo[465], o que impõe concluir que a estabilidade da sentença transitada em julgado ocorreria apenas para o direito penal e limitada, em tese, para acusação[466].

Helena Regina Lobo da Costa, referindo-se à cumulatividade sancionatória entre direito penal e direito administrativo sancionador, fundamenta o *ne bis in idem* no princípio da proporcionalidade. Afirma que a acumulação de sanções em processos paralelos com finalidades praticamente idênticas não se demonstra um meio estatal legítimo ao atingimento dos fins pretendidos pelo legislador, na medida em que o dever de atuação moderada, sobretudo no campo punitivo, é dever do Estado[467].

Parece-nos que todos os fundamentos mencionados convergem a um centro fundamental comum que diz respeito à limitação do poder estatal. É porque, em última análise, independentemente da base principiológica que se utilize para

---

[465] O autor chega a essa conclusão a partir da dualidade jurisdicional do sistema de justiça espanhol, de modo que se pode reconhecer que no Brasil as resoluções administrativas fazem coisa julgada administrativa sem a necessidade de submissão ao poder judiciário.

[466] NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. Ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 434-435.

[467] COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 216.

fundamentar o *ne bis in idem* (dignidade humana, legalidade, tipicidade, unidade do *jus puniendi*, coisa julgada e proporcionalidade), todos apresentam o objetivo, ainda que mediato, de impor limites à atuação punitiva do Estado.

Já em relação às dimensões, o *ne bis in idem* se apresenta a partir de uma dimensão substantiva, que representa o seu aspecto material e de uma dimensão formal, que representa o seu aspecto processual. A dimensão substantiva, ou material, serve para que se impeça a estipulação legislativa e a eventual aplicação de punição para um mesmo fato-base. Enquanto a dimensão processual, ou formal, trata da impossibilidade de "instauração e continuidade de novo processo já encerrado definitivamente e que tenha enfrentado o mesmo objeto como lide"[468].

Essa bipartição dimensional do princípio tem o objeto de lhe trazer incidência para todas as fases da reação punitiva do Estado, buscando a proibição de sobreposição de procedimentos prévios à imposição de sanções – vertente processual, e à aplicação de sanções propriamente ditas – vertente material[469].

Reconhece-se, ainda, uma dimensão híbrida, que conjuga as dimensões material e processual, conferindo proibição ao processamento e à aplicação de sanção quando constatado o conflito aparente de normas:

> Há, assim, óbice à persecução de punição do agente público quando, havendo conflito aparente de normas, proceda-se a capitulações distintas, que ofereçam risco de dupla punição para o mesmo fato. Quando, na essência, tratar-se de conflito aparente de normas, que, apesar de possível capitulação em mais de um dispositivo da tábua disciplinar, somente uma deve prevalecer, em razão da necessidade cogente de aplicação dos critérios da especialidade, da subsidiariedade, da consunção ou da alternatividade[470].

---

[468] DEZAN, Sandro Lúcio. **O princípio do ne bis in idem no Direito Público Sancionador.** Curitiba: CRV, 2022, p. 114.

[469] MUÑOZ CLARES, José. CABALLERO SALINAS, José María. ***Ne bis in idem*****:** hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 275.

[470] DEZAN, Sandro Lúcio. **O princípio do ne bis in idem no Direito Público Sancionador.** Curitiba: CRV, 2022, p. 118.

E, para além disso, Saboya[471] dá luz ao que denomina de dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem*. Refere nesse sentido que o princípio não admite cláusulas condicionantes, de modo que a sua proibição impossibilita inclusive a cumulatividade das reações punitivas administrativa e penal. Na mesma linha de compreensão Dezan[472] reconhece que a medida proibitiva do *ne bis in idem* se esvai em efeitos para todos os ramos do direito sancionador, especialmente se se levar em consideração a multiplicidade de tribunais e órgãos não jurisdicionais detentores de atribuições sancionadoras, a exemplo dos juízos criminais e dos órgãos da administração tributária, previdenciária e administrativa, tanto em decorrência do poder geral de polícia como em decorrência do poder disciplinar que os fundamenta.

Quanto aos pressupostos de aplicação da vedação ao *bis in idem*, é importante que se avance na investigação do que deva ser considerada a unidade de fatos, a unidade de sujeitos e a unidade de fundamentos, a partir do que se considera o critério da tripla identidade.

Quanto a unidade de fatos, é preciso a compreensão de que fato é uma sequência linear de acontecimentos que fazem parte de uma unidade natural, um verdadeiro acontecimento histórico. Dito de outro modo, a expressão “mesmos fatos” se refere a acontecimentos idênticos ocorridos a partir de um específico comportamento que é delimitado por meio de critérios objetivos, desde o mesmo contexto de espaço e tempo[473]. Essa perspectiva trata da teoria naturalista, assim denominada pela doutrina.

A unidade de espaço-tempo da teoria naturalista não apresenta, entretanto, solução satisfatória quando se está diante de conduta e resultado separados no tempo, ou mesmo quanto uma única ação seja capaz de produzir

---

[471] SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 168.

[472] DEZAN, Sandro Lúcio. **O princípio do ne bis in idem no Direito Público Sancionador.** Curitiba: CRV, 2022, p. 127.

[473] SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 180.

múltiplos resultados, já que traria à colação as hipóteses de concurso formal de infrações[474], distanciando-se das pretensões proibitivas do *bis in idem*.

Por essa razão se apresenta a teoria normativa, que compreende a unidade de fatos a partir de critérios estritamente jurídicos. Para essa teoria, estar-se-ia diante de identidade fática quando o núcleo de duas ou mais normas se reportassem a um único conteúdo ilícito. Isso porque aqui o fato é compreendido como fato punível, valorado juridicamente de modo uno e assinalado pelas normas concorrentes que descrevem a conduta ilícita[475].

Quanto a unidade de sujeitos, deve ser compreendida a partir da identidade de uma mesma pessoa, a partir de suas características físicas[476]. A adoção do *ne bis in idem* não repele, todavia, a possibilidade de aplicação de uma sanção à pessoa física e outra sanção à pessoa jurídica.

No caso de empresas unipessoais ou nas hipóteses em que o porte empresarial diminuto torne artificial a ideia de ausência de identidade de sujeitos, Lobo da Costa[477] propõe como mais adequada a previsão de que a responsabilidade se dê exclusivamente no campo administrativo, admitindo-se o tamanho da empresa para fins de aplicação da sanção.

Quando a unidade de fundamentos, trata-se, talvez, do pressuposto de identificação do conteúdo da expressão “mesmo” que implica maiores digressões doutrinárias a respeito do alcance e dos limites do *ne bis in idem*. Em suma, refere-se à identidade de fundamento das consequências jurídicas propostas a um mesmo injusto[478].

---

[474] PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir em bis in idem.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 94.

[475] TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 120-121.

[476] PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir em bis in idem.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 125.

[477] COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 218.

[478] TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 129.

Ocorre que é muito difícil que as reprimendas punitivas tenham exatamente o mesmo objeto de proteção de interesses sociais. Nesse ponto é que reside o problema da associação da unidade de fundamentos com a necessidade de identidade do bem jurídico protegido[479], ou da natureza de relação entre o Estado e o particular objeto do sancionamento[480], ou ainda da identidade da função da sanção imposta[481].

Parece-nos adequada, assim, a conclusão de Zapatero[482] e Lobo da Costa[483] no sentido de apresentar uma solução de *lege ferenda*, permitindo que o juiz aplique tanto a sanção penal quando a sanção administrativa, desde que de forma modulada. Esse critério seria o mais coerente se compreendido como uma verdadeira identidade de efeitos, estabelecendo que se verifique se as sanções encerram idênticas funções ou não.

Para além das parciais conclusões a respeito dos pressupostos de abrangência, as linhas a seguir exploram a perspectiva do *ne bis in idem* no que tange

---

[479] É que a noção de bem jurídico não é, em si, autoexplicativa. Pelo contrário, supõe-se desprovida de substrato material e instrumentalizado na proteção de valores demasiado abstratos. Seria o caso da proteção aos "bons costumes" e a "probidade", que se trata de conceitos jurídico indeterminados que representam a mais absoluta falta de tipicidade, sendo impossíveis de serem submetidos à análises concretas. MUÑOZ CLARES, José. CABALLERO SALINAS, José María. ***Ne bis in idem*****:** hechos, penas, sanciones. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 281.

[480] O critério da natureza da relação entre o Estado e o particular explica que existem as relações de sujeição geral entre o Estado e qualquer dos seus cidadãos e que, quando violadas, autorizam a incidência de normas penais, judiciais extrapenais ou administrativas de polícia. E existem, lado outro, as relações de sujeição especial, que se inserem em um contexto de organização e gestão interna das entidades administrativas e, quando violadas, representam a violação a deveres e obrigações específicas do agente com o Estado. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 162. Essa conclusão é uma dentre as quais se permite justificar no Brasil, à luz da independência entre as instâncias, a sobreposição de sancionamentos penais e disciplinares a agentes públicos por condutas que desafiam o Código Penal e o regime disciplinar estatutário que eventualmente os liga à Administração.

[481] Quanto a identidade da função da sanção imposta, refere-se verdadeiramente a identidade de efeitos que se pretendem a partir da aplicação da sanção, se repressiva, disciplinar, política ou reparatória. E será constatada tal identidade se existir um mesmo conteúdo do injusto ou se uma das normas estiver na outra condita, para além dos elementos tidos por específicos. SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 187.

[482] ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. **Revista Penal.** Valencia, v. 1, n.1, jan. 1998, p. 13.

[483] COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 220.

às interfaces entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, contemplando o alcance transversal do princípio na medida em que essa comunicabilidade entre as distintas instâncias faz exsurgir temas de especial relevância, especialmente à luz da inter-relação entre os ilícitos penais e administrativos.

3.2 A POTESTADE PENAL E ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA DO CÚMULO DE SANÇÕES

A evolução do desenvolvimento do princípio do *ne bis in idem* passa pela análise do alargamento da administração e do seu poder punitivo como característica das configurações do Estado de Direito de matiz liberal. Isso porque já assentada a aptidão do axioma no trânsito entre as diferentes esferas do direito, especialmente a penal e a administrativa, o que demonstra a sua capacidade transversal.

A própria configuração do Estado Moderno, que tornou possível o surgimento da administração enquanto sujeito, propiciou a formação do direito administrativo e das suas facetas sancionadoras, na medida em lhe deu prerrogativas de tipificação de infrações administrativas e aplicação das respectivas sanções. Sobretudo a partir dos anos 1960, as Cortes Constitucionais dos países europeus iniciaram um movimento de equiparação, colocando em semelhantes posições as sanções penais e administrativas, especialmente para conferir aos princípios penais aplicação nos processos administrativos punitivos[484].

Nesse contexto, trabalha-se com os movimentos de aproximação entre o direito administrativo e o direito penal, naquilo que se pode denominar administrativização do direito penal e/ou penalização do direito administrativo[485]. Países como Alemanha, França, Itália e Portugal passaram a descriminalizar

---

[484] PUERARI, Adriano Farias. **O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016, p. 12.

[485] Fenômenos que são abordados de modo mais aprofundado em: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução da 2ª edição espanhola, Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112-135. Sobre a hipertrofia do direito administrativo sancionador, ver CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho penal.** Parte General. Tomo I: introdución. Madrid: Tecnos, 2004, p. 50 e ss. No Brasil, duas obras se destacam pelo aprofundamento em relação a esses fenômenos: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro:** Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 113-122.

infrações consideradas de menor potencial em razão de meros descumprimentos de dever, deslocando-as ao âmbito do direito administrativo sancionador.

Esse deslocamento, todavia, não ocorreu de modo uniforme entre os Estados europeus. Alemanha[486] e Portugal[487] seguiram o chamado modelo contraordenacional, enquanto Áustria e Suíça mantiveram a potestade sancionadora através de um desenvolvimento dos sistemas de garantias respeitado para imposição de sanções administrativas[488]. Na França, manteve-se o modelo da tripartição das infrações penais em crimes, delitos e contravenções, não aderindo à criação de um sistema legal de sancionamento público a encargo da administração[489].

Na Espanha, o direito administrativo sancionador percorreu caminho próprio dotado de características originais, que em nada se devem ao direito estrangeiro[490]. A passagem para o Estado social culminou com a ampliação das normas penais e com o reforço das sanções administrativas de forma concomitante, razão pela qual se deu especial atenção às características e limites da sanção administrativa, preocupação que se alimentou da relutância na concessão de poderes sancionatórios à administração pública[491].

---

[486] O berço da teoria do direito das contraordenações ocorreu na Alemanha. A sua evolução perpassa pelo pensamento de autores como James Goldschmidt, Erik Wolf, Eberhard Schmidt até culminar na sua normatização através das leis-quadro do regime contraordenacional (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) – OwiG, de 1952 e 1968. Para um aprofundamento dessa evolução, bem como dos modelos qualitativo, quantitativo e misto entre sanções penais e administrativas, ver: BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. **Crimes e Contra-Ordenações:** da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 21-108. No mesmo sentido: VILELA, Alexandra. **O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico.** Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 54-114.

[487] Para uma análise do surgimento e consolidação do modelo de contraordenações português, ver PUERARI, Adriano Farias. **O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016, p. 53-88.

[488] LOZANO CUTANDA. Blanca. Panorámica general de la potestade sancionadora de la administración em Europa: "despenalización" y garantia. In **Revista de Administración Pública**, 121, 1990, p. 395.

[489] BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. **Crimes e Contra-Ordenações:** da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 202.

[490] NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. Ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 144.

[491] PUERARI, Adriano Farias. **O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016, p. 20.

Na Itália, cujo destaque na tese se realiza em subtítulo próprio em razão do período de dupla titulação da Università Degli Studi di Perugia, verifica-se, tal e qual em Portugal, a influência alemã.

Assim, cumpre, em primeiro, analisar a evolução do direito administrativo sancionador e a sua relação com o direito penal, nomeadamente através da identificação de relação entre os ilícitos penal e administrativo, para em segundo lugar, debruçar atenção a evolução do modelo italiano a respeito do tema.

3.2.1 A potestade punitiva da Administração Pública e a sua relação com o Direito Penal

Para análise do alcance transversal do princípio do *ne bis in idem* no sentido de proibir a cumulatividade entre as sanções penais e administrativas é fundamental que se analise a questão do recrudescimento dos poderes sancionadores da administração pública.

As facetas sancionadoras da administração pública consistem em uma das suas mais autênticas atribuições. Além de não representar nenhuma novidade, desde as suas origens é compreendida como decorrente da *ratio* administrativa, consubstanciada por meio da persecução do interesse público através do poder de polícia[492].

Sobre o poder de polícia, que tradicionalmente é identificado como primeira fase da potestade administrativa, Cretella Júnior explica que se trata de todo sistema de proteção que funciona nos Estados de direito e que deve "satisfazer a tríplice objetivo, qual seja o de assegurar a tranquilidade, a segurança e a salubridade públicas, é a competência para impor medidas que visem a tal *desideratum"*[493]. Representa, pois, um instrumento de satisfação dos interesses gerais da coletividade.

Assim, o recorte que se pode atribuir ao poder de polícia está na capacidade de compreender a supremacia do interesse público enquanto fundamento da atividade sancionadora da administração, na medida em que se trata, ao fim e ao

---

[492] SABOYA, Keity. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem.*** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 103.

[493] CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo do Brasil:** poder de polícia. Volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 21.

cabo, da proteção prevalente dos interesses públicos diante dos interesses dos particulares.

A segunda fase da evolução do poder de polícia é associada as construções de James Goldschmidt no direito da Alemanha[494], passando-se a denominação de direito penal administrativo. E a terceira fase diz respeito ao surgimento do denominado direito administrativo sancionador, que tem o seu marco histórico na lei de contraordenações alemã de 1968, em razão do movimento de despenalização que se operacionalizou no país europeu, transferindo do direito penal para a potestade administrativa diversas condutas[495].

Ao longo das décadas, entretanto, dado o movimento de constitucionalização das ordens jurídicas e, nomeadamente do Direito Público, o direito administrativo sancionador passa de um modelo de justificação sancionadora baseada na supremacia do interesse público para um novo paradigma punitivo que leva em consideração, antes de tudo, a primazia dos direitos fundamentais[496].

Independentemente do que fundamenta o exercício sancionador da administração pública, é inegável que a evolução da complexidade das relações sociais verificadas a partir do estado moderno autoriza que se reconheça cada vez mais a intervenção e/ou regulação do poder público na manutenção de uma ordem global.

Esse protagonismo da administração no exercício punitivo advém do *jus puniendi* do Estado, já que a potestade sancionadora administrativa deriva do ideal de soberania estatal, representada pela relação jurídica que o cometimento de um ilícito estabelece entre estado e cidadão infrator[497]. O poder sancionador administrativo não é, portanto, considerado autônomo, e nem mesmo pode representar um fim em si

---

494 Para um aprofundamento nesse sentido, ver VILELA, Alexandra. **O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico.** Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 43-65.

495 NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. Ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 175.

496 A respeito da constitucionalização do direito administrativo e da necessidade de ressignificação de institutos clássicos como a supremacia do interesse público, a legalidade, e o poder discricionário da administração pública, ver BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

497 SABOYA, Keity. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem.*** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 108.

mesmo, pois consiste em um instrumento de deriva do *jus puniendi* genérico do Estado que serve para a repressão de comportamentos que violem a ordem social[498].

Assim como a potestade administrativa, o próprio direito penal é considerado manifestação do *jus puniendi* estatal, o que permite que se reconheça que ambos se originam da extensão de um mesmo poder imanente do Estado e, nesse aspecto:

> (...) faz-se pertinente mencionar que, na formação primitiva do direito, não havia qualquer distinção no domínio das regulações jurídicas até então exercidas. E essa situação perdurou até o século XVIII, época em que ocorreu tanto o processo de autonomização do direito penal como o do direito administrativo. Estes foram construídos em oposição ao direito civil, como decorrência, em grande parte, da criação do Estado de Direito e da transformação do direito natural em positivo, como também da fragmentação do pensamento científico, tão característico do método cartesiano que revolucionou essa época[499].

O fato é que no exercício do seu poder punitivo o Estado dispõe do direito penal para aplicação de penas através do Poder Judiciário e, além disso, aplica, por meio da administração pública, as sanções administrativas que se manifestam a partir do direito administrativo sancionador.

Nesse aspecto há de se abordar a inter-relação entre os ilícitos penais e os ilícitos administrativos, de modo a refletir sobre as próprias fronteiras entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, identificando as suas diferenças e semelhanças.

Como já referido no subtítulo anterior os movimentos de aproximação entre o direito administrativo e o direito penal percorrem caminhos distintos entre os países europeus, mas a existência de traços de distinção e similitude entre as ilicitudes penais e administrativas se consolidou, basicamente, por duas correntes de

---

[498] LEÓN VILLALBA. Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas.** Sentido y alcance del princípio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 177.

[499] SABOYA, Keity. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem.*** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 109.

pensamento, consubstanciadas, de um lado, na teoria diferenciadora ou qualitativa e, de outro, na teoria unitária ou quantitativa.

Elabora a partir do pensamento de Goldschmidt[500] e aprofundada por Erick Wolf e Eberhard Schmidt, a teoria qualitativa trata o direito penal e o direito administrativo sancionador a partir de uma diferença essencial, decorrente do fundamento das sanções nas duas áreas. Considera-se que o desvalor ético-social é algo inerente ao direito penal, já que as condutas objeto de tutela desse ramo do direito seriam *mala in se*, isto é, reprováveis independentemente de serem incluídas na lista de comportamentos puníveis[501]. Já as infrações administrativas seriam consideradas como meras contrariedades às proposições Estatais.

A sobreposição de sanções penais e administrativas para esse modelo seria, portanto, possível sem que se considerasse qualquer violação ao princípio do *ne bis idem*. Isso se justificaria na ideia de que protegem bens jurídicos distintos, estando o legislador autorizado a sancionar o mesmo sujeito mais de uma vez pelo mesmo fato[502].

A teoria unitária ou quantitativa é fruto da construção do pensamento especialmente de Heinz Mattes[503]. Dada a experiência da legislação alemã no período pós-segunda guerra mundial de despenalização de condutas, migrando-se à regulação do direito administrativo comportamentos menos lesivos que antes eram tutelados pelo direito penal, passou-se a compreender que em razão da possibilidade de trânsito entre a seara penal e a administrativa haveria um princípio comum entre as sanções, o que autorizaria o legislador a eleger um ou outro ramo jurídico[504].

---

[500] GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y processo.** I. Problemas fundamentales del derecho. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

[501] BRANDÃO, Nuno. **Crimes e Contra-ordenações:** da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 21-60.

[502] GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador. In **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 328.

[503] MATTES, Heinz. **Problemas del derecho penal administrativo, historia y derecho comparado.** Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

[504] GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador. In **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 329.

A tese quantitativa se justificaria na ideia de que do ponto de vista ontológico não existiria diferenciação entre os injustos penais e administrativos, de modo que a tutela de condutas antijurídicas estaria nas mãos do legislador, que seria guiado por estratégias de política criminal[505].

Existe, porém, uma via intermediária entre as duas teorias – diferenciadora e unitária, que considera o critério misto. Trata-se da denominada teoria quantitativo-qualitativa.

Para essa teoria existe de fato uma diferença ontológica entre os ilícitos penais e administrativos somente naqueles comportamentos extremos que ligam as duas áreas. Significa dizer que existem condutas proibidas pelo núcleo clássico do direito penal, que servem à proteção de bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, a integridade física, a dignidade sexual e a liberdade que não podem ser consideradas, nem mesmo do ponto de vista ontológico, iguais àquelas sanções de polícia administrativa que servem ao sancionamento de violações cotidianas da administração pública[506]. Existe, entretanto, um espaço de transição entre as infrações penais menos brandas e as infrações mais grave de direito administrativo sancionador na qual não se identificaria nenhuma diferença ontológica entre as condutas, a não ser do ponto de vista normativo.

Sem prejuízo de outras teses[507] que buscam a compreensão da diferença entre os ilícitos penais e administrativos, é de se perceber que a discussão se mostra relevante ainda nos dias de hoje, especialmente quando a pretensão é a

---

[505] GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador. In **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 329.

[506] Em determinadas circunstâncias pode a quantidade se transformar em qualidade, já que seria impossível imaginar que um homicídio pudesse ser punido na seara do direito administrativo sancionador. ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general. La estrutura de la teoria del delito. Tradución de la 2. ed. alemana. Madrid: Civitas, 2007, p. 71-72.

[507] É importante mencionar, dentre elas, a teoria da integração normativa. Trata-se da posição de Alejandro Nieto no sentido de que os ilícitos penais e administrativos não são iguais nem desiguais pelo fato de serem conceitos rigorosamente normativos. Assim, defende que o processo de escolha do legislador entre a aplicação de sanção penal ou administrativa não se fundamenta no “ser” ou na “natureza das coisas”, mas se refere a etiquetas que o legislador impõe em razão de fundamentos de política criminal. NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. Ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 160.

de identificação do alcance do *ne bis in idem* na dimensão transversal, mas, para além disso, igualmente na dimensão transnacional.

3.2.2 O ilícito administrativo despenalizado do modelo italiano e a sua relação com as sanções penais

O ponto de partida do sistema jurídico italiano para criação de um novo sistema sancionador autônomo, paralelo ao sistema penal, ocorreu através da Lei nº 689, de 24 de novembro de 1981[508]. Muito mais do que a criação de um ramo administrativo sancionador, a lei incidiu sobre todo o sistema penal, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e à legislação extravagante[509], e promovendo a conversão de inúmeras infrações penais em infrações administrativas.

Introduziu, além disso, um corpo normativo de natureza geral, dispondo de princípios e regras, tanto de natureza substantiva quanto de natureza processual, destinados aos ilícitos administrativos nela previstos, mas expandindo-se, também, para as infrações administrativas futuras. Considera-se, por isso, como um autêntico regime geral do novo sistema sancionatório administrativo[510], já que a conformação desse novo regime legal se deu através da utilização de princípios penais como a estrita legalidade e a responsabilidade subjetiva, estruturando o ilícito administrativo através do fato típico, antijurídico e culpável, tal e qual se sucede no direito penal[511].

A denominação utilizada para as categorias criadas pela lei foi inicialmente a de “ilícito administrativo despenalizado”[512], o que foi alterado a partir da

---

[508] ITÁLIA. **Legge 24 novembre 1981**, **n. 689.** Modifiche al sistema penale.

[509] VANNINI, Alessandra Rossi. **Illecito Depenalizzato-Amministrativo.** Ambito di Applicazione. Milano: Giuffrè, 1990.

[510] MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale:** parte generale. 3. ed. Padova: Cedam, 1992. E, VANNINI, Alessandra Rossi. **Illecito Depenalizzato-Amministrativo.** Ambito di Applicazione. Milano: Giuffrè, 1990, p. 4

[511] PALIERO, Carlo Enrico. TRAVI, Aldo. **La Sanzione Amministrativa. Profili Sistematici.** Milano: Giffrè, 1988, p. 217-226.

[512] VANNINI, Alessandra Rossi. **Illecito Depenalizzato-Amministrativo.** Ambito di Applicazione. Milano: Giuffrè, 1990.

paulatina consolidação da legislação, adquirindo predominância a designação “direito punitivo administrativo”[513-514], sendo esse, pois, o termo utilizado na tese.

Em relação a conversão dos delitos e contravenções em ilícitos administrativos, a reforma foi operacionalizada pela seção III da Lei 689/81, nomeadamente no artigo 32[515] que previu a substituição da multa ou da *ammenda*[516]. É que no âmbito do sistema administrativo, a sanção pecuniária é “rainha”, enquanto no sistema penal ela é relegada ao papel de “cinderela”[517].

Muito embora o regime da Lei italiana de modificações ao sistema penal de 1981 se fundamente pelo princípio da autonomia, admite-se a existência de uma relação aproximada de interligação com o direito penal. Não por outro motivo que se considera que os dois sistemas punitivos, administrativo punitivo e penal, relacionam-se a partir de uma unidade substancial[518].

---

513 Na tradução livre, *Diritto punitivo amministrativo.*

514 Apesar da terminologia utilizada na experiência italiana, não se pode concluir que esse sistema sancionatório esteja conglobado pelo direito administrativo propriamente dito, e nem mesmo que as suas infrações sejam tidas como intrinsecamente administrativas. Antes pelo contrário, há uma predominante tendência na doutrina em aproximar esse direito punitivo administrativo ao direito penal, não o adscrevendo aos limites do direito administrativo. Admite-se, nesse sentido, inclusive, a denominação alternativa de direito penal administrativo. MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale:** parte generale. 3. ed. Padova: Cedam, 1992.

515 Na tradução livre: “Não constituem crime e ficam sujeitas à sanção administrativa de pagamento de uma soma em dinheiro todas as infrações para as quais esteja exclusivamente prevista a pena de multa ou de *ammenda*, sem prejuízo do disposto no art. 39 em relação às infrações financeiras.” ITÁLIA. **Legge 24 novembre 1981**, **n. 689.** Modifiche al sistema penale.

516 No direito italiano, a *ammenda* se refere à sanção pecuniária relativa às contravenções (*contravvenzioni)*, conforme os artigos 17º, 26º e 39º do Código Penal. Já a “multa”, prevista igualmente no artigo 17º do diploma penal, trata-se da sanção pecuniária decorrente da prática de um delito (*delitti*). A explicação se justifica para evitar problemas de tradução, na medida em que a tese que ora se apresenta mantém dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia, e contempla resumo expandido na língua italiana. No português do Brasil, não se representaria um problema de tradução, pois a terminologia “multa” se refere, sem distinções, tanto as sanções pecuniárias decorrentes do direito penal como do direito administrativo sancionador, não havendo uma palavra específica para se referir a sanções pecuniárias decorrentes especificamente deste ramo, como ocorre com a expressão “coima” do direito das contraordenações português.

517 PALIERO, Carlo Enrico. TRAVI, Aldo. **La Sanzione Amministrativa. Profili Sistematici.** Milano: Giffrè, 1988, p. 231.

518 PALAZZO, Francesco. I critério di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. In **L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di um Sistema.** Padova: CEDAM, 1987, p. 13.

O sistema sancionatório italiano seria considerando, portanto, como um sistema de *doppio binário*[519]*,* conglobando o direito penal e o direito administrativo punitivo, sendo este último classificado como intermediário entre o direito penal clássico e o direito administrativo, identificando-se como um verdadeiro ilícito para-penal[520]. Esse pensamento é reforçado por Paliero[521], para quem "Este modelo [da Lei 689/81] ascende agora à dignidade de categoria, colocando-se no mesmo patamar – em termos de enquadramento sistemático e de funcionalidade político-jurídica – das outras duas, mais consolidadas, principais figuras do delito: o crime e o ilícito civil".

No entanto, quando em comparação com as discussões ocorridas na Alemanha e em Portugal a respeito do critério material de distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo despenalizado, o direito italiano e a sua doutrina não concitaram especial atenção ao tema, delimitando o problema fundamentalmente à luz dos critérios de decisão legislativa sobre descriminalização. Dolcini[522] acentua que assim como em relação ao direito penal, o direito administrativo punitivo tem a vocação para o exercício de tutela de bens jurídicos, ancorando-se no poder legislativo que, pouco depois da aprovação da Lei 689/81, editou, em 19 de dezembro de 1983, a Circular da Presidência do Conselho de Ministros para tratar dos critérios orientadores para escolha entre sanções penais e sanções administrativas[523].

---

[519] PADOVANI, Tullio. Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delito, contravvenzione e illecito amministrativo. **Cassazione Penale.** 1987, p. 672.

[520] VANNINI, Alessandra Rossi. **Illecito Depenalizzato-Amministrativo.** Ambito di Applicazione. Milano: Giuffrè, 1990, p. 128.

[521] No original: "*Tale modello assurge ora a dignità di categoria, ponendosi sullo stesso piano – quanto a ossatura sistematica e a funzionalità politico-giuridica – delle altre due, più consolidate, figure principal di illecito: il reato e il torto civile".* PALIERO, Carlo Enrico. TRAVI, Aldo. **La Sanzione Amministrativa. Profili Sistematici.** Milano: Giffrè, 1988, p. 307.

[522] DOLCINI, Emilio. Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. **RIDPP**, 1984.

[523] A circular foi elaborada por uma Comissão da qual fizeram parte professores de direito penal, professores de direito administrativo e magistrados, dirigindo-se aos gabinetes ministeriais para o oferecimento de orientações legislativas quando à opção pela esfera penal ou pela esfera do direito punitivo administrativo. A premissa geral do documento foi a de que tanto os crimes como os ilícitos administrativos são instrumentos de prevenção à tutela de bens jurídicos, muito embora as respectivas sanções assumam diferentes gravidades. O ponto fulcral para diferenciar as sanções penais das administrativas residiria no critério da liberdade pessoal, já que apenas a medida aflitiva penal teria o condão de impor restrições dessa natureza. CIRCOLARE 5 febbraio 1986. **Criteri Orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali.** Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1986/03/18/086A1789/sg>. Acesso em 13 fev. 2024.

A Circular determinou que a escolha entre sanção penal e administrativa deveria ser orientada basicamente pelos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, concluindo-se, pois, que a sanção penal deva ser desconsiderada quando se afigure desproporcional em relação à potencial gravidade do ilícito, ou quando possa ser substituível por uma sanção de ordem administrativa de eficácia equivalente. O relevo constitucional dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente serve, pois, como critério de definição, já que a proteção penal deve mirar bens jurídicos constitucionalmente relevantes enquanto a proteção de interesses sem dimensão constitucional ficaria a encargo exclusivo do direito punitivo administrativo[524].

Em suma, a Circular conclui que a distinção entre o domínio penal e o administrativo se apega às categorias da dignidade penal e da carência de tutela penal, e que o critério da proporcionalidade impõe o reconhecimento de três áreas sobre as quais recairá a intervenção penal e/ou administrativa punitiva. A primeira - zona superior, corresponde àquela das ofensas graves a bens jurídicos de quilate constitucional, em que o direito penal será chamado a intervir. A segunda – zona inferior, trata das ofensas a bens jurídicos secundários que correspondem a ofensas menos graves, em que a intervenção ficará a encargo do direito punitivo administrativo. E a terceira – zona intermediária cinzenta, situada entre a primeira e a segunda, em que se verificará uma irredutível margem de dúvida mesmo à luz da proporcionalidade[525-526].

Nessa terceira área denominada de zona intermediária cinzenta, o princípio da proporcionalidade se socorre ao princípio da subsidiariedade como critério de decisão legislativa. Assim, o recurso ao direito penal somente se justificará na ausência de técnicas de controle social, devendo ponderar de forma comparativa entre aplicação da sanção penal ou da sanção administrativa como instrumento de

---

[524] CIRCOLARE 5 febbraio 1986. **Criteri Orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali.** Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1986/03/18/086A1789/sg>. Acesso em 13 fev. 2024.

[525] As expressões “zona superior”, “zona inferior” e “zona intermediária cinzenta” constam do próprio texto da Circular.

[526] CIRCOLARE 5 febbraio 1986. **Criteri Orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali.** Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1986/03/18/086A1789/sg>. Acesso em 13 fev. 2024.

tutela preventiva e repressiva da hipótese em causa, devendo ser considerado ainda o regime legal previsto para cada ramo punitivo, tanto sob o aspecto substantivo quanto sob o aspecto processual[527].

O fato é que a ligação dos ilícitos decorrentes do direito administrativo punitivo italiano com a função de tutela de bens jurídicos é sustentada praticamente sem vozes em contrário na doutrina daquele país. Daí a repercussão conclusiva em relação às próprias finalidades da sanção administrativa, que não servirá à proteção de interesses puramente administrativos, não tendo a finalidade de repristinar ou reintegrar os interesses da administração pública[528].

Não obstante a Lei 689/81 tenha completado quatro décadas, é possível identificar que a caracterização do direito administrativo punitivo italiano se manteve relativamente estável na sua essência, havendo necessidade de registro apenas em relação ao alargamento dos movimentos despenalizadores para outros domínios[529], do que pode ser exemplo o Decreto-Lei 507, de 30 de dezembro de 1999, que tratou de temas como alimentos, circulação rodoviária, infrações financeiras, navegação, entre outros.

Para as pretensões da hipótese a ser confirmada pelo terceiro capítulo da tese no sentido de que é possível reconhecer a transversalidade do princípio do *ne bis in idem*, que terá alcance entre as sanções penais e as sanções administrativas, é importante que se observe o conteúdo do artigo 9 da Lei 689/81[530], que trata da dos casos de sobreposição da legislação penal e administrativa e busca evitar que o agente responda mais de uma vez por uma mesma conduta nas hipóteses em que esse mesmo fato seja punido por normal penal e por nome administrativa, valendo-se do princípio da especialidade para o tratamento do concurso. E o conteúdo do artigo

---

[527] DOLCINI, Emilio. Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. **RIDPP**, 1984, p. 618.

[528] DOLCINI, Emilio. Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. **RIDPP**, 1984, p. 602.

[529] Sobre a evolução desse percurso inaugurado pela Lei 689/81, ver RUFFO, Mario Alberto. **Diritto Penale Amministrativo.** 2ª ed., Milano: CEDAM, 2004.

[530] Na tradução livre: “Quando o mesmo fato for punido por uma disposição penal e por uma disposição que preveja sanção administrativa, ou por uma pluralidade de disposições que prevejam sanções administrativas, aplica-se a disposição especial”. ITÁLIA. **Legge 24 novembre 1981**, **n. 689.** Modifiche al sistema penale.

24 da mesma Lei[531], a respeito da conexão objetiva da infração administrativa com o crime.

Com efeito, caso a existência de crime dependa da constatação de infração administrativa, ressalvada a hipótese de realização de pagamento reduzido[532], a competência para agir tanto sobre o crime como sobre a sanção administrativa será do juízo criminal. A infração administrativa deve, no entanto, constituir o antecedente lógico necessário para a existência da infração penal.

Nesta senda, a jurisprudência italiana[533] se consolidou no sentido de que quando o juiz constatar que a apuração do crime mantém ligação objetiva de natureza prejudicial em relação a infração administrativa, deve se limitar ao encaminhamento da questão ao juiz com competência criminal, a quem igualmente competirá decidir sobre a infração de natureza administrativa.

Esse funcionamento demonstra um mecanismo legislativo de comunicabilidade entre as diferentes instâncias criminal e administrativa que reconhece, inobstante o *doppio binário* punitivo do sistema italiano, a incidência da

---

[531] Na tradução livre: "Se a existência de um crime depender da apuração de uma violação que não constitui crime, e para isso não tiver sido efetuado pagamento reduzido, o juiz criminal competente para conhecer do crime é também competente para decidir sobre a referida violação e aplicar a sanção estabelecida em lei para a própria violação. Caso ocorra a hipótese prevista no parágrafo anterior, a relação a que se refere o art. 17 seja transmitido, mesmo sem a notificação exigida pelo parágrafo segundo do art. 14, à autoridade judiciária competente para o crime, que, ao enviar a comunicação judicial, ordena a notificação dos detalhes da infração administrativa aos obrigados para os quais ela não ocorreu. mediante notificação, inicia-se o prazo para redução do pagamento. Caso a autoridade judiciária não prossiga com a investigação, o pagamento reduzido poderá ser feito antes da abertura do julgamento. A pessoa solidariamente responsável com o autor da violação deve ser citada na investigação criminal ou no julgamento, a pedido do Ministério Público. O magistrado ordena oficialmente a intimação). Para a defesa dos seus próprios interesses, a referida pessoa faz jus aos direitos e garantias reconhecidos ao arguido, excluindo a nomeação de defensor público. O magistrado, ao proferir decreto criminal, com o mesmo decreto aplica a sanção prevista em lei para a violação contra os responsáveis. A competência do juiz criminal quanto à violação não constitutiva de crime cessa se o processo penal for arquivado por extinção do crime ou por falta de condição de admissibilidade." ITÁLIA. **Legge 24 novembre 1981**, **n. 689.** Modifiche al sistema penale.

[532] O pagamento reduzido está previsto no art. 16 da Lei 689/81, e na tradução livre, representa a hipótese em que "É permitido o pagamento de uma quantia reduzida igual ao terço da sanção máxima prevista para a infração cometida ou, se for mais favorável e se for estabelecida a sanção mínima legal, igual ao dobro do valor relevante, além das despesas de o processo, no prazo de sessenta dias a contar da notificação imediata ou, se não houve notificação imediata, da notificação dos detalhes da violação." ITÁLIA. **Legge 24 novembre 1981**, **n. 689.** Modifiche al sistema penale.

[533] Nesse sentido, ver Cass. Civ. Sez. II (ord.) 27.02.2023 n. 5846.

vertente processual do *ne bis in idem*, associando-a um caráter de transversalidade para proibir a sobreposição de processos entre as distintas esferas.

3.3 O *NE BIS IN IDEM* NA PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO EUROPEU

O tratamento dado ao princípio do *bis in* idem, da forma como abordado até aqui, identifica uma questão central que precisa ser enfrentada: o agigantamento do risco de uma mesma matéria ser submetida a uma pluralidade de ordens jurídicas de diferentes países[534] e a diferença de interpretação sobre a sua aplicabilidade e alcance.

Assim, tão importante quanto a compreensão do *ne bis in idem* a partir de uma perspectiva dos ordenamentos jurídicos internos é sua análise na perspectiva do direito internacional público e no direito da comunidade europeia. Se é possível compreender que esse princípio garante direitos universais, é igualmente possível entender a necessidade de pensar o *ne bis in idem* através da sua transcendentalidade nacional.

O exame destes âmbitos, todavia, será realizado a partir de ângulos que de alguma forma interessam para comprovação da hipótese da tese, já que se reconhece tratar de matéria extremamente ampla, com análise por doutrina variada e extensa.

3.3.1 A sobreposição sancionatória à luz do Direito Internacional

Antonio Cassese explica que em relação a multiplicidade persecutória no Direito Internacional, muito embora exista previsão expressa no Estatuto de Roma sobre a vedação ao *bis in idem*, não se pode concluir pela universalidade do reconhecimento da sua incidência[535].

Daí porque a necessidade de identificar a diferença conceitual entre o princípio do *ne bis in idem* em perspectiva internacional e em perspectiva

---

[534] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 4, n. 4, e ano 5, n. 5, 2003-2004, p. 91-122.

[535] CASSESE, Antonio; GAETA, Paola. **Cassese's international criminal law.** 3rd ed., revised by Antonio Cassese, Paola Gaeta [et al.]. Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 315.

transnacional – para a sequência do capítulo, especialmente à luz do regime comunitário europeu.

O *ne bis in idem* internacional se refere aos casos de crimes internacionais que são julgados por tribunais ou cortes internacionais. A relevância reside, pois, nas situações em que o Tribunal Penal Internacional – TPI está envolvido na persecução de crimes como genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Já o *ne bis in idem* transnacional – e, aqui, especialmente no âmbito comunitário europeu, diz respeito a aplicação do princípio em contextos nos quais distintos Estados ou jurisdições nacionais estão envolvidos na persecução de um mesmo crime ou conduta criminosa, sendo que a preocupação gira em torno da possibilidade de que exista um julgamento repetido e sobreposto por um mesmo fato criminoso em diferentes sistemas jurídicos.

Em relação ao *ne bis in idem* transnacional, não são poucos os Estados que tendem a sustentar a opinião de que não estão obrigados a se considerar impedidos de julgar novamente infrações sobre as quais tribunais estrangeiros já se pronunciaram, quando esses ilícitos já foram cometidos em seu próprio território. Evidentemente, esta pretensão ao exercício da jurisdição territorial está baseada na noção de soberania e, especificamente, na pretensão dos Estados nacionais de que eles têm o direito de exercer persecução sancionatória para punir condutas cometidas em seu território, já que haveria perturbação da ordem e dos valores mantidos na comunidade local[536].

Alerta Antonio Cassese, todavia, que esse paradigma merece evolução no que tange, pelo menos, aos crimes internacionais, já que as regras de exercício de jurisdição estatal territorial não são aplicadas a essas modalidades de crimes[537].

O Tribunal Penal Internacional - TPI se trata de uma instituição permanente e independente estabelecida pelo Estatuto de Roma, que entrou em vigor

---

[536] CASSESE, Antonio; GAETA, Paola. **Cassese's international criminal law.** 3rd ed., revised by Antonio Cassese, Paola Gaeta [et al.]. Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 316.

[537] CASSESE, Antonio; GAETA, Paola. **Cassese's international criminal law.** 3rd ed., revised by Antonio Cassese, Paola Gaeta [et al.]. Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 316.

em julho de 2002 e conta atualmente com 123 países na condição de Estados-Partes, sendo 33 Estados Africanos, 19 Estados da Ásia-Pacífico, 18 Estados da Europa Oriental, 25 da Europa Ocidental e outros Estados e 28 Estados da América Latina e do Caribe[538]. A sua jurisdição tem competência para o processamento dos indivíduos que cometam os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e agressão, tipificados respectivamente nos artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto, sendo que em relação ao crime de agressão, a competência ficou estabelecida a partir de 2010, pela Assembleia dos Estados-Partes.

Com efeito, o Estatuto de Roma confere ao TPI uma posição subsidiária em relação às jurisdições nacionais, através do denominado princípio da complementariedade, já que apenas apreciará um caso quando o Estado competente para tanto não o fizer ou fizer de modo aparente, buscando assegurar a impunidade e afastar a análise do tribunal internacional[539].

A subsidiariedade ou complementariedade são, portanto, características marcantes do TPI. Isso significa que a sua jurisdição não se impõe em relação aos tribunais nacionais, permanecendo vinculados apenas os Estados que aderiram ao Estatuto de Roma. Além disso, somente se permite o exercício de jurisdição quando o Estado competente do ponto de vista doméstico não o realizar ou não tiver essa possibilidade[540].

Assim, os casos já decididos pelas jurisdições nacionais podem ainda assim serem submetidos à jurisdição do TPI quando existir deliberada intenção de afastar do indivíduo acusado o direito a um justo julgamento. Trata, essa hipótese, do denominado julgamento aparente, que autoriza a excepcionalidade em relação a incidência do *ne bis in idem* na perspectiva dos crimes internacionais, pois novo julgamento poderá ser realizado se o primeiro não tiver sido conduzido de modo independente e imparcial, ou em conformidade com o devido processo, de acordo

---

[538] Disponível em: <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>. Acesso em 23 fev. 2024.

[539] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 4, n. 4, e ano 5, n. 5, 2003-2004, p. 110.

[540] SABOYA, Keity. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem.*** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 45.

com o Direito Internacional, ou ainda de forma incompatível com a intenção de submeter a pessoa a ação da justiça[541].

O princípio da complementariedade na posição de parcela da doutrina[542] representa, entretanto, um reflexo de insegurança jurídica no que tange ao conceito de coisa julgada importando em restrições à aplicação do princípio do *ne bis in idem*. É que a imprecisão dos critérios utilizados pela complementariedade pode fazer com que se realize um juízo de valor acerca do funcionamento e da legitimidade dos sistemas de justiça nacionais, convertendo a Corte Internacional em uma instância adicional de aferição de fatos que não obtiveram a devida atenção pelas jurisdições domésticas.

Em síntese, as restrições à regra do *ne bis in idem* que autorizam o exercício jurisdicional do TPI somente devem incidir em casos realmente necessários e, ainda assim, deve-se exigir extrema cautela na sua aplicação, sob pena de tornar o Tribunal Internacional em verdadeiro instrumento impositivo de arbítrio e indesejada intromissão, dada a delicada natureza de pronunciamento a respeito da (in)eficácia das justiças nacionais[543].

Para além da previsão contida no Tratado de Roma e as considerações a respeito do tratamento do *ne bis in idem* no âmbito do TPI, é importante que se considerem as já mencionadas cláusulas de vedação constantes no âmbito do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, especialmente à luz da interpretação que lhe empresa a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sendo um dos documentos que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos ao lado da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e

---

[541] SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp 32-40.

[542] Nesse sentido SANZ HERMIDA, Ágata. A Corte Penal Internacional: jurisdição e competência. **Ciências Penais**, v. 5, jul. 2006 e AMBOS, Kai. **Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.** Disponível em: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de>. Ambos citados por Saboya em: SABOYA, Keity. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem.*** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 46.

[543] SABOYA, Keity. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem.*** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 46.

do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

O tema do *bis in idem* está previsto no art. 14.7 que prevê que "ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país". Muito embora sejam contempladas as duas vertentes do princípio do *bis in idem*, tanto a processual como a material, o texto adota o parâmetro da coisa julgada, o que afasta a proibição de tramitação paralela de dois processos com o mesmo objeto[544].

O dispositivo igualmente não passa imune a críticas em função da utilização de vocábulos que geram dúvidas a respeito seu alcance. Com efeito, a versão do texto em outras línguas se utiliza de expressões que não mantém, necessariamente, o mesmo significado. É que em português e espanhol se utiliza da expressão "delito", enquanto em inglês "*offence*", em francês "*infraction"*, em alemão "*verbrechen"* e em italiano "*reato*", o que reflete uma ausência de universalidade ao seu conteúdo já que a conotação jurídica de cada uma dessas expressões é diferente nos respectivos ordenamentos jurídicos[545].

De todo modo, em relação ao cúmulo de sanções penais e administrativas, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, órgão responsável pela sua aplicação, já se manifestou sobre o alcance da matéria prevista no artigo 14. Estabeleceu que estão abrangidas para além das acusações de caráter penal, também os ilícitos não penais assim considerados pelo direito interno, em função do seu objetivo, caráter ou gravidade[546].

O mesmo órgão, entretanto, entende que a garantia do *ne bis in idem* prevista no Pacto tem alcance limitado ao direito doméstico de cada país. Significa

---

[544] TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 93.

[545] TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 93.

[546] COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 186-187.

compreender que o dispositivo não se aplicaria aos casos em que diferentes Estados processam e punem os mesmos indivíduos em razão dos mesmos fatos[547]. Essa concepção vai de encontro ao posicionamento de Japiassú[548], que defende, por sua vez, a adoção de uma interpretação de pretensões universalizadoras alcançando ao princípio espaços que ultrapassem o exercício das soberanias estatais, justamente na linha que se propõe a presente tese no sentido de reconhecer o caráter transnacional da vedação ao *bis in idem.*

Já em relação a Convenção Americana de Direitos Humanos da OEA, também conhecida como Pacto de San José da Cosa Rica, de 1969, o artigo 8.4 estabelece que "O acuado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos". Assim como em relação ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos o dispositivo é alvo de críticas não apenas por também vincular o *ne bis in idem* ao instituto da coisa julgada, mas também porque faz referência apenas aos casos em que o agente foi absolvido em processo anterior sobre os mesmos fatos[549], o que representa uma ausência de proteção em relação à vertente material do princípio.

De todo modo, a limitação imposta pelo *bis in idem*, na interpretação que lhe é dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não se restringe apenas à esfera penal, como aponta Saboya ao dedicar-se à análise e intepretação de diversos casos submetidos à Corte[550]. Com efeito, o Tribunal já estabeleceu que o rol de garantias mínimas previsto para matéria penal se estende também aos ilícitos de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter[551].

---

[547] MAIA, Carlos Rodolfo Tigre Fonseca. O princípio do "ne bis in idem" e a Constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005, p. 42.

[548] Nesse sentido, ver: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 4, n. 4, e ano 5, n. 5, 2003-2004.

[549] MAIA, Carlos Rodolfo Tigre Fonseca. O princípio do "ne bis in idem" e a Constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005, p. 42.

[550] SABOYA, Keity. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem.*** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 47-54.

[551] COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 186.

3.3.2 A sobreposição sancionatória à luz do Direito Comunitário Europeu

Na medida que os problemas de territorialidade e soberania se demonstram mais sensíveis, especialmente se pensados a partir de uma perspectiva cooperada entre os Estados nacionais, é necessário buscar uma abordagem mais coesa e justa na persecução de fatos ilícitos que se revistam de elementos transfronteiriços.

Entende-se conveniente, a partir disso, lançar olhar ao tratamento aplicado ao princípio da vedação ao *bis in idem* no Direito Europeu, dado o seu nível de maturidade, o que se justifica no elevado status de integração entre os países membros da União Europeia[552].

Para a consecução desse desiderato, três são os instrumentos a serem abordados. O Protocolo nº 7 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1984, do Conselho da Europa. E, no âmbito da União Europeia, a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 1990, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000.

A Convenção Europeia de Direitos Fundamentais não continha dispositivos relacionados ao tema do *ne bis idem* quando da sua concepção em 1950.

---

[552] A natureza do direito europeu foi motivo de extensa discussão em razão da ambiguidade dos seus tratados fundantes, o Tratado de Paris de 1951 e o Tratado de Roma de 1957. É que muito embora se constituíssem formalmente em tratados internacionais clássicos ratificados pelos países signatários, possuíam objetivos e políticas que requeriam técnicas jurídicas e ferramentas que ultrapassavam os limites comuns do direito internacional. Entre as décadas de 1960 e 1980 as instituições europeias promoveram um intenso debate que divida os juízes do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Europeia em relação à sua maior proximidade ao direito federal ou ao direito internacional, o que se verificou especialmente a partir do julgamento dos casos Van Gend em Loos (Caso 26/62) e Flaminio Costa v. E.N.E.L (Caso 6/64). No primeiro, o Tribunal adotou a interpretação constitucional dos tratados a partir de uma leitura teleológica de seus objetivos, da visão sobre a comunidade que se pretendia criar e do sistema jurídico que seria necessário para dar consecução a uma nova realidade política e econômica. No segundo julgamento, avançou-se no sentido de reconhecer a primazia do direito europeu, nomeadamente no sentido de precedência do direito comunitário em caso de conflito com o direito interno, já que os Estados haviam limitado de modo permanente sua soberania em relação às competências transferidas à Comunidade. Finalmente em 1981, a partir da influência da doutrina estadunidense, em projeto de pesquisa liderado por Mauro Cappelletti sobre a integração através do direito, consolidou-se a ideia de que o Tribunal de Justiça Europeu havia "constitucionalizado" o Tratado de Roma, constituindo-se o direito europeu (comunitário) em uma ordem distinta da nacional, que se verificaria através das constituições dos Estados e dos Tribunais constitucionais, e da internacional, que se constituíra através da Convenção Europeia de Direitos do Homem e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. FRAGA, Vitor Galvão. O *ne bis in idem* no direito administrativo sancionador. Um olhar sobre o direito europeu e o direito brasileiro. In NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Coord.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional.** São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 167-168.

Foi a partir de 1984, com o Protocolo nº 7, que o princípio passou a integrar a convenção, referindo-se textualmente ao âmbito penal. Em particular, dispositivo prevê que:

> Artigo 4º Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez. 1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. 2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se fatos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento. 3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção.

A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen foi incorporada ao quadro jurídico e institucional da União Europeia através do Tratado de Amsterdam, e dispõe no artigo 54:

> Artigo 54. Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma parte contratante não pode, pelos mesmos fatos, ser submetido a uma ação judicial intentada por uma outra parte contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida.

Já o artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia trata do “Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito”. E expõe que: “Ninguém pode ser processado ou condenado por um crime pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado na União após uma sentença penal transitada em julgado nos termos da lei”.

O fato é que a autonomia que se verifica entre o direito europeu e o direito internacional, traduzida na independência entre a Convenção Europeia de Direitos Fundamentais e Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, cuja interpretação cabe, respectivamente, a Corte Europeia de Direitos do Homem – CEDH - ou Corte de Estrasburgo, e ao Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE – ou

Tribunal de Luxemburgo, revela uma possível fonte de jurisprudência contraditória aos cidadãos europeus que, além disso, ainda se submetem ao direito nacional[553].

Considerando as possibilidades de insegurança jurídica advindas do cenário acima demonstrado, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia positivou uma cláusula de equivalência no artigo 52, parágrafo 3[554]. É que com base na equivalência, onde os direitos garantidos pela Carta Europeia correspondem àqueles protegidos pela Convenção, o sentido e o alcance serão os mesmos, a não ser que o direito da União conceda uma proteção mais ampla.

Assim, o acervo jurisprudencial da Corte de Estrasburgo realiza o exercício de força vinculante do artigo 52, parágrafo 3, com todas as implicações relativas à aplicabilidade direta nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros[555]. Isso permite ao *ne bis in idem* um lugar privilegiado de diálogo judicial no contexto de construção de um sistema de proteção com bases no pluralismo constitucional, buscando congruência estrutural e orgânica na interpretação e refinamento de valores constitucionais[556].

Em relação ao alcance transversal do *ne bis in idem*, reconhecendo-se vedação a sobreposição de sancionamentos do âmbito penal e administrativo, o Protocolo nº 7 restringe o texto legal em relação ao *idem*, já que se refere exclusivamente ao direito de não ser julgamento ou punido penalmente mais de uma vez pelo mesmo fato. A previsão não impediu, entrentanto, que a Corte de Estrasburgo

---

553 FRAGA, Vitor Galvão. O *ne bis in idem* no direito administrativo sancionador. Um olhar sobre o direito europeu e o direito brasileiro. In NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Coord.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional.** São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 169-170.

554 "Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla."

555 GITTARDI, Irene. La miccia è acesa: la Corte di cassazione fa direta applicazione dei pincipi della Carta di Nizza in materia di *ne bis in idem*. **Diritto penale contemporaneo**, n. 4/2017. Disponível em: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5333-la-miccia-e-accesa-la-corte-di-cassazione-fa-diretta-applicazione-dei-principi-della-carta-di-nizza>. Acesso em 2 mar. 2024.

556 FRAGA, Vitor Galvão. O *ne bis in idem* no direito administrativo sancionador. Um olhar sobre o direito europeu e o direito brasileiro. In NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Coord.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional.** São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 170.

reconhecesse a incidência do *ne bis in idem* também nos casos de sanções penais e administrativas[557].

A análise da jurisprudência da Corte permite identificar um nível de elevado de discussão em relação à transversalidade do *ne bis in idem* no que tange às infrações penais e administrativas no sentido de que a qualificação jurídica doméstica não seria um critério idôneo para constatar a violação ou não do artigo 4.1 do Protocolo nº 7. Com efeito, a adoção de uma concepção formal estritamente baseada na qualificação do ilícito interno poderia ocasionar possíveis burlas à aplicação do Protocolo, já que os membros poderiam se utilizar de sanções extremamente gravosas desde que com natureza formalmente distinta da penal[558].

Assim, a Corte desenvolveu os denominados critérios de *Engel*[559],que consistem em: i) a qualificação jurídica da infração conforme a legislação interna, com caráter meramente orientativo; ii) a natureza da infração, deduzida de uma análise dos fatos materiais que levará em consideração o objetivo da norma; iii) a natureza e o grau de severidade da sanção imposta ao interessado. Servem para o fim de determinar se do ponto de vista substancial, os Estados tratam de sancionamentos de cunho criminal, a pretexto de eventualmente alterarem a qualificiação jurídica do ilícito para burlar a Convenção.

---

[557] De acordo com Pérez Manzano, um exemplo é o da Sentença Gradinger v. Áustria, de 23 de outubro de 1995, em que a Corte entendeu que o artigo 4.1 do Protocolo nº 7 da Convenção restaria violado se fossem aplicadas multas criminais e administrativas cumulativamente em razão de um fato relacionado com acidente de trânsito com vítimas. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir em bis in idem.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 46-53. Em 1998, no caso Oliveira v. Suíça, de outro modo, reconheceu-se a possiblidade de duas condenações, a primeira em processo administrativo e a segunda em processo penal, em hipótese que tratava da possibilidade de cumulação, para além da infração de perda do controle do carro, de uma segunda sanção, dessa vez de natureza criminal, em razão de lesão a outro motorista. Já em Franz Fischer v. Áustria, em 2001, reconhece que era possível a cumulação das condenações administrativa e penal em caso de um motorista sob influência de álcool que causou a morte de um ciclista, mas que seria necessário o exame da natureza de tais infrações que, supostamente distintas, possuíam, na verdade, os mesmos elementos essenciais, admitindo-se, no caso, a violação ao *ne bis in idem*. GUERRA, Luis López. “Ne bis in idem” em la jurisprudencia del Tribunal Europeu de Derechos Humanos. **Revista Española de Derecho Europeu**, n. 69, 9-26, 2019, p. 13-16.

[558] COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 192.

[559] Decisão Engel e outros v. Países Baixos, de 8 de junho de 1976. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 192.

A utilização dos critérios de *Engel* serviu para harmonização da jurisprudência da CEDH em relação tema, tendo sido utilizada no caso *Zolotukhin* v. Rússia, de 2009. Tratava-se de fatos ocorridos em 2002 no país russo, quando *Sergey Zolotukhin* foi conduzido a órgão policial para fins de esclarecimento a respeito de como teria conseguido levar sua namorada para uma instalação militar de acesso restrito. Na delegacia, negou-se a obedecer ordens dos agentes policiais, ofendendo-lhes e tentando se evadir do local, o que lhe rendeu uma condenação a três dias de prisão administrativa em razão do cometimento de infração administrativa. O mesmo tribunal, posteriormente, deu início a um processo de cunho criminal pelos mesmos fatos, tendo-lhe condenado aos crimes de desacato e ameaça contra oficial de polícia.

No julgamento do caso pela Corte existia um alto número de precedentes que indicavam diferentes soluções ao que constituiria uma "mesma ofensa". Uma vertente se inclinava no sentido de representar uma "mesma conduta" independentemente da qualificação legal eventualmente enquadrada. Outra posição entendia que uma conduta única poderia dar ensejo a uma série de ofensas que dariam origem a distintos processos. E uma terceira linha de pensamento indicava a necessidade de identificação de "elementos essenciais" das duas infrações para além de uma diferença meramente nominal.

A CEDH, alinhando-se ao entendimento do TJUE, entendeu que a aplicação do *ne bis in idem* é válida quando as circunstâncias factuais concretas de cada infração são substancialmente as mesmas, ligadas inclusive no tempo e no espaço, declarando assim a violação da Convenção. Com isso, compreendeu que a Convenção deve ser interpretada segundo a máxima efetividade dos direitos que protege[560].

Não obstante, é possível verificar um certo movimento jurisprudencial a partir de 2016, quando a Corte conferiu interpretação mais restritiva ao dispositivo de vedação ao *bis in idem*, decidindo no caso A e B v. Noruega que eventual acúmulo

[560] FRAGA, Vitor Galvão. O *ne bis in idem* no direito administrativo sancionador. Um olhar sobre o direito europeu e o direito brasileiro. In NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Coord.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional.** São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 172-173.

estaria autorizado desde que entre as infrações penais e administrativas fosse possível identificar uma relação de complementariedade.

O caso tratava de matéria tributária em que os contribuintes questionavam a sucessiva condenação em processos administrativos e penais a respeito das mesmas infrações fiscais. Ficou estabelecido que há liberdade entre os legisladores de cada Estado na organização do seus procedimentos sancionadores, de modo que podem, legitimamente, eleger respostas legais complementares a condutas socialmente ofensivas, como no caso das regulações de trânsito e no descumprimento de regras de evasão fiscal. Isso para que se forme um todo coerente a fim de abordar os diferentes aspectos do problema social em cada caso, desde que as respostas jurídicas não gerem um ônus excessivo para o indivíduo afetado[561].

Já em relação a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, para além das discussões a respeito da transversalidade do alcance do *ne bis in idem* entre crimes e infrações administrativas, as preocupações giram em torno do reconhecimento transfonteiriço das sanções entre os Estados-membros.

Como já mencionado, o princípio foi consagrado no art. 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e, através do Tratado de Lisboa de 2009, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia passou a vincular o Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE.

O Tribunal, aliás, já se debruçou sobre a incidência e o alcance do princípio do *ne bis in idem* sob diferentes perspectivas. O TJUE, assim como a CEDH, também se baseia nos critérios de Engel para identificação de uma sanção adminsitrativa como materialmente penal, mas se a sanção administrativa possuir caráter distinto da penal, independentemente da denominação, admite-se a sobreposição dos sancionamentos[562]. A determinação desse entendimento, entretanto, não desqualifica a dificuldade da construção jurisprudencial na medida em que, diante de ordenamentos jurídicos internos distintos, a matéria se revela

[561] GUERRA, Luis López. “Ne bis in idem” em la jurisprudencia del Tribunal Europeu de Derechos Humanos. **Revista Española de Derecho Europeu**, n. 69, 9-26, 2019, p. 21.

[562] SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 90-91.

especialmente complexa, pois é necessário que se defina o que é mesmo fato, mesma qualificação jurídica interna ou interesse jurídico protegido[563].

No caso *van Esbroeck*[564] Lobo da Costa explica que o Tribunal esclareceu que o critério relevante para aplicação do art. 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen é o da identidade de fatos materiais, entendidos, por sua vez, como a existência de um conjunto de fatos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses fatos ou do bem jurídico eventualmente protegido[565].

Outros casos paradigmáticos da jurisprudência do TJUE merecem análise. O primeiro deles de 2013, que inagaura nova tese sobre a coexistência de infrações de natureza penal e não-penal. Trata-se de caso apresentado pelo tribunal local sueco em que *Åkerberg Fransson* foi processado por crime de fraude fiscal agravado pela prestação de informações falsas ao fisco para sonegação de impostos, embora já tivesse sido condenado pelos mesmos fatos e pelo mesmo tribunal a penas econômicas. O TJUE decidiu pela ausência de violação ao *bis in idem* pelo fato de que é possível a coexistência de dois procedimentos punitivos sobre o mesmo fato, se a primeira sanção não for revestida de caráter penal, o que deve ser determinado a partir da competência de análise do próprio órgão jurisdicional, procedendo a tal análise a partir dos critérios *Engel*: a qualificação jurídica da infração no direito interno; a própria natureza da infração e o tipo e gravidade da sanção suscetível de ser aplicada ao interessado.

---

563 COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 188.

564 Trata-se de nacional belga que fora condenado por tribunal da Noruega a pena de prisão por importação ilegal e, posteriormente ao cumprimento da pena, foi condenado pelos mesmos fatos por tribunal da Bélgica. No acórdão, restou estabelecido que o artigo 4º do Protocolo 7 da CEDH torna irrelevante a qualificação jurídica dos fatos ou o bem jurídico protegido para aplicação do *ne bis in idem*, sendo importante apenas a identidade dos fatos materiais, que se compreendem a partir da existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção) de 9 de março de 2006, Proc. C-436/04.

565 E no que tange à vertente processual do *ne bis in idem*, o caso Klaus Bourquain interpretou o art. 54 no sentido de que possui aplicação para o processo penal instaurado em um Estado-Membro por fatos através dos quais o acusado já tenha sido definitivamente julgado em outro Estado-Membro, mesmo que a pena, dada a especificidade processual do país no qual houve a condenação, nunca possa ser diretamente executada. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 190.

Assim, a decisão confere aos tribunais nacionais o poder interpretativo para decidir sobre a identidade de natureza das penalidades, em consonância com a ideia de primazia, unidade e efetividade, especialmente nos casos em que o direito interno tenha características mais protetivas. Em outras palavras, tem o direito interno a liberdade de conformação desde que não reduza o padrão protetivo de aplicação do direito comunitário[566].

O segundo caso, de 2021, refere-se ao caso *Slovak Telekom*, em que o TJUE admitiu a validade de duplo sancionamento por abuso de posição dominante, tanto em razão da atuação da autoridade concorrencial da Eslováquia, quanto pela Comissão Europeia, pois se trata de mercados distintos[567], o que demonstra um giro interpretativo em relação ao critério de definição de "mesmos fatos", ensejando uma tendência de esvaziamento de sentido do *ne bis in idem* no direito europeu.

A análise desses instrumentos permite verificar, especialmente à luz da jurisprudência da Corte de Estraburgo e da Corte de Luxemburgo, que a experiência de tratamento do *ne bis in idem* em uma perspectiva supranacional, muito embora mantenha um nível de discussão mais avançado, ainda não apresenta uma sistematização segura, especialmente quando consideradas as intersecções entre o direito penal e o direito administrativo.

De todo modo, verifica-se um movimento de coordenação entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia na tentativa de garantir segurança jurídica, tanto no âmbito do Convênio, como da Carta, quanto ao julgamento de direitos idênticos. Não estando presente uma coordenção formal, é inegável, todavia, um movimento informal baseado na congruência de jurisprudências, dada a identidade de princípios que regem ambos os sistemas e reforçam o caráter universal dos direitos humanos e fundamentais, dentre eles a garantida de vedação

---

[566] FRAGA, Vitor Galvão. O *ne bis in idem* no direito administrativo sancionador. Um olhar sobre o direito europeu e o direito brasileiro. In NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Coord.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional.** São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 176.

[567] FRAGA, Vitor Galvão. O *ne bis in idem* no direito administrativo sancionador. Um olhar sobre o direito europeu e o direito brasileiro. In NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Coord.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional.** São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 178.

ao *bis in idem*[568]. O fato é que o TJUE atribui intepretação autônoma ao art. 50 da Carta, já que não considera a CEDH uma fonte formal do direito comunitário. Não deixa, no entanto, ainda que de forma implícita, de realizar menções aos entendimentos da Corte. Na situação inversa, a CEDH igualmente considera os acórdãos do TJUE. É por isso que mesmo não havendo homogeneidade, reconhece-se um efetivo diálogo de mútua consideração de cada tribunal pela jurisprudência do outro[569].

As decisões abordadas no sentido de demonstrar, ainda que de modo limitado, o alcance transversal do *ne bis in idem* decorrem da tentativa de evitar burlas ao direito internacional ou ao comunitário e, em última análise, servem à própria diversidade de ordenamentos jurídicos sujeitos à sua jurisdição, que necessitam de mínimas bases uniformas para aplicação de suas decisões. Há, portanto, um protagonismo que transpõe a esfera de atuação dessas cortes, já que seus posicionamentos costumam influenciar o direito interno dos países-membros[570], conforme se verificará no próximo subtítulo, especialmente em relação em relação à Itália.

3.4 A COMPREENSÃO DO *NE BIS IN IDEM* NOS ESTADOS

O *ne bis in idem* apresenta distinções, conforme se trate de situações entre diferentes Estados nacionais, ou dentro das suas ordens domésticas e, ainda, nas relações que se estabelecem a partir de Convenções e Tratados de Direito Internacional.

A partir dos anos 1970, o tema da descriminalização pela transformação de ilícitos penais em ilícitos administrativos passou a concitar atenção da doutrina penal europeia, tendo sido fruto do XIV Congresso Internacional de Direito Penal da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em 1987, congregando

---

[568] XAVIER, Marília Barros. **O modelo brasileiro de Direito Administrativo Sancionador:** do processo civil sancionador ao *ne bis in idem*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 147.

[569] FRAGA, Vitor Galvão. O *ne bis in idem* no direito administrativo sancionador. Um olhar sobre o direito europeu e o direito brasileiro. In NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Coord.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional.** São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 179.

[570] COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 193-194.

penalistas de todo o mundo em torno dos problemas jurídicos e práticos colocados pela diferença entre o direito criminal e o direito penal administrativo[571].

Na década de 1990 a Comunidade Europeia promoveu um estudo alargado sobre os sistemas de sanções penais e administrativas dos Estados-Membros[572]. Novamente a Associação Internacional de Direito Penal, alçada a condição de órgão consultivo da ONU em matéria penal, dedicou-se a temática do *ne bis in idem* na seção IV do seu XVII Congresso Internacional, que se sucedeu em 2004. No evento, foi reconhecido que a "proibição da duplicidade de consequências jurídico-repressivas, como expressa pelo princípio do *ne bis in idem*, é uma demanda por justiça, certeza jurídica, proporcionalidade, assim como de autoridade das decisões judiciais"[573]. Foram reiteradas as resoluções adotadas pelo XVI Congresso Internacional de Direito penal de 1999 no sentido de compreender o *ne bis in idem* como um direito do homem aplicável aos níveis nacionais e internacional, demonstrando-se necessário o resguardo desse direito dentro da ordem jurídica interna através de previsões legais expressas[574].

Em razão das diferenças nas legislações nacionais e do respectivo tratamento interno da vedação ao *bis in idem*, para os limites da tese serão analisados os sistemas jurídico italiano e brasileiro, sem prejuízo do reconhecimento de que o tema assume diferentes contornos, especialmente em relação aos países de tradição anglo-saxônica[575].

---

[571] BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. **Crimes e Contra-Ordenações:** da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 201.

[572] Comissão Europeia, Direção-Geral de Controle Financeiro. **The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities.** Vol. I e II, Luxemburgo. Serviço das Publicações, 1994.

[573] SABOYA, Keity. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem.*** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 43.

[574] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 4, n. 4, e ano 5, n. 5, 2003-2004, p. 113-115.

[575] Muito embora a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos preveja a cláusula do *double jeopardy*, a Suprema Corte americana mantém o entendimento no sentido de que não haveria impedimento para punição do mesmo fato tanto na esfera penal como no âmbito extrapenal, seja civil ou administrativo. Essa posição se reafirma, por exemplo, em casos de duplo sancionamento por infrações ao mercado de capitais, admitindo-se a imposição de uma pena criminal e outra administrativa aplicada pelo órgão regulador do mercado de capitais, a *Securities and Exchange Comission* – SEC. Inclusive a sobreposição de tipos penais é admitida mesmo em casos de conduta única no âmbito

3.4.1 O *ne bis in idem* na Itália

Na Itália, a consagração do princípio do *ne bis in idem* está ancorada tanto na legislação nacional infraconstitucional quanto em instrumentos internacionais e comunitários do qual o país é signatário[576]. A Constituição italiana de 1948 não prevê expressamente o tema da vedação ao *bis in idem*, sendo que a sua acolhida encontra lugar na construção jurisprudencial sobre o conteúdo do art. 649 do Código de Processo Penal. O preceito, todavia, refere-se especificamente ao direito penal, o que não impede o reconhecimento de sua aplicação aos demais ramos do direito sancionador, inclusive em sede de direito internacional[577].

O acolhimento do princípio do *ne bis in idem*, em ambas as dimensões material e processual, é verificável a partir então da legislação processual penal. Foi reconhecido, com efeito, no art. 435 do Código de Processo Penal de 1913, bem como no art. 90 do Código de 1930, sendo atualmente previsto nos artigos 649[578] e 669[579] do Código de Processo Penal italiano.

---

federal e no âmbito estadual, ou em mais de um Estado da Federação em processos distintos, já que desde 1847, no julgamento de *Fox v. Ohio* se adota a doutrina da dupla soberania (*dual sovereignty*), por meio da qual a vedação ao duplo sancionamento apenas alcança o processamento em relação à mesma soberania. CAVALI, Marcelo Costenaro. **Fundamento e limites da repressão penal da manipulação do mercado de capitais:** uma análise a partir do bem jurídico da capacidade funcional alocativa do mercado. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 204-208. A doutrina da "dupla soberania" pode ser compreendida como limitadora à hipótese de incidência do princípio do *ne bis in idem* em uma perspectiva transnacional, especialmente no âmbito da Convenção Anticorrupção da OCDE, conforme se verificará no quarto capítulo da tese.

[576] Como a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

[577] TRACOGNA, Clara. **Il ne bis in idem e i conflitti di giurisdizione nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.** Padova: Università degli Studi di Padova. Departamento di Storia e Filosofia del Diritto e Diritto Canonico, 2009.

[578] O art. 649 do Código de Processo Penal italiano prevê que: *"649. Divieto di um secondo giudizio. 1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. 2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo."*

[579] O art. 669 do Código de Processo Penal italiano prevê que: *"669. Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona. 1. Se più sentenze di condanna divenute irrevocabili sono state pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto, il giudice ordina l'esecuzione de la sentenza com cui se pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre (disp. Di att 193). 2. Quando le pene irrogate sono diverse, l'interessato può indicar la sentenza che deve essere eseguita. Se l'interessato non si avvale di tale facoltà prima della decisione del giudice dell'esecuzione, si applicano le disposizioni dei commi 3 e 4."*

No âmbito da doutrina italiana, a perspectiva do *ne bis in idem* parte da análise realizada por Luigi Ferrajoli[580], que ao explorar as bases teóricas do garantismo penal e sua relação com os direitos fundamentais, argumenta que o princípio da vedação ao *bis in idem* é essencial para proteção dos indivíduos contra múltiplas punições pelo mesmo crime, evitando assim abusos do poder estatal. Em semelhante sentido o trabalho de Giuseppe Bettiol[581], que examina as origens históricas do princípio e sua evolução ao longo do tempo, ressaltando a importância da sua harmonização com outras garantias processuais, a fim de que se alcance um equilíbrio adequado entre a proteção dos indivíduos e a busca pela justiça.

Esse entendimento de clássicos autores italianos, todavia, ganha novos componentes a partir da percepção transnacional da corrupção no país italiano. Nesse sentido, aborda-se o pensamento de Nicoletta Parisi[582] para quem o papel do direito penal nos delitos de corrupção deve ser exercido *ex ante*, através da prevenção, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos disponibilizados pela lei administrativa, fazendo-se necessário o inevitável reconhecimento de uma sinergia entre direito administrativo e direito criminal[583].

As próprias nuances da Lei 689/81 e o modelo de ilícito administrativo despenalizado[584] concedeu credibilidade à sanção administrativa como alternativa punitiva paralela ao sistema penal italiano, conferindo relevância ao tema da cumulatividade sancionatória à luz do *ne bis in idem* transversal.

O fato é que, hodiernamente, a análise do tema do *bis in idem* no direito italiano interno se interrelaciona com o estudo do princípio à luz do direito internacional e comunitário europeu. Isso porque a jurisdição supranacional que qualifica os Estados que compõem a União Europeia se submete a importantes decisões da Corte

---

[580] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

[581] BETTIOL, Giuseppe. **La correlazione fra acusa e sentenza nel processo penale.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1936.

[582] Professora ordinária de direito internacional e da união europea na Università degli Studi di Catania e componente do Conselho da Autorità nazionale anticorruzione – A.N.A.C.

[583] PARISI, Nicoletta. A institucionalização de estratégias para prevenção à corrupção: o modelo internacional e o europeu. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte n. 119, p. 397-447 jul./dez. 2019, p. 404.

[584] Conforme abordagem realizada no subtítulo 3.2.2 da presente tese.

Europeia de Direitos Humanos - CEDH e do Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE[585].

As posições jurisprudenciais das cortes europeias abordadas no subtítulo anterior se revelam intrincadas com o ordenamento jurídico italiano especialmente nas normas relativas ao mercado de capitais e às infrações fiscais. Tanto assim é verdade que os casos analisados pela CEDH e pelo TJUE dizem respeito a essas matérias, a exemplo da decisão da Corte no caso *Grande Stevens* de 2014, em matéria de abuso de mercado.

O caso tratava de conduta praticada por acionistas do grupo Fiat e seu advogado, Franzo Grande Stevens, que omitiram da autoridade reguladora do mercado de capitais italiano – *Comissione Nazionale per le Societtá e la Borsa*, ou Consob, informações relevantes sobre a renegociação de um empréstimo bancário com o propósito de impedir artificialmente a queda dos preços das ações da Fiat. Administrativamente foram condenados ao pagamento de multas e inabilitação temporária do cargo de administrador de companhias abertas. Criminalmente, os dois envolvidos foram condenados[586].

Não obstante a previsão de atenuação do duplo sancionamento previsto na legislação italiana no sentido de que a pena pecuniária criminal deve ser descontada do valor da multa administrativa, de acordo com o artigo 187 do *Texto Unico delle Finanze*, a CEDH censurou a dupla via interna ao reconhecer que o sistema italiano de dupla proteção cumulativa de abuso de mercado através de dois processos punitivos, um formalmente penal e outro formalmente administrativo, mas tendo por objeto o mesmo fato histórico/naturalista, viola o artigo 4 do Protocolo nº 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos[587].

---

[585] A análise de evolução jurisprudencial no *ne bis in idem* à luz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia foi realizada no subtítulo 3.3.2, quando a tese aborda especificamente sobre o *ne bis in idem* na perspectiva do direito europeu.

[586] CAVALI, Marcelo Costenaro. **Fundamento e limites da repressão penal da manipulação do mercado de capitais:** uma análise a partir do bem jurídico da capacidade funcional alocativa do mercado. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 212.

[587] SCOLETTA, Marcos. O princípio europeu do ne bis in idem e os modelos punitivos de "via dupla". In AMALFITANO, Chiara. D'Amico, Marilisa. LEONE, Stefania. (ed.). **A Carta dos Direitos**

O TJUE, com três decisões importantes em 2018, decidiu de fato sobre a compatibilidade da proibição do *bis in idem* em relação aos sistemas de via dupla de medidas punitivas previstas na legislação italiana. Em matéria de abuso de mercado através dos casos referentes a *Garlsson Real Estate*[588] e a *Di Puma* e *Zecca*[589], e em relação aos ilícitos tributários, com o caso *Menci*[590]. Em todos os casos, a Corte de Luxemburgo implementou pontos argumentativos fundamentais realizados pelo TEDH no caso A e B. v. Noruega.

Com efeito, o Tribunal abordou que os sistemas de via sancionatória dupla refletem problemas de compatibilidade com o princípio do *ne bis in idem*. É que verdadeiramente os "mesmos fatos" – *idem*, são sujeitos a um "duplo procedimento punitivo" – *bis,* sendo reconhecida a natureza substancialmente criminosa, com base nos critérios *Engel,* das sanções impostas formalmente por processos administrtaivos, tanto na área tributária como financeira. A questão estaria, portanto, em avaliar se, nos termos do artigo 52 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, estes mecanismos punitivos, do modo como regulamentados concretamente na legislação nacional, prevêem limitações ao princípio da vedação ao *bis in idem* que, por um lado, respeitam o "conteúdo essecial" do direito fundamental e, por outro, são, em qualquer caso, "proporcionais" e "necessárias" para prossecução de fins de interesse geral[591].

Fundamentais da União Europeia em o sistema de proteção integrada, Torino, 2022. E Diritto Penale Contemporaneo, n. 4/2021, p. 184-185.

[588] O caso diz respeito a atuação da Autoridade Administrativa Italiana do Mercado imobiliário em razão da prática de ações consideradas como manipulação de mercado aplicando sanções cumulativamente a tramitação de processo criminal. EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). **Processo C-537/16**. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0537]. Acesso em: 13 ago. 2023.

[589] O caso diz respeito a aplicação de sanções pela Autoridade Administrativa Italiana do mercado imobiliário em razão da prática do abuso de informação privilegiada mesmo após da absolvição em relação aos mesmos fatos no âmbito de um processo criminal. EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção), de 20 de março de 2018. **Processos C-596/16 e C-597/16.** Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CA0596&from=EM>. Acesso em: 14 ago. 2023.

[590] O caso diz respeito a aplicação de penalidade administrativa pela autoridade tributária pelo não pagamento do IVA, sendo condenado ao pagamento de multa no valor de 84.748,74 euros. Não obstante a conclusão do procedimento administrativo sancionatório, foi instaurado um processo penal em razão de que o não pagamento do tributo constitui igualmente crime tributário. EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 20 de março de 2018. **Processo C-524/15.** Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0524&qid=1709479654011>. Acesso em: 3 mar. 2024.

[591] SCOLETTA, Marcos. O princípio europeu do ne bis in idem e os modelos punitivos de "via dupla". In AMALFITANO, Chiara. D'Amico, Marilisa. LEONE, Stefania. (ed.). **A Carta dos Direitos**

As conclusões do caso *Garlsson Real Estate* se deram no sentido de que a sobreposição de processos e sanções representa de fato uma restrição ao artigo 50 da Carta. Essa restrição pode ser justificada, no entanto, diante das peculiariedades do caso concreto se as sanções tiverem finalidades complementares que tenham por objeto aspectos diferentes da mesma conduta ilícita em análise. Essas finalidades devem, porém, ser verificadas pelo órgão que submeteu a questão à apreciação da instância superior no sentido de identificar regras que prevejam, em caso de aplicação de uma segunda sanção, a obrigação de assegurar que a severidade do conjunto de penas aplicadas não exceda a gravidade da infração constatada[592].

Em relação a *Di Puma* e *Zecca*, a conclusão foi a de que o artigo 50 da Carta de fato impede que seja dado prosseguimento a um processo administrativo sancionatório após a prolação de uma decisão penal definitiva, com força de coisa julgada, em que se declarou a inexistência da infração[593].

E no que tange ao caso Menci, em caminho semelhante à decisão do caso Garlsson Real Estate, entendeu-se que a instauração de um procedimento penal após a aplicação de uma sanção administrativa é, em princípio, autorizada desde que as seguintes condições estejam preechidas: a primeira em relação a pretensão de alcance de um objetivo geral que seja passível de justificar o cúmulo, como no caso das infrações em matéria de imposto, devendo os procedimentos e as sanções manterem finalidades complementares; a segunda a respeito da manutenção de regras que assegurem uma coordenação que limite ao estritamente necessário o encargo adicional decorrente da sobreposição de processos aos acusados; e a terceira referente a previsão de regras que garantam que a severidade do conjunto de sanções aplicada tenha limites proporcionais face à gravidade da infração em

---

Fundamentais da União Europeia em o sistema de proteção integrada, Torino, 2022. E Diritto Penale Contemporaneo, n. 4/2021, p. 187.

[592] EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). **Processo C-537/16**. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0537]. Acesso em: 13 ago. 2023.

[593] EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção), de 20 de março de 2018. **Processos C-596/16 e C-597/16.** Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CA0596&from=EM>. Acesso em: 14 ago. 2023.

causa[594].

Esses posicionamentos se refletem internamente nos ordenamentos nacionais, como no caso da Itália, para reconhecer a legitimidade dos mecanismos punitivos de via dupla eventualmente existentes. Nesse sentido, as questões de legitimidade estão centradas principalmente no artigo 649 do Código de Processo Penal que, não obstante estabeleça o *ne bis in idem* processual no direito penal, aplica-se igualmente às situções que determinam a acumulção de sanções administrativas punitivas e de sanções penais em sentido estrito.

Em síntese, pode-se concluir que a jurisprudencia constitucional italiana ultrapassou a proibição imposta aos Estados nacionais no sentido de instaurar dois processos pelo mesmo ato ilítico que terminam de forma independente uns dos outros. Avança-se, assim, para faculdade de coordenar esses procedimentos no tempo e no objeto, de modo que possam essencialmente ser considerados pré-ordenados para uma resposta punitiva única, previsível e não desproporcional, especialmente no que diz respeito ao montante global da pena[595].

O fato é que ainda se pode considerar em aberto o debate político-criminal de cariz constitucional em relação ao acúmulo sancionador penal e administrativo. De fato, o enfraquecimento do direito europeu em relação à proteção do *ne bis in idem* após A e B v. Noruega se reflete igualmente nos estados nacionais que, por razões pragmáticas ligadas à resistência política, mantém a legitimidade dos sistemas punitivos de via dupla, caracterizando-os por uma estratégia de aplicação bem fundamentada das sanções penais e administrativas.

3.4.2 O *ne bis in idem* no Brasil

Não há, de fato, na Constituição brasileira, uma vedação expressa contra a possibilidade de aplicação de mais de uma sanção, penal e administrativa, em razão da prática de um mesmo fato. Talvez por isso o princípio do *ne bis in idem* não seja

---

[594] EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 20 de março de 2018. **Processo C-524/15.** Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0524&qid=1709479654011>. Acesso em: 3 mar. 2024.

[595] SCOLETTA, Marcos. O princípio europeu do ne bis in idem e os modelos punitivos de "via dupla". In AMALFITANO, Chiara. D'Amico, Marilisa. LEONE, Stefania. (ed.). **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em o sistema de proteção integrada**, Torino, 2022. E Diritto Penale Contemporaneo, n. 4/2021, p. 189.

recebido da forma como deveria pelo sistema de justiça brasileiro, o que justifica o seu diminuto grau de concretude nos processos legislativos e mesmo na prática jurisprudencial.

O que existe, pelo contrário, são regras constitucionais que indicam a admissibilidade do duplo sancionamento, pelo menos em algumas esferas, tais como a ambiental, no art. 225, § 3º da Constituição[596] e a da improbidade administrativa, no artigo 37, § 4º[597].

A ausência de referência expressa ao *ne bis in idem* na Constituição não pode ser compreendida como um entrave invencível para o seu reconhecimento como princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro. Isso se justifica na medida em que o instituto se enquadra na categoria de direito fundamental, decorrente especialmente da adesão do Brasil a tratados de direito internacional sobre o tema, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos[598] e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[599].

No âmbito infraconstitucional é possível verificar algumas disposições sobre o *ne bis in idem*, ainda que não expressas, mas que se materializam através da

[596] "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

[597] "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

[598] O artigo 14.7 prevê que "ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi [absolvido] ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país."

[599] O artigo 8.4 do Pacto de San José da Costa Rica prevê que: "o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poder ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos".

Lei nº 13.445/2017 a respeito do tema da migração[600], no Código Penal[601] e no Código de Processo Penal[602].

Em relação ao cúmulo penal e administrativo sancionador, mais recentemente, percebe-se a reforma trazida pela Lei 14.230/2021, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.29/92)[603], bem como na sua relação com a Lei Anticorrupção (Lei nº 12846/2013)[604] e na Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21)[605].

No Brasil, a bandeira do enfrentamento à corrupção tem intensificado não apenas a produção legislativa, como também o processamento e consequente aplicação de sanções por ilícitos corruptivos, tanto do ponto de vista penal, como na perspectiva do direito administrativo sancionador.

Com efeito, as sanções penais e as sanções administrativas são impostas cumulativamente no Brasil em razão de uma mesma conduta. Nesse sentido, o agente responsável por ato de corrupção está submetido tanto a sanções

---

[600] O artigo 82 da Lei de Migração prevê que: "Art. 82. Não se concederá a extradição quando: (...) V – o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; VI – a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente."

[601] No âmbito do Código Penal, o *ne bis in idem* tangencia o tema da extraterritorialidade da lei penal, especificamente no artigo 8º, quando dispõe que: "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas".

[602] A dimensão processual do *ne bis in idem* é tratada, ainda que de modo superficial, pelo Código de Processo Penal quando se refere aos institutos da coisa julgada e da litispendência, bem como das exceções que podem ser opostas pelo agente que for submetido à dupla persecução pelos mesmos fatos, *ex vi* dos artigos 95, 110 e 111.

[603] O artigo 21, § 4º da Lei de Improbidade prevê que: "A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)." O dispositivo se encontra, todavia, com eficácia suspensa em razão de decisão liminar concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7236, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.

[604] O artigo 12, § 7º da Lei de Improbidade Administrativa, relacionando-a com a Lei Anticorrupção, dispõe que "as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*".

[605] Revelando uma posição de integração e comunicabilidade entre as instâncias distintas e acionando, por via reflexa, a vertente processual do *ne bis in idem*, a Lei de Licitações e Contratos prevê no artigo 159 que: "Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei."

de natureza administrativa (previstas na Lei nº 8.429/92 de Improbidade Administrativa, ou nos Estatutos Jurídicos dos servidores públicos, na esfera disciplinar, ou mesmo através da Lei nº 12.846/2013 – Anticorrupção), como também a sanções penais (artigos 317 e 333 do Código Penal).

O que legitimaria tal situação é a suposta "independência entre as instâncias", que autorizaria sua aplicação sem qualquer relação. Nas palavras de Lobo da Costa é "como se pudessem se desenvolver um paralelamente ao outro, criando um fechamento artificial no sistema e gerando, por consequência, resultados muitas vezes insatisfatórios em termos de coerência e lógica jurídicas"[606].

A doutrina[607] e a jurisprudência[608] têm aceitado, salvo raríssimas exceções, a aplicabilidade indistinta das prescrições proibitivas de cada um desses ramos (penal e administrativo) sob a premissa de que no âmbito das relações com o Estado, particular e agente público estão submetidos a uma relação especial de sujeição[609], para além do argumento de que representam a tutela de bens jurídicos distintos para proteção da norma violada[610].

Conforme Carson e Correa, a existência de instâncias múltiplas agindo no combate à corrupção, não obstante o risco de produção de alguma "ineficiência institucional" tem a tendência de produzir resultados melhores no Brasil, já que permite

---

[606] COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 113.

[607] Por todos, a tese se vale do pensamento de Fábio Medina Osório, um dos principais expoentes do direito administrativo sancionador no Brasil. A respeito da diversidade de mecanismos repressivos defende que: "não há, no sistema jurídico pátrio, uma dependência necessária do Juiz extrapenal com o Juiz Penal. Aquele não depende deste. São independentes. Caso consagrada a dependência, que talvez exista e demasia em outros sistemas, haveria uma invasão intolerável de atribuições. A própria CF/88 não fornece qualquer base para uma prevalência absoluta do juiz penal. E tampouco o faz a legislação infraconstitucional. De igual modo, a autoridade administrativa, no âmbito de suas competências decisórias, não resulta, em regra, vinculada, subordinada à autoridade judiciária, até como corolário da divisão de poderes." OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

[608] O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 986.566, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, fixou a tese de repercussão geral de que: "o processo e o julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede a sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.428/92, em virtude da autonomia das instâncias".

[609] DEZAN, Sandro Lúcio. **O princípio do ne bis in idem no direito público sancionador.** Curitiba: CRV, 2022.

[610] NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. Ed. Madrid: Tecnos, 2012.

às instituições uma saudável competição, inclusive no sentido colaborativo para complementarem-se umas às outras ou compensar as deficiências ou negligências das demais[611].

O fato é que o tema do *ne bis in idem* e da cumulatividade entre a potestade penal e administrativa no Brasil se revela a partir da análise de dois recentes casos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, ambos tratando sua relação com a independência entre as instâncias.

O primeiro deles diz respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, no âmbito da Reclamação Constitucional nº 41557, julgada em 15 de dezembro de 2020, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na 2ª Turma. O julgamento assentou o que parece ser a definição atual sobre os critérios de estabilidade processual entre as instâncias punitivas, representados, na classificação proposta por Xavier[612], especialmente na: i) identidade entre os acervos fáticos-probatórios na ação de improbidade administrativa e na ação penal e; ii) independência mitigada entre as diferentes esferas sancionadoras.

Com efeito, o resultado prático da decisão consistiu no deferimento de medida cautelar nos autos da referida Reclamação para determinar a suspensão da indisponibilidade de bens e o sobrestamento de ação de improbidade administrativa em razão de que a discussão tratava dos mesmos sujeitos e dos mesmos fatos.

O fundamento que justificou o sobrestamento da ação de improbidade residiu na ideia de que a anterior ação penal sobre os mesmos fatos havia sido objeto de decisão de arquivamento no próprio STF no âmbito do Habeas Corpus 158.319/SP, que entendeu pela negativa de autoria. Assim, o recebimento de ação de improbidade com base no mesmo liame temático, além de desrespeitar o julgado do STF no referido Habeas Corpus, importaria reconhecimento de violação ao princípio do *ne bis in idem*.

---

[611] CARSON, Lindsey D. PRADO, Mariana Mota. Usando multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In FORTINI, Cristiana (Coord.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 175-203.

[612] XAVIER, Marília Barros. **O modelo brasileiro de Direito Administrativo Sancionador:** do processo civil sancionador ao *ne bis in idem*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 187.

Nesse sentido, a decisão admitiu a limitação do poder punitivo através da proximidade entre as diferentes esferas normativas, já que considerou que a Lei de Improbidade Administrativa, por pertencer ao direito administrativo sancionador, em muito se aproxima do direito penal. E, além disso, reconheceu a extensão de garantias individuais tipicamente penais para o espaço do direito administrativo sancionador, em uma verdadeira transposição principiológica entre as duas áreas[613].

Sobre a eventual independência entre as instâncias que poderia eventualmente autorizar o duplo processamento, excepcionando a incidência da vedação ao *bis in idem*, assim se manifestou o Relator Ministro Gilmar Mendes[614]:

> É certo que a Constituição Federal anuncia, no art. 37, § 4º, uma noção de independência entre as diferentes esferas sancionadoras.
>
> Tal independência, contudo, é complexa e deve ser interpretada como uma independência mitigada, sem ignorar a máxima do ne bis in idem. Explica-se: o subsistema do direito penal comina, de modo geral, sanções mais graves do que o direito administrativo sancionador. Isso significa que mesmo que se venha a aplicar princípios penais no âmbito do direito administrativo sancionador – premissa com a qual estamos totalmente de acordo -, o escrutínio do processo penal será sempre mais rigoroso. A consequência é que a premissa fática estabelecida definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito penal não pode ser revista no âmbito do subsistema do direito administrativo sancionador. Todavia, a construção reversa da equação não é verdadeira, já que a compreensão acerca dos fatos fixada definitivamente pelo Poder Judiciário no espaço do subsistema do direito administrativo sancionador pode e deve ser revista pelo subsistema do direito penal, situando o ponto da independência mitigada.
>
> O art. 935 do Código Civil coaduna-se perfeitamente com esta interpretação. Além disso, pertinente apontar a lógica da ação civil pública “ex delicto”, a partir da qual uma ação de reparação de danos poderá ser proposta em âmbito civil mesmo ante uma sentença absolutória, desde que, contudo, não

---

613 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 41.557**, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.12.2020, DJe 10.3.2021.

614 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 41.557**, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.12.2020, DJe 10.3.2021.

> se tenha estabelecido uma tese que reconheça a inexistência do fato ou negativa de autoria.

Assim, o STF sustenta que a independência entre as instâncias deve ser relativizada para compreender a sua comunicabilidade quando se tratarem de decisões que reconheçam a inexistência do fato ou a negativa de autoria, indo além para reconhecer que, diante da identidade de círculos concêntricos de ilicitude, “não podem levar a uma dupla persecução e, consequentemente, uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem*, vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos”[615].

O segundo caso diz respeito à decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no âmbito de um recurso em Habeas Corpus nº 173.448/DF, julgado em 7 de março de 2023, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, na 5ª Turma. O julgamento é emblemático porque, assentando-se em semelhantes premissas fixadas pelo STF no âmbito da Reclamação Constitucional nº 41557, operou no sentido de que uma decisão em ação de improbidade administrativa pode irradiar efeitos e se comunicar com a esfera penal.

A decisão pondera que a jurisprudência do STJ entende que uma sentença absolutória por ato de improbidade não vincula o resultado da ação penal, porquanto se reconhece a independência entre as instâncias. Mas avança para considerar que a independência das esferas tem como objetivo o exame particularizado dos fatos narrados.

O caso se referia a uma fraude em procedimento licitatório que culminou com uma absolvição em ação de improbidade em virtude da ausência de comprovação do elemento subjetivo dos agentes acusados. Com efeito, a decisão consignou que a prova dos autos apenas concluiu pelo dolo do gestor público, não justificando a condenação dos particulares envolvidos.

Assim, o STJ entendeu que se na ação de improbidade administrativa, afeta à seara do direito administrativo sancionador, não estava demonstrado o dolo

---

[615] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 41.557**, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.12.2020, DJe 10.3.2021.

necessário para condenação, seria impossível que se revelasse a presença desse dolo na ação penal, já que se trata do mesmo fato. Essa conclusão se baseou na premissa de que a ausência do requisito subjetivo provado na ação de improbidade interfere para própria caracterização da tipicidade do delito, já que os fatos não admitiam a modalidade culposa de responsabilização. Logo, a ausência de dolo identificada na ação de improbidade impôs ao caso concreto o reconhecimento da atipicidade da conduta na ação penal, em razão dessa mesma ausência de dolo.

O excerto do voto do Ministro Relator elucida bem o entendimento da Corte[616] a respeito da comunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa:

> Trata-se de crime contra a Administração Pública, cuja especificidade recomenda atentar para o que decidido, sobre os fatos, na esfera cível. Ademais, deve se levar em consideração que o art. 21, § 4º, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/101', disciplina que 'a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).
>
> Embora referido dispositivo esteja com a eficácia suspensa por liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 27/12/2022, na ADI 7.236/DF, tem-se que o legislador pretendeu definir ampla exceção legal à independência das esferas que, embora não autorize o encerramento da ação penal em virtude da absolvição na ação de improbidade administrativa por qualquer fundamento, revela que existem fundamentos tão relevantes que não podem ser ignorados pelas demais esferas. (...)
>
> Apesar de, pela letra da lei, o contrário não justificar o encerramento da ação penal, inevitável concluir que a absolvição na ação de improbidade administrativa, na hipótese dos autos, em virtude da ausência de dolo e da ausência de obtenção de vantagem indevida, esvazia a justa causa para manutenção da ação penal. De fato, não se verifica mais a plausibilidade do direito de punir, uma vez que a conduta típica, primeiro elemento do conceito

[616] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC 173.448/DF**, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 07.03.2023, DJe 13.03.2023.

> analítico de crime, depende do dolo para se configurar, e este foi categoricamente afastado pela instância cível.

Constata-se, pois, que o STJ considerou que quando há o afastamento categórico do elemento subjetivo doloso (requisito tanto para condenação por ato de improbidade como pelo crime se discutia no processo), esse reconhecimento deve irradiar efeitos na ação penal, esvaziando a justa causa para sua continuidade. O voto ainda refere que "nas palavras do Ministro Humberto Martins, então Presidente da Corte: 'a unidade do Direito' deve se pautar pela coerência"[617], indicando, ainda que timidamente, o fundamento da unidade do *jus puniendi* estatal.

Representam, portanto, ambas as decisões, importantes inflexões na jurisprudência constitucional, nomeadamente quanto à necessidade de (re)construção do sentido e do alcance do *ne bis in idem* na sua vertente transversal, ou seja, na relação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

O caminho evolutivo de fixação do *ne bis in idem* enquanto princípio de cariz constitucional no Brasil, apto a garantir vedação à sobreposição de processos e sanções em razão dos mesmos fatos ainda é incipiente, mormente porque, na linha dos precedentes mencionados, a comunicabilidade e coerência entre as instâncias tem como justificativas decisões categóricas de reconhecimento da ausência de autoria e da ausência de dolo.

A nosso sentir, o problema ainda persiste quando se constata, na absoluta maioria dos casos, decisões absolutórias em razão da ausência de provas, seja da autoria, seja da materialidade, seja do próprio elemento subjetivo. Nesse caso, prevalecerá, nos termos da jurisprudência dominante dos tribunais brasileiros, a independência entre as instâncias[618], autorizando que uma decisão absolutória em ação penal em razão da ausência de provas justifique uma condenação em

---

[617] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC 173.448/DF**, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 07.03.2023, DJe 13.03.2023.

[618] Nesse sentido já nos posicionamos para compreender que "A pretensão não deve ser a de negar reconhecimento ao princípio da independência entre as instâncias. Mas nas hipóteses em que um único fato motiva a aplicação de penalidade administrativa e resulta em absolvição no âmbito criminal (ainda que por ausência de provas), a independência deve ceder lugar à coerência das decisões das diferentes instâncias sancionadoras, prevalecendo maior grau de comunicação". PUERARI, Adriano Farias. O Direito de mera ordenação social português como rumo de inspiração ao direito administrativo sancionador brasileiro. In **Direito Administrativo Sancionador Comparado.** Rio de Janeiro: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ), 2021, p. 224.

improbidade administrativa pelos mesmos fatos – e vice-versa, sem que sequer se analise se a prova em ambos os casos era rigorosamente a mesma. Ou mesmo se verifique qual elemento de prova ausente em um processo e presente no outro que eventualmente se presta a justificar a diferenciação entre os resultados de absolvição e condenação.

Em vias de conclusão do capítulo, nota-se que princípio da vedação ao *bis in idem*, tradicionalmente reconhecido no âmbito de um mesmo aparato sancionador, ou de um mesmo ramo do direito, têm evoluído para que se reconheça sua vigência igualmente entre infrações de natureza jurídica distintas, como no caso do direito penal e do direito administativo, ainda que submetido a determinadas condições que, no âmbito europeu se traduzem a partir dos critérios *Engel* e, no Brasil, mais timidamente, através da denominada independência mitigada entre as instâncias.

Com isso, a tese avança para hipótese final a ser abordada no útlimo capítulo no sentido de que, para além desse movimento de transversalidade do *ne bis in idem*, é igualmente importante que as suas implicações atinjam um nível de amadurecimento transnacional, a partir da identificação de condutas que além de desafiar a incidência do direito penal e do direito administativo, igualmente desafiem a jurisdição de mais de um Estado nacional.

Há, assim, a necessidade de afirmação da existência de uma vedação ao *bis in idem* em uma perspectiva transversal entre a esfera penal e a esfera adminsitrativa e ao mesmo tempo transnacional, tornando imperiosa a necessidade de uma postura colaborativa entre os Estados nacionais com jurisdição concorrente para o processamento e punição de fatos que transbordem fronteiras, o que se dará a através da eleição de critérios para escolha da jurisdição mais adequada ao exercício de persecução das condutas ilícitas. As proposições nesse sentido serão realizadas no quarto e último capítulo da tese.

Capítulo 4

A UNIDADE PROCEDIMENTAL PROVENIENTE DA CONVENÇÃO ANTICORRUPÇÃO DA OCDE E A COOPERAÇÃO ENTRE OS ESTADOS PARA ESCOLHA DA JURISDIÇÃO APROPRIADA

O presente capítulo se identifica enquanto momento propositivo da tese. A proposição toma como base as constatações realizadas no primeiro capítulo a respeito do Direito Administrativo Global e das Autoridades Públicas que dele emergem, inseridas em verdadeiras Ordens Jurídicas Transnacionais, que conquistam capacidades de influência e determinação nos Estados nacionais com as quais mantem relacionamento, propiciando normatividade que altera seus valores e até mesmo suas concepções jurídicas.

A compreensão da corrupção em nível transnacional, da forma como apresentada no segundo capítulo da tese igualmente torna imperioso o reconhecimento do protagonismo que assumem as Organizações Internacionais, já que propõem a resolução dos problemas de modo transcendental às fronteiras entre os países.

Na medida em que os comportamentos ilícitos relacionados às práticas corruptivas ganham dimensão internacional, especialmente à luz de uma concepção de mínimo comum corrupto, trazem consigo o alastramento de procedimentos de persecução (penal e administrativa) paralelos no contexto da investigação e repressão de um mesmo fato, ou, no mínimo, de fatos conexos que ultrapassem os limites territoriais dos países.

É por isso que o capítulo anterior se propôs a identificar a existência e alcance do princípio da vedação ao *bis in idem* em uma perspectiva transversal, conciliando sancionamentos penais e administrativos. No presente capítulo, avança-se para um reconhecimento do *ne bis in idem* em caráter transnacional, alcançando jurisdições de diferentes Estados.

Nesse contexto, a tese evolui para o quarto capítulo para delimitar sua análise propositiva à luz da Convenção sobre a Luta Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, nomeadamente a partir do que prevê o Artigo 4.3 quando consagra mecanismos de cooperação entre os países para definição de uma jurisdição única para persecução de ilícitos corruptos transnacionais.

Assim, expõe essa disposição da Convenção da OCDE sob quatro perspectivas. Primeiramente, à luz do *ne bis in idem* transnacional, explorando as limitações na implementação do Artigo 4.3, de modo a considerar as interfaces de um direito global, especialmente no que diz respeito à reconfiguração dos ideais de soberania, autoridade, território e jurisdição.

Em segundo lugar realiza análise das fontes através das quais emana a dimensão transnacional do princípio, abordando o assunto a partir da perspectiva das autoridades jurisdicionais dos Estados-Membros da União Europeia, especialmente no que tange aos desafios de compatibilização da Carta dos Direitos Fundamentais e da Convenção de Aplicação do Acordo Schengen. E, ainda, realizando o enfrentamento da teoria norte-americana da dupla soberania.

Na sequência a análise se estende para o embasamento teórico e a fundamentação jurídica que impõem a prevalência da cooperação internacional na repressão à corrupção transnacional, demonstrando como a cooperação é capaz de aprimorar a efetividade das medidas de combate aos ilícitos corruptivos. Ainda, aborda casos relevantes de cooperação jurídica internacional em matéria de persecução e punição de ilícitos transnacionais, encontrando inspiração para eficácia da disposição da Convenção em alcançar o seu objetivo declarado.

Finalmente a tese se encerra com a análise dos critérios adequados para eleição da jurisdição mais apropriada. Em um primeiro momento realizando uma análise de como uma abordagem unificada de fato contribui para maior eficiência e coerência sancionatória, a partir do direito subjetivo ao tratamento unitário da ação repressiva. Na sequência, trabalhando com a definição do que se compreende como conceito de “adequado” e, enfim, propondo de fato os pressupostos para

reconhecimento da unidade jurisdicional e os critérios que devem ser utilizados para escolha da jurisdição, contribuindo para o entendimento das implicações teóricas, práticas e normativas dessa disposição da OCDE no contexto do combate à corrupção transnacional.

4.1 OS PRESSUPOSTOS DE RECONHECIMENTO DO *NE BIS IN IDEM* TRANSNACIONAL

A confluência das considerações expostas nos capítulos anteriores, especialmente em relação ao que se abordou no âmbito do terceiro capítulo da tese doutoral, remete ao contexto da parte inicial do capítulo quarto, na medida em que se deve reconhecer os prejuízos que podem decorrer de persecuções paralelas e sobrepostas em razão de um único fato ou de fatos conexos.

Assim, exsurge a ideia de uma unidade processual como forma de tutela dos interesses persecutórios pela prática de ilícitos e, para os limites da presente tese, dos mecanismos processuais de combate à corrupção em âmbito transnacional.

Seria possível defender que a Convenção Anticorrupção da OCDE se alinha a essa proposição, justamente a partir da previsão disposta no Artigo 4º, Parágrafo 3º, quando determina que:

> Quando mais uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo.

É que, considerado o potencial enfrentamento multiplicado de atos transnacionais de corrupção pelos Estados nacionais com jurisdição virtualmente competente, verifica-se como argumento possível a proposição de um modelo de unidade processual transnacional[619].

Esse modelo apresenta, no entanto, um paradoxo, já que se trata de um fenômeno que se pretende unitário, mas que toca interesses coletivos de diversos Estados. Por essa razão, devem se enfrentar as contingências práticas que decorrem

[619] SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, mai./jun. 2011., p. 197.

da ausência de uma instituição internacional apta a enfrentar os ilícitos corruptivos transnacionais.

Nesse sentido, os aspectos mais íntimos que compõem os Estados devem ser (re)pensados à luz do direito global e dos pressupostos de sua validade, do modo como exposto no primeiro capítulo da tese.

Assim, é necessário que se atribuam novos sentidos aos institutos da soberania, autoridade, território e jurisdição. É que a criminalidade transnacional ultrapassa os princípios tradicionais de soberania, como aqueles advindos da ideia de territorialidade, fazendo com que se perceba, por vezes, absolutamente sem sentido o processamento no *locus commissi delicti,* o que torna necessária uma ampliação do conceito de jurisdição.

Somente a partir de uma nova concepção às características da formulação clássica do conceito de Estado é que se torna possível reconhecer o alcance transnacional do *ne bis in idem*. Por esse motivo é que se propõe que os elementos de uma concepção transnacional do *ne bis in idem* perpassem pela análise da soberania, da autoridade, do território e da jurisdição na perspectiva do direito global.

4.1.1 A formulação do ideal de soberania no contexto dos ilícitos transnacionais

Em um mundo em que a noção de Estado se percebe em crise, a soberania precisa de um novo sentido, pois na verdade implica na interdependência entre as nações. Não significa dizer que a soberania desaparecerá, mas que precisa ser compreendida a partir de sutis modificações, levando em consideração a relação entre cidadãos, seu governo e a comunidade internacional. Somente assim fará frente a crescente complexidade das interações transnacionais[620], nomeadamente quando utilizadas para prática de atos ilícitos.

Dois são os desafios que se impõem à concepção tradicional de soberania, segundo Slaughter[621]. O primeiro diz respeito a ineficácia dos Estados em

[620] STACY, Helen. Relational Sovereignty. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 55, n. 5, mai. 2003, p. 2033.

[621] SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and Power in a Networked World Order. In: **Stanford Journal of International Law**, v. 40, 2004, p. 284-285.

alcançar seus objetivos através da atuação individual, diante da interdependência internacional nos campos político e econômico. Ou seja, sem a autorização de influências externas, os países não conseguem mais prover controle do seu território, tornando-se ineficientes na promoção da segurança. O segundo trata da interferência, na medida em que as próprias normas internacionais de Direitos Humanos impõem limites as questões externas, impedindo que os Estados torturem, matem e desapareçam com seus cidadãos. Por isso, os Estados apenas conseguem governar efetivamente se se propuserem a cooperar entre si, reservando-se coletivamente ao poder de intervir nos assuntos de outros Estados.

Assim, a afirmação de soberania contemporânea deve partir do pressuposto de que os países necessitam expandir suas capacidades institucionais formais, interagindo entre si. Nessas condições, a ideia de soberania estatal não se limita por instrumentos de cooperação, antes pelo contrário, afirma-se através deles. Daí a conclusão de Slaughter no sentido de que a soberania, mesmo sob essa perspectiva, continua sendo o que nunca deixou de ser: “o direito e o dever do Estado de proteger e prover seu próprio povo”[622].

Na doutrina italiana, Ferrajoli[623] explora a questão da soberania nacional à luz dos desafios globais, enfatizando a necessidade de que sejam repensados os seus paradigmas tradicionais em um mundo cada vez mais interconectado. Nesse sentido, expõe que a soberania não deve mais ser compreendida como um poder absoluto e ilimitado dos estados nacionais, mas sim como uma função regulada por direitos e obrigações internacionais, cujo objetivo é a proteção dos direitos fundamentais e a promoção de uma ordem jurídica justa e equitativa. Nessa senda, propõe um modelo de constitucionalismo multinível, que se predispõe a reconhecer a existência de múltiplas esferas de governança, cada uma com seu próprio regime jurídico, mas todas interligadas pela necessidade de proteção de direitos fundamentais e promoção da democracia[624].

---

[622] SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and Power in a Networked World Order. In: **Stanford Journal of International Law**, v. 40, 2004, p. 326-327.

[623] FERRAJOLI, Luigi. **Principa Iuris. Teoria del diritto e dela democrazia: Vol. 1.** Roma: Editora Tropea, 2007.

[624] FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado.** Madrid: Trotta, 2018.

O ideal de soberania deve ser compreendido como parte de uma transformação mais ampla, na qual o Estado-nação tradicional enfrenta significativos desafios para o exercício de sua soberania de maneira efetiva. A resposta a esses desafios não reside, todavia, na reafirmação do poder soberano de forma isolada, mas na construção de sistemas de governança que sejam capazes de responder aos problemas globais[625], dentre eles, a concepção transnacional de *ne bis in idem* como pressuposto para o reconhecimento dos conflitos supranacionais de jurisdição. Ferrajoli, assim, debruça-se em um compromisso com a proteção dos direitos fundamentais, porque entende ser o pilar para a construção de uma ordem jurídica global justa, enfatizando a importância do papel a ser exercido por estruturas jurídicas transnacionais que possam efetivamente enfrentar os desafios que transcendem as fronteiras nacionais[626]. Defende, em suma: "[que] só uma Constituição da Terra pode superar aqueles fatores de divisão do gênero humano e de contradição com os princípios da paz e da igualdade que são as diferentes soberanias e cidadanias e, assim, concretizar o universalismo dos direitos fundamentais"[627].

Também a cooperação através de normas e ações conjuntas serve para preservação da própria soberania dos Estados, já que a sua ausência revelaria a incapacidade de os Estados, sob uma perspectiva unicamente interna, dar o devido enfrentamento aos problemas transfronteiriços. Assim, para sua própria subsistência, a soberania estatal passa a depender da cooperação internacional, que se constituirá no elemento necessário de sua moderna concepção, a fim de que os Estados atinjam seus objetivos de bem-estar social[628].

Percebe-se, pois, o desenvolvimento de um novo modelo intergovernamental de cooperação, em que, além da elaboração de diversos tratados

---

625 FERRAJOLI, Luigi. **Principa Iuris. Teoria del diritto e dela democrazia: Vol. 1.** Roma: Editora Tropea, 2007.

626 Nesse aspecto, critica, inclusive, a inexistência de um único código penal de tipo federal para enfrentamento das atividades ilegais e ocasiões criminais de caráter transnacional em mercados comuns. FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos.** El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 182-183.

627 FERRAJOLI, Luigi. **Porque uma constituição da terra.** In CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI). I Encontro Virtual do CONPEDI, 2020, p. 24.

628 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 40.

em matéria cooperacional, os Estados (re)organizam suas estruturas internas especialmente para melhor tutela da cooperação, já que passam a contemplar essa possibilidade não apenas em relação à defesa de interesses nacionais, mas igualmente através da análise dos Direitos Humanos dos indivíduos[629].

4.1.2 A superação estrutural da vinculação fática entre território e autoridade

No âmbito da construção e evolução do Direito Global não se descuida da análise do tema a respeito da superação estrutural da vinculação fática entre território e autoridade soberana.

Há uma abertura nunca antes verificada para atos soberanos de outros Estados em assuntos domésticos[630]. Nos últimos 60 anos é possível reconhecer a interferência horizontal entre Estados soberanos às margens dos padrões do Direito Internacional Público, diferentemente do que ocorria quando os Estados nacionais se vinculavam formalmente apenas às questões internas da sociedade e das instituições soberanamente por eles reconhecidas[631].

A ideia de verticalização da autoridade ultrapassa o limite da territorialidade guiado por disposições constitucionais de autoridade e direito para alcançar também critérios de geopolítica. Essa mudança estabelece padrões para ressignificação de elementos com configuração desnacionalizada que passm a operar em distintos nívels de territórios nacionais[632]. Esse contexto necessita de um novo critério para legitimidade da autoridade, o qual reclama um alinhamento horizontal e vertical, nacional e global, já que os problemas de legitimidade de uma autoridade,

---

629 ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional:** extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 62-63.

630 BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law.** Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 982.

631 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 42.

632 SASSEN, Saskia. **Território, autoridad y derechos.** De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015.

dotada de autoridade pública, irão eventualmente afetar negativamente o poder de decisão de outras autoridades[633].

A condição de estudo da tese para compreensão de um alcance transnacional ao *ne bis in idem* leva em consideração, portanto, a análise da autoridade pública não como manifestação única dos Estados nacionais e das suas instituições, mas essencialmente como manifestação difusa diante de fluxos globalizatórios.

A autoridade deixa de ser o uso da força e/ou coação para se tornar uma questão de princípios[634], já que o ponto de referência da legitimidade das novas autoridades de Direito Global estará no estoque de princípios básicos dos quais compartilham, tais como os Direitos Humanos, o Estado de Direito, a Transparência, a Democracia[635], e adequando-se perfeitamente à hipótese da tese, o princípio da vedação ao *bis in idem*.

Tanto é assim que atualmente os níveis emergentes de regulação não se sustentam por previsões hierárquicas, mas por efetividade de modulações sociais, na medida em que não haverá autoridade juridicamente defensável sem lastro em atributos democráticos. Isso corrobora a ideia de que "a autoridade pública já não gravita compulsoriamente próximo à soberania"[636].

A ideia de soberania que se fundava no princípio clássico através do qual os Estados seriam "comunidades independentes" no execício de poder de império é diluída pela consolidação de comportamentos globalizados. É que as organizações globais, transnacionais, supranacionais e internacionais interferem de tamanha maneira nas interações sociais dos Estados, especialmente a partir da proliferação de

---

633 BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law.** Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 983.

634 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 44.

635 VON BENDA-BECKMAN, Franz. Human rights, cultural relativism, legal pluralism. VON BENDA-BECKMAN, Franz; VON BENDA-BECKMAN, Keebet; GRIFFITHS, Anne. **The power of law in a transnational world.** New York: Berghahn, 2012, p. 121.

636 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 45.

atores com os quais esses Estados se relacionam ou são impactados, que a soberania não resiste às suas formulações de outrora[637].

O que caracterizava o monopólio da força da autoridade territorial soberana do Estado era o entendimento tradicional de que autoridade pública estava baseada em autoridade estatal. Ocorre que as autoridades globais, transnacionais, supranacionais e internacionais não são dotadas dessa característica, razão pela qual a autoridade deve ser definida de modo mais ampliado, através de uma capacidade fundamentada para restringir, de fato ou legalmente, a liberdade de outros atores ou determinar de outro modo como eles usam sua liberdade[638].

Os atos de instituições globais, transnacioanais ou supranacionais representam uma verdadeira interação social nas áreas legais dos Estados, não se restringindo, como comumente ocorre com as instituições internacionais, a um único ponto de centralismo estatal[639]. Isso se identifica com o aparecimento crescente de órgãos especializados com atribuições de controle e regulação[640], concorrendo e eventualmente subtraindo funções estatais. Assim, ao mesmo tempo que a autoridade se contrai em territórios nacionais em virtude de movimentos horizontais, pode igualmente se expadir – ou recuar, no âmbito extraterritorial, conforme as condições de responsividade que detém[641].

O fato é que a capacidade das autoridades de cariz transnacional de prover respostas efetivas e eficazes reside na ideia de que não possuem uma natureza meramente formal[642]. Essa construção, todavia, exige uma reavaliação das

---

[637] SASSEN, Saskia. **Território, autoridad y derechos.** De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, 519-520.

[638] BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law.** Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 987.

[639] BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law.** Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 990.

[640] A Eurojust, cujo enfrentamento será realizado em linhas futuras, é um exemplo de Agência europeia que orienta soluções de conflito de jurisdição e se enquadra nessa concepção.

[641] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 52.

[642] Staffen não ignora, todavia, os desafios associados ao exercício da autoridade transnacional, particularmente no que diz respeito à eficácia das respostas globais. A complexidade advinda das relações internacionais pode eventualmente obstaculizar a capacidade das instituições transnacionais de agir de forma eficaz. O autor propõe, pois, uma reflexão sobre a forma como esses desafios podem

estrtuturas e processos através dos quais a autoridade global é exercida. Isso implica a um alinhamento direcionado a fatores como governança mais inclusiva, responsiva e responsável, capaz de fazer frente aos desafios globais contemporâneos.

O enfrentamento dos problemas que ultrapassam as capacidades dos Estados individuais perpassa, pois, pela exploração de estruturas transnacionais e supranacionais através do exercício de autoridade substantiva, promovendo resultados concretos e positivos para comunidade internacional. Confirma-se, com efeito, a teoria apresentada por Staffen no sentido de que "a autoridade a prosperar em tempos de globalização é aquela reconhecida como efetiva perante as necessidades emergentes"[643].

Assim, partindo-se da realocação das premissas clássicas de autoridade pública, igualmente se modifica o princípio da soberania imposto sobre territórios confinados, fazendo com que os preceitos jurídicos – no caso, o *ne bis in idem*, sejam compartilhados extraterritorialmente a serviço de efetivação e eficácia de pretensões justificadas que regulam fatos contemporâneos e não mais vertem de esquemas verticais descendentes rígidos[644].

4.1.3 A ampliação do conceito de jurisdição

A ampliação da competência repressora de ilícitos está intimamente ligada com a ampliação do conceito de jurisdição pelos Estados. Enquanto no âmbito doméstico essa concepção está relacionada ao limite de poder dos Tribunais, em perspectiva internacional está ligada à ideia de dizer o direito[645].

---

ser superados através de reformas institucionais e de uma maior cooperação entre os Estados. STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 39-55.

643 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 45.

644 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 45.

645 Internacionalmente a jurisdição contempla três distintos significados: i) jurisdição para prescrever; ii) jurisdição para julgar ou para adjudicar, e; iii) jurisdição para executar. Assim, no Direito Internacional o termo "jurisdição" é usado para descrever os limites do poder de um Estado ou de outras autoridades reguladoras para fazer aplicar e executar regras de conduta sobre pessoas. É, em essência, a extensão do poder estatal na regulação de condutas. LOWE, Vaughan. Jurisdiction. In: EVANS, Malcom (ed.) **International law.** New York: Oxford University Press, 2003, p. 329.

O natural aumento dos comportamentos penais internacionais tem como inevitável resultado o cometimento de múltiplos ilícitos, envolvendo diversas pessoas e países ao mesmo tempo, fenômeno que se intensifica se as transgressões forem de ordem corrupta. Consequentemente, haverá uma multiplicidade dos foros abstratamente competentes para o exercício de jurisdição, ampliando os procedimentos paralelos[646] e proliferando-se o denominado risco de *pluries in idem*, ou seja, persecuções simultâneas em diversos países pelos mesmos fatos[647].

Aliado a isso, os conflitos de jurisdição entre os Estados emergem como problema a ser solucionado, na medida em que a vedação *ao bis in idem* na sua perspectiva transnacional deve ser incorporada como direito de proteção aos indivíduos nesse nível de ambientação transnacional.

Nesse sentido os conflitos de jurisdição se identificam em concreto e em abstrato. Na primeira hipótese, já se identificariam procedimentos instaurados em vários Estados em relação aos mesmos fatos e aos mesmos sujeitos, ou seja, *in idem*. Enquanto na segunda hipótese, perceber-se-iam apenas potencialmente a concorrência de jurisdição, já que não haveria procedimentos persecutórios formalmente instaurados. O que se verifica é que o Direito Internacional deita suas preocupações apenas em relação ao conflito em concreto, debruçando-se sobre o tema tão somente de forma resolutiva, após instaurado o conflito. No que tange ao evitamento de conflitos de jurisdição através de regras preventivas, de incidência *ex ante*, com individualização de apenas um Estado para conhecer do caso, é de difícil alcance e não se encontra amadurecida nem mesmo no espaço europeu[648].

O desafio da criação e implementação de regras de jurisdição *ex ante* exigiria dos Estados a congregação de soluções de distribuição prévia da jurisdição, baseada em critérios comuns e uniformes. Seria necessário que se chegasse a um

---

[646] Segundo Eugenio Selvaggi, os procedimentos paralelos significam processos pendentes diante de autoridades judiciárias de diversos ordenamentos em relação aos mesmos fatos – ainda que qualificados de maneira diversa em diferentes Estados – que podem dizer respeito a fatos conexos e aos mesmos acusados ou não. SELVAGGI, Eugenio. Procedimenti paralleli, la giustizia concordata si fa strada nel sistema. In: **Guida al Diritto,** 4 de novembre 2017, Volume 24, Fasciolo 45, p. 77.

[647] FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, p. 10.

[648] MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 60.

acordo baseado na hierarquia, estabelecendo, por exemplo, um órgão supranacional para solução de divergências. É esse o desafio a que se propõe a parte final do último capítulo da tese, na medida em que demanda dos Estados um esforço mais complexo do que aqueles encontrados para solução *a posteriori* dos conflitos de jurisdição em concreto.

4.1.4 A transnacionalidade do *ne bis in idem* como pressuposto de uma política global de enfrentamento à corrupção

O reconhecimento do alcance transnacional do *ne bis in idem,* especialmente no âmbito da Convenção Anticorrupção da OCDE, é condição que se afigura como indispensável para confirmação da tese que se propõe.

Não seria possível reconhecer a Convenção enquanto ordem jurídica transnacional de combate à corrupção, com capacidade de influência e determinação de novas concepções dos Estados signatários, a ponto de condicioná-los a dar novos sentidos às suas clássicas concepções de soberania, território, autoridade e jurisdição, se não se reconhecer, como premissa inicial, que a vedação ao *bis in idem*, para além de um caráter transversal entre sanção penal e sanção administrativa, é dotada igualmente de um caráter transnacional, impondo limitações ao exercício potestativo entre dois os mais Estados diferentes quando os ilícitos se compreendem transfronteiriços.

É possível que se compreenda o *ne bis in idem* nessa perspectiva transnacional em razão do fato de que muitos poucos princípios e instituições jurídicas atravessaram séculos de história e diferentes culturas. Essa extraordinária capacidade de conservação do seu conteúdo proibitivo está justamente na sua versatilidade, bem como na capacidade que tem de se adaptar, sem perder os seus valores fundamentais, enriquecendo o contexto histórico de cada época. A observação da sua evolução deve ser compreendida, agora, a partir de uma realidade jurídica cada vez mais multifacetada e poliédrica, vinculando-se ao impressionante desenvolvimento ocorrido na esfera interestatal e supranacional.

Em particular, o caminho que conduz ao reconhecimento do princípio do *ne bis in idem* a nível transnacional traz à tona problemas novos e complexos,

repropondo, antes de mais, nesta perspectiva, a conturbada relação entre as concepções clássicas de soberania, autoridade, território e jurisdição.

Se na sua dimensão nacional o princípio em análise garante que um mesmo agente, já julgado de forma definitiva, não seja processado e/ou punido novamente pelo mesmo fato por um órgão judicial do mesmo Estado, na dimensão transnacional visa assegurar que aquele que foi julgado definitivamente pela autoridade de um Estado não seja novamente processado e/ou punido pelo mesmo fato por autoridade de outro Estado. Nessa última acepção existe, portanto, uma pluralidade de contextos estatais e, consequentemente a presença de várias jurisdições (penais e administrativas) nacionais.

No caso de julgamentos plúrimos dentro de um contexto de diferentes Estados nacionais, tem-se à dimensão transnacional horizontal do princípio, que se distingue da dimensão transnacional vertical, pois esta visa evitar o duplo processamento perante uma autoridade judicial de um Estado e um órgão judiciário de uma entidade supranacional, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia[649].

Os conflitos de jurisdição transnacional vertical não se verificavam presentes pelo menos até os anos 1940. O estabelecimento, todavia, dos Tribunais internacionais *ad hoc* e, mais tarde, do Tribunal Internacional Penal dão início a possibilidade de confronto sob esse viés. A progressiva extensão das jurisdições nacionais para crimes envolvendo relevância transnacional e, considerando as violações mais graves dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos dentre as competências dos tribunais penais internacionais, fez com que a concorrência vertical de jurisdição ganhasse relevância, demandando preocupações para garantia de alcance do respeito ao *ne bis in idem* nessa perspectiva transnacional vertical[650].

---

[649] PELLEGRINO, Francesca. *Ne bis in idem* transnazionale. In PANELLA, L.; RUGGERI, S. (Org.). *Ne bis in idem:* origini ed evoluzione del principio a livello interno e Internazionale. **Rivista telematica – Ordine Internazionale e Diritti Umani**, jul. 2023, p. 47-61. Disponível em: <www.rivistaoidu.net>. Acesso em 17 mar. 2024.

[650] CUESTA, José Luis de La. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ‘ne bis in idem'. **Revue internationale de droit pénal**, [S.l.], v. 73, n. 3, p. 707-736, 2002, p. 728.

Esse viés transnacional vertical do *ne bis in idem*, inobstante a reconhecida relevância, não será objeto de enfrentamento, haja vista a limitação da tese na compreensão da dimensão horizontal transnacional do princípio, já que afeta às disposições da Convenção de combate à corrupção da OCDE.

Nesse sentido, voltando-se atenção a dimensão horizontal, tem-se que a Convenção da OCDE, para além do disposto no artigo 4.3, não contém regulamentação específica sobre a aplicação do princípio, deixando a questão para ser resolvida pelas leis nacionais dos Estados-membros. Essa lacuna cria o potencial para duplicação de processos e punições, o que reflete, invariavelmente, um cenário injusto e contrário aos princípios de justiça e eficiência processual[651].

Assim, são necessários mecanismos de coordenação entre os signatários da Convenção para garantir que o princípio do *ne bis in idem* seja respeitado em âmbito transnacional horizontal. Esse desafio se torna extremamente complexo porque demanda a coordenação da aplicação de leis anticorrupção (sejam de cariz penal, sejam de cariz administrativo) em um contexto transnacional.

4.2 AS FONTES DE PROTEÇÃO TRANSNACIONAL DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

A identificada tendência de criação e aprimoramento de mecanismos para viabilizar a expansão da jurisdição extraterritorial não vem acompanhada das correspondentes garantias de defesa e devido processo legal. Nesse sentido, denuncia Neil Boister[652] que a lei criminal transnacional compromete a legalidade ao dispor sobre crimes altamente complexos, mas não dar atenção aos direitos dos ofensores, estando atualmente baseada em um modelo de controle da criminalidade e não em um modelo de realização da justiça[653].

---

[651] VAN ALSTINE, Michael P. Treaty Double Jeopardy: the OECD Anti-Bribery Convention and the FCPA. **Ohio State Law Journal**, [S.l.], v. 73, n. 5, p. 1321-1350, 2012. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs.>. Acesso em 16 mar. 2024.

[652] BOISTER, Neil. **An Introduction to Transnational Criminal Law.** Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 422.

[653] Somente na segunda metade do século XX é que se inicia o processo de humanização do Direito Internacional, passando-se a reconhecer que os indivíduos devem ser tratados como sujeitos de direitos, tanto na ordem interna quanto na internacional, sendo a centralidade dos Direitos Humanos. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 111-112. Em razão da internacionalização dos Direitos Humanos, os Estados passam

Surge, nesse contexto, as evidências de preocupação a serem abordadas no sentido de que a ampliação de competência repressora de ilícitos para níveis transnacionais importa, como consequência, na multiplicação de procedimentos paralelos.

A potencialidade da sobreposição de procedimentos e sanções encontra justamente da dimensão transnacional do *ne bis in idem* um viés protetivo. Daí porque a importância no reconhecimento da sua incidência a partir de uma extensão transnacional, o que é reforçado a partir da compreensão das fontes de direito internacional e comunitário que se identificam como pressupostos de sua existência, servindo para evitar, inclusive, perspectivas de eventual excepcionalidade na sua aplicação.

Desse modo, os próximos subtítulos se destinam a analisar e debater o diálogo entre as fontes de direito nacional e internacional que justificam a irrestrita incidência do *ne bis in idem* transnacional e demonstram a sua capacidade de ultrapassar teorias que se dispõem a diminuir o seu alcance.

4.2.1 A dimensão transnacional do *ne bis in idem* no âmbito das autoridades jurisdicionais dos Estados-Membros da União Europeia

O deslocamento do *ne bis in idem* dos contextos nacionais para o contexto comunitário demonstra dois objetivos evidentes. O primeiro em relação a oferta de proteção aos cidadãos europeus em relação ao risco do duplo processo em situações que apresentam elementos de transnacionalidade, garantindo-lhes o direito de não ser ilimitadamente expostos ao exercício do poder punitivo estatal. O segundo para evitar situações de impunidade, garantindo um nível de segurança através de medidas de prevenção e combate ao crime.

Na perspectiva da criação do espaço de liberdade, segurança e justiça na União Europeia, o *ne bis in idem* transnacional se fundamenta no princípio do

---

a se preocupar com os direitos fundamentais dos indivíduos, influenciando sobremaneira os mecanismos internacionais de supervisão e controle dos Estados. ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional:** extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63. Assim, a vedação ao ne bis in idem transnacional, enquanto elemento do rol de direitos humanos, passa a ser forjado por cláusulas sociais, a serem utilizadas enquanto ferramentas dos objetivos derivados justamente dos Direitos Humanos. PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali i società di mercato.** Lima: EGACAL, 2015.

reconhecimento mútuo das decisões judiciais, abordado pela primeira vez no Conselho Europeu de Tampere de 1999 que, por sua vez, inspirou a ideia de cooperação judiciária interestatal, baseando-se no espírito de mútua confiança entre os Estados-Membros[654-655].

Conforme já exposto no âmbito do terceiro capítulo, a vedação ao *bis in idem* no âmbito europeu foi inicialmente regulada pelos artigos 54 e 55 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen. Hoje, o princípio se encontra materializado no artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, documento ao qual o Tratado de Lisboa conferiu a mesma força jurídica dos tratados. Assim, considerando a natureza de fonte primária da Carta dos Direitos Fundamentais, pode-se concluir que o princípio do *ne bis in idem*, originariamente confinado aos limites territoriais nacionais, torna-se um direito fundamental do cidadão europeu, desdobrando efeitos no território de todos os países da União Europeia[656].

A aproximação temática entre o artigo 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen – CAAS e do artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais exige que se analisem, entretanto, os impactos decorrentes da sua relação. Com efeito, o artigo 54 da CAAS prevê uma limitação ao *ne bis in idem* transnacional denominada “condição de execução”, diferentemente do artigo 50 da Carta, que não possui restrições[657].

Também o artigo 55 do CAAS prevê limitações a aplicação do *ne bis in idem*. O dispositivo confere a cada Estado, no momento da ratificação da Convenção,

---

654 RAFARACI, Tommaso. *Ne bis in idem* e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell’Unione europea. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 62, n. 4, out./dez. 2007, p. 621.

655 A Decisão-Quadro 2002/584/JAI16, a respeito do mandado de detenção europeu e aos procedimentos de entrega entre Estados-membros foi inspirada no princípio do reconhecimento mútuo, e inclui o *ne bis in idem* entre os motivos que justificam a não execução do mandado de entrega do indivíduo procurado. PELLEGRINO, Francesca. *Ne bis in idem* transnazionale. In PANELLA, L.; RUGGERI, S. (Org.). *Ne bis in idem:* origini ed evoluzione del principio a livello interno e Internazionale. **Rivista telematica – Ordine Internazionale e Diritti Umani**, jul. 2023, p. 47-61. Disponível em: <www.rivistaoidu.net>. Acesso em 17 mar. 2024.

656 PELLEGRINO, Francesca. *Ne bis in idem* transnazionale. In PANELLA, L.; RUGGERI, S. (Org.). *Ne bis in idem:* origini ed evoluzione del principio a livello interno e Internazionale. **Rivista telematica – Ordine Internazionale e Diritti Umani**, jul. 2023, p. 47-61. Disponível em: <www.rivistaoidu.net>. Acesso em 17 mar. 2024.

657 AMALFITANO, Chiara. Il principio del “*ne bis in idem*” tra CAAS e Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea. **Cassazione penale**, 2012, p. 3889.

a faculdade de não se considerar vinculado à aplicação do *ne bis in idem* em três distintas hipóteses. A primeira, caso o fato ao qual a sentença estrangeira se refere tenha sido cometido, total ou parcialmente, em seu próprio território. A segunda, caso o fato constitua uma ofensa a própria segurança nacional ou a outros interesses essenciais. E a terceira, caso o fato tenha sido cometido por um funcionário público, em violação de um dever oficial[658].

As limitações previstas nos artigos 54 e 55 do CAAS, quando analisadas em contraposição ao conteúdo do artigo 50 da Carta demonstram a necessidade de análise do relacionamento entre as fontes comunitárias que regulam o *ne bis in idem* no espaço jurídico europeu[659]. Essa análise, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, deve ser resolvida com base na disposição hierárquica entre as fontes.

O artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais é considerada fonte primária e não prevê qualquer limitação à aplicação do *ne bis in idem*, de modo que as limitações do CAAS, por dedução das pretensões legislativas europeias, deveriam ser consideradas totalmente revogadas e não mais aplicáveis. Dessa maneira, havendo um procedimento em curso em um Estado-membro que esteja levando em consideração as reservas do artigo 55 do CAAS, o juízo deve(ria) imediatamente deixar de aplicar a norma interna de recepção, já que diante do conflito com o princípio estabelecido na Carta, deve incidir o princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito interno[660].

---

658 PELLEGRINO, Francesca. *Ne bis in idem* transnazionale. In PANELLA, L.; RUGGERI, S. (Org.). *Ne bis in idem:* origini ed evoluzione del principio a livello interno e Internazionale. **Rivista telematica – Ordine Internazionale e Diritti Umani**, jul. 2023, p. 47-61. Disponível em: <www.rivistaoidu.net>. Acesso em 17 mar. 2024.

659 A respeito do destino das normas nacionais de recepção das reservas contidas no CAAS, a doutrina não demonstrou, incialmente, uma unanimidade de pontos de vista. Uma primeira corrente de pensamento defendeu que as reservas previstas no artigo 55 do CAAS não seriam mais operativas após a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, porque tal documento internacional teria incorporado no direito da União apenas as disposições da CAAS e não as normas nacionais contendo declarações dos Estados de quererem se valer das respectivas exceções em seus ordenamentos nacionais. Uma segunda linha de pensamento partiu do pressuposto de que a incorporação do CAAS no direito europeu pelo Tratado de Amsterdã não teria colocado em questão a operatividade das normas nacionais de recepção das reservas sobre o *ne bis in idem*. Isso porque se as reservas devessem ser consideradas inaplicáveis após o Tratado de Amsterdã, sequer teriam sido mencionadas em atos posteriores à integração do CAAS. FELISATTI, Valentina. Il principio del *ne bis in idem* transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali. **Legislazione penale,** 2017, p. 9-11.

660 ORLANDI, Maurizio. **L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea.** Dalla contrapposizione tra sistemi giuridici al dialogo multilaterale. Turim: UTET, 2012.

Ocorre, todavia, que através da Decisão 1999/436/CE, as normas da CAAS também fazem parte do direito da União. Essa posição é extraída do artigo 2º do Protocolo sobre a integração do Acordo, anexo ao Tratado de Amsterdã, que exigia do Conselho a adoção de uma posição para identificação da base legal de cada uma das disposições do CAAS, sendo que esta obrigação foi cumprida justamente através da Decisão de 1999 que identificou, nos artigos 31 e 34 do Tratado de Amsterdã, a base jurídica das normas da CAAS que disciplinam o *ne bis in idem*. Assim, o diálogo entre as fontes não deve ser realizado entre uma fonte europeia, a Carta, e a fonte nacional de implementação da CAAS, mas sim entre duas normas comunitárias que regulam o mesmo princípio, quais sejam o artigo 50 da Carta e o artigo 55 da CAAS, devidamente recepcionado pelo direito da União[661].

A questão que se impõe, portanto, é a de resolver o problema da legitimidade das limitações contidas nas disposições da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen. Para essa resolução, deve-se considerar o artigo 52 da Carta de Direitos dos Direitos Fundamentais[662], que prevê a chamada "cláusula horizontal".

Dita cláusula subordina a legitimidade das limitações e, portanto, a possibilidade de excepcionalidade do princípio do *ne bis in idem* a três requisitos, quais sejam: i) a previsão das limitações em uma mesma fonte legislativa, o que se denomina "reserva de lei"; ii) o respeito ao conteúdo essencial do direito cujo escopo está sendo limitado; iii) e o respeito ao princípio da proporcionalidade[663].

O Tribunal de Justiça da União Europeia, na sentença *Spasic,* considerou atendido o critério da proporcionalidade para limitação prevista no artigo 54 do CAAS[664], pois o dispositivo tem o objetivo de promover o interesse geral de

---

661 PELLEGRINO, Francesca. *Ne bis in idem* transnazionale. In PANELLA, L.; RUGGERI, S. (Org.). *Ne bis in idem:* origini ed evoluzione del principio a livello interno e Internazionale. **Rivista telematica – Ordine Internazionale e Diritti Umani**, jul. 2023, p. 47-61. Disponível em: <www.rivistaoidu.net>. Acesso em 17 mar. 2024.

662 CISOTTA, Roberto. Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell"UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali com uno sguardo in avanti. In **Osservatorio sulle fonti**, 2021, p 19.

663 RECCHIA, Nicola. Il *ne bis in idem* transnazionale nelle fonti eurounitarie. **Rivista italiana di diritto e procedura penale.** Vol. 58, n. 3, 2015, p. 1373-1411.

664 PELLEGRINO, Francesca. *Ne bis in idem* transnazionale. In PANELLA, L.; RUGGERI, S. (Org.). *Ne bis in idem:* origini ed evoluzione del principio a livello interno e Internazionale. **Rivista telematica – Ordine Internazionale e Diritti Umani**, jul. 2023, p. 54. Disponível em: <www.rivistaoidu.net>. Acesso em 17 mar. 2024.

prevenção à impunidade de pessoas condenadas definitivamente. Assim, concluiu que a "condição de execução" do artigo 54 é compatível com o artigo 50 da Carta. Em relação a compatibilidade do artigo 50 da Carta com o artigo 55 do CAAS, entretanto, o Tribunal não ofereceu indicações decisivas sobre o possível conflito.

Para Pellegrino[665] as limitações do artigo 55 da CAAS não parecem satisfazer o requisito da proporcionalidade e não deveriam mais ser aplicadas. Com efeito, as exceções não parecem capazes de realizar os objetivos do espaço de segurança, liberdade e justiça, isto é, o de prevenir a impunidade de pessoas condenadas de forma definitiva. A bem da verdade, o que se acredita motivar as exceções do artigo 55 ao *ne bis in idem* é a intenção de permitir que os Estados-Membros continuem a exercer seu poder punitivo em relação a fatos que de alguma forma estão relacionados com o seu território e a sua soberania, deixando de considerar, porém, a necessidade de proteção dos acusados.

Nos casos *Kossowski* e *Generalstaatsanwaltschaft Bamberg* o Tribunal de Justiça da União Europeia teve a oportunidade de enfrentar a relação entre o artigo 50 da Carta e os artigos 54 e 55 do CAAS, mas deixou de fazê-lo de uma forma esclarecedora[666], o que remete a inegável complexidade do tema e a pluralidade de soluções possíveis, o que torna as fontes da dimensão do princípio do *ne bis in idem* um assunto com contornos ainda não definidos no ambiente comunitário.

4.2.2 Os desafios de implementação do *ne bis in idem* transnacional a partir do confronto com a teoria norte-americana da "dupla soberania"

Conforme se pode demostrar no segundo capítulo, os Estados Unidos, através da promulgação da FCPA, foram os principais incentivadores à construção de uma política global de combate à corrupção transfronteiriça, exercendo papel crucial na concepção da Convenção Anticorrupção da OCDE.

---

665 PELLEGRINO, Francesca. *Ne bis in idem* transnazionale. In PANELLA, L.; RUGGERI, S. (Org.). *Ne bis in idem:* origini ed evoluzione del principio a livello interno e Internazionale. **Rivista telematica – Ordine Internazionale e Diritti Umani**, jul. 2023, p. 47-61. Disponível em: <www.rivistaoidu.net>. Acesso em 17 mar. 2024.

666 PELLEGRINO, Francesca. *Ne bis in idem* transnazionale. In PANELLA, L.; RUGGERI, S. (Org.). *Ne bis in idem:* origini ed evoluzione del principio a livello interno e Internazionale. **Rivista telematica – Ordine Internazionale e Diritti Umani**, jul. 2023, p. 47-61. Disponível em: <www.rivistaoidu.net>. Acesso em 17 mar. 2024.

Desde a sua implementação, a Convenção tem revelado um aumento substancial nas acusações transnacionais. Dados recentes do Grupo de Trabalho sobre suborno da OCDE[667] indicam que as autoridades aumentaram significativamente os esforços de investigação, processamento e sancionamento do suborno estrangeiro, resolvendo casos cada vez mais complexos em razão do envolvimento de resoluções multijurisdicionais coordenadas entre países. E o relatório indica que mesmo quando as resoluções entre os países não se coordenam, ainda assim há fluxo de cooperação significativa entre os membros.

O fato é que desde a entrada em vigor da Convenção em 1999, pode-se constatar que, até 31 de dezembro de 2021[668], 25 partes relataram ter condenado ou sancionado, coletivamente, pelo menos 687 pessoas físicas e 264 pessoas jurídicas por suborno estrangeiro por meio de processos criminais. Em relação a processos administrativos ou civis, 7 partes relataram ter sancionado, coletivamente, pelo menos 88 pessoas físicas e 121 pessoas jurídicas. Por infrações relacionadas ao suborno estrangeiro, tais como contabilidade falsa, lavagem de dinheiro, desvio de recursos e evasão fiscal, 11 partes relataram ter condenado ou sancionado criminalmente pelo menos 76 pessoas físicas e 109 pessoas jurídicas. E em relação ao sancionamento coletivo de infrações relacionadas através de processos administrativos e civis, 3 partes relataram condenações de pelo menos 76 pessoas físicas e 182 pessoas jurídicas[669].

---

[667] Os relatórios do Grupo fornecem uma visão geral das atividades relacionadas com a implementação da Convenção, e estão disponíveis dados desde 2006 até 2022. São coletados dados dos signatários sobre o número de casos de suborno estrangeiro nas perspectivas criminal, civil e administrativa que resultaram em uma decisão final condenatória, absolutória ou com uma resolução extrajudicial de suspensão processual ou de acordo. OCDE. **Working Group on Bribery in International Business Transactions.** 2022 Annual Report. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecd-working-group-on-bribery-2022-annual-report.pdf>. Acesso em 16 mar. 2024.

[668] Essas são as informações mais recentes que provém do Grupo de Trabalho na medida em que o último relatório disponibilizado foi no ano de 2022, referente a análise de dados até 2021. OCDE. **Working Group on Bribery Annual Reports 2006-2022.** Disponível em: < https://www.oecd.org/corruption/oecdworkinggrouponbribery-annualreport.htm>. Acesso em 16 mar. 2024.

[669] OCDE. **Working Group on Bribery in International Business Transactions.** 2022 Annual Report. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecd-working-group-on-bribery-2022-annual-report.pdf>. Acesso em 16 mar. 2024.

Certamente o país mais agressivo no quesito de acusação, processamento e condenação têm sido os Estados Unidos. Nesse sentido, Stewart[670] revela que entre janeiro de 1998 e fevereiro de 2012 o país norte-americano iniciou mais de 100 acusações a partir da sua legislação nacional de combate à corrupção transnacional. Muitos desses casos sobrepõem ações que outros países signatários da Convenção da OCDE já estavam processando ou já haviam punido. O autor exemplifica a sua constatação a partir de três situações emblemáticas que demonstram os efeitos práticos das disposições sobre jurisdição extremamente amplas da Convenção da OCDE.

O primeiro a respeito da empresa do Reino Unido *Aon Corporation*, que aceitou sanções criminais impostas pelos Estados Unidos em 2011, inobstante o próprio Reino Unido já tivesse aplicado punições em razão dos mesmos atos em 2009. O segundo se refere à empresa estatal norueguesa de petróleo *Statoil*, que foi punida pelos EUA em 2006 pela prática de suborno de funcionários estadunidenses mesmo que a Noruega já tivesse sancionado a empresa pelos mesmos atos em 2004. E o terceiro se trata da condenação criminal imposta pelos Estados Unidos a um nacional sul-coreano por suborno depois que a Coreia do Sul já havia aplicados suas próprias penas, mesmo tendo os EUA inicialmente se manifestado em favor dos procedimentos sul-coreanos[671].

O que fundamenta essa compreensão sancionatória dos Estados Unidos é a interpretação que a Suprema Corte dá ao tema da dupla incriminação previsto na Quinta Emenda da Constituição norte-americana[672], quando dispõe sobre a vedação ao *bis in idem*. Com efeito, a denominada doutrina da “dupla soberania” endossa a

---

[670] STEWART, Carter. The FCPA is just as relevant and necessary today as thirty-five years ago. In **Ohio State Law Journal Symposium**, 2012. Disponível em: <http://kb.osu.edu/dspace/handle/1811/71556>. Acesso em 10 mar. 2024.

[671] STEWART, Carter. The FCPA is just as relevant and necessary today as thirty-five years ago. In **Ohio State Law Journal Symposium**, 2012. Disponível em: <http://kb.osu.edu/dspace/handle/1811/71556>. Acesso em 10 mar. 2024.

[672] A Quinta Emenda à Constituição Americana faz parte da Carta dos Direitos dos Estados Unidos e prevê garantias contra o abuso das autoridades estatais, tais como o direito ao silêncio e a sua relação com a proibição geral de autoincriminação; o direito de ser julgado apenas uma vez sobre os mesmos fatos – *double jeopardy*; o direito a justa compensação por bens desapropriados; e o direito ao devido processo legal como pressuposto para privação da vida, liberdade ou propriedade. LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Fifth Amendment.** Cornell Law School, fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment.>. Acesso em 16 mar. 2024.

posição de que a proteção contra o *double jeopardy* não se estende a acusações sucessivas provenientes de diferentes soberanias.

As bases para compreensão dessa teoria se firmaram a partir de inúmeros casos julgados pela Suprema Corte no século XIX a respeito do conflito de jurisdições estaduais e federal. O primeiro deles de 1922 em *United States v. Lanza,* em que se definiu que duas soberanias, quando derivam de fontes de poder diferentes, são capazes de lidar com o mesmo assunto dentro do mesmo território, já que cada governo, na determinação do que constitui um delito contra sua paz e dignidade, está exercendo a sua própria soberania, e não a do outro território[673].

Desde então, a Suprema Corte americana reafirma o posicionamento da doutrina da dupla soberania a partir da compreensão de que um ato definido como criminoso pelas soberanias nacional e estadual pode ser punido por ambas sem resultar em violação da proteção contra dupla incriminação. A lógica se baseia no entendimento de que quando um agente viola leis de duas soberanias distintas dois delitos diferentes foram praticados.

O fato é que mesmo que essa teoria seja construída a partir do contexto histórico do sistema federal de jurisdição concorrente dos Estados Unidos, com aplicação no âmbito doméstico, ela acaba sendo igualmente replicada no contexto transnacional. O argumento é o de que cada Estado exerce seus próprios poderes soberanos, de modo que uma única conduta ilícita pode representar um delito contra cada país, mesmo se os envolvidos definirem que a ofensa possui idênticos elementos fáticos e legais[674].

Ocorre que em âmbito transnacional, especialmente quando há vinculação de distintas soberanias a um tratado formal entre Estados – como no caso da Convenção da OCDE, a premissa da doutrina da dupla soberania acaba se tornando fonte de instabilidade e insegurança jurídica. Daí porque a necessidade de que se avalie se a teoria da dupla soberania pode se sobrepor à vedação ao *bis in*

---

673 COLANGELO, Anthony. Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: A Jurisdictional Theory. **Washington University Law Review**, v. 86, p. 769-779, 2009.

674 STEWART, Carter. The FCPA is just as relevant and necessary today as thirty-five years ago. In **Ohio State Law Journal Symposium**, 2012. Disponível em: <http://kb.osu.edu/dspace/handle/1811/71556>. Acesso em 16 mar. 2024.

idem quando a fonte de proibição é um tratado internacional, no caso a Convenção Antissuborno da OCDE.

Nos Estados Unidos a Constituição reconhece a validade e eficácia dos tratados internacionais como “lei suprema da terra”, conferindo ao Congresso o poder de definir e punir “ofensas contra o Direito das Gentes”. A própria Corte Suprema americana reconhece que o direito internacional constitui uma parte direta das leis domésticas. As sementes desse pensamento foram plantadas no caso *United States v. Furlong* em 1820, onde se abordou a questão afeta aos crimes de pirataria. Compreendeu-se que a pirataria não era cometida contra a soberania particular de um poder estrangeiro, mas contra todas as nações, o que implicava em uma relativização da doutrina da dupla incriminação[675].

Os tratados são a representação da fonte mais direta e imediata de direito internacional, de modo que criam obrigações legais formais e vinculativas para os estados que o ratificam. Essa perspectiva, aliada ao reconhecimento da Convenção da OCDE enquanto verdadeira ordem jurídica transnacional de combate à corrupção, conforme demonstrado no primeiro capítulo da tese, demonstra a obrigação dos Estados-membros de estabeleceram especificamente a criminalização do suborno praticado por funcionários públicos estrangeiros. O próprio preâmbulo do documento confere ênfase à necessidade de uniformidade no cumprimento da obrigação de tornar essa espécie de conduta um ilícito[676]. Assim, a Convenção representa fonte última de lei para o delito específico que define, o que satisfaz o predicado fático para proteção contra a dupla incriminação em nível transnacional. Nas palavras de Stewart[677]:

---

[675] STEWART, Carter. The FCPA is just as relevant and necessary today as thirty-five years ago. In **Ohio State Law Journal Symposium**, 2012, p. 1335-1336. Disponível em: <http://kb.osu.edu/dspace/handle/1811/71556>. Acesso em 16 mar. 2024.

[676] O preâmbulo da Convenção reconhece, dentre os seus objetivos, a necessidade de alcançar a “equivalência entre as medidas a serem tomadas pelas Partes [como] um objetivo e propósito essencial da Convenção, que exige que a Convenção seja ratificada sem derrogações que afetem essa equivalência”. OCDE. **Convention on Combating Bribery of Foregn Public Officials in International Business Transactions.** Paris: 1997. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0293>. Acesso em 30 jan. 2024.

[677] No original: “The OECD Anti-Bribery Convention defines a specific offense and simultaneously creates na international law obligation to establish that specific offense – without derogations in domestic law. Where the member states fulfill their legal obligations by implementing the treaty, therefore, they are incorporating the international law reflected in the Convention”. “The proper way to conceive of the act, rather, is as an incorporation of single criminal offense that emanates “downward” from international

> A Convenção Antissuborno da OCDE define um delito específico e simultaneamente cria uma obrigação de direito internacional de estabelecer esse delito específico - sem derrogações - na legislação nacional. Portanto, quando os estados membros cumprem suas obrigações legais implementando o tratado, estão incorporando o direito internacional refletido na Convenção.
>
> A maneira correta de conceber o ato, ao contrário, é como uma incorporação de um único delito que emana 'descendentemente' do direito internacional. Nesse caso, um argumento convincente pode muito bem existir no sentido de que dois estados membros da OCDE não podem sujeitar uma pessoa à acusação pelo 'mesmo delito' ali definido.

Davis[678], por outro lado, explica que há um delicado equilíbrio entre evitar a impunidade para aqueles que praticam o suborno em contextos transnacionais e o risco de um imperialismo regulatório, onde as nações mais poderosas, como os Estados Unidos, impõem suas normas legais sobre outras nações. Esse contexto revela um cenário de tensão entre os interesses dos países desenvolvidos, que frequentemente lideram os esforços sancionatórios, e os países em desenvolvimento, que podem perceber essas iniciativas como formas de intervenção ou de imposição de padrões estrangeiros.

Assim, é necessário que sejam propostas abordagens para harmonização dos esforços globais contra a corrupção, respeitando as diferenças culturais e legais de modo a promover a cooperação internacional.

4.3 OS CONFLITOS DE JURISDIÇÃO E A PREVALÊNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Com o passar dos anos, vem se desenvolvendo a exigência de tutela transnacional entre os Estados[679], baseada na cooperação internacional adequada,

---

law. In such a case, a compelling argument may well exist that two OECD member states may not subject one person to prosecution for "the same offense" defined therein". STEWART, Carter. The FCPA is just as relevant and necessary today as thirty-five years ago. In **Ohio State Law Journal Symposium**, 2012, p. 1342. Disponível em: <http://kb.osu.edu/dspace/handle/1811/71556>. Acesso em 16 mar. 2024.

678 DAVIS, Kevin E. **Between Impunity and Imperialism:** The Regulation of Transnational Bribery. Oxford University Press, 2019.

679 PISANI, Mario. Criminalità organizzata e cooperazione internazionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano, v. 41, 1998, p. 704.

especialmente para o enfrentamento da criminalidade transnacional e, para os limites da tese, delineada aos casos de corrupção.

O tratamento adequado dos conflitos jurisdicionais transnacionais se propõe seja realizado a partir da perspectiva da cooperação jurídica internacional, emergindo daí as lições de Direito Global propostas no primeiro capítulo.

Com efeito, "o *global rule of law* exige a plena integração e harmonização dos distintos ordenamentos jurídicos."[680], dividindo-se em dois níveis: o primeiro preocupado com assuntos internos de cada Estado e o segundo, "mais amplo, diluído no cenário transnacional, constituído por uma área global, de modo que predomine a cooperação entre seus agentes em seu duplo nível"[681].

Essa nova concepção de Estado e soberania, advinda das interfaces do Direto Global resulta em uma ampliação não apenas quantitativa, mas qualitativa dos elementos de cooperação. A cooperação internacional passa a fazer parte da própria identidade dos Estados, caracterizando-os pela vocação constitucional de auxílio a realização internacional das suas tarefas, concebendo-se o que Häberle denomina de "Estado Constitucional Cooperativo"[682].

A repressão da criminalidade transnacional exige mecanismos mais eficientes, a partir da capacidade de deslocamento e agilidade operativa[683]. Ganham relevância instrumentos como a transferência de processos, a execução de sentenças estrangeiras e a transferência de condenados. E, como aponta Lech Gardocki, esses mecanismos modernos servem para demonstração de que não se trata somente de um Estado buscando auxílio para proteção de seus interesses nacionais, mas de um

---

[680] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

[681] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 25.

[682] HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70-71.

[683] PISANI, Mario. Criminalità organizzata e cooperazione internazionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano, v. 41, 1998, p. 704.

“interesse mútuo de ambos Estados em realizar um sistema de justiça criminal justo, humano e efetivo”[684].

As convenções internacionais passam a adotar estímulos de contato direto entre os Estados, seus órgãos e instituições através de acordos bilaterais ou multilaterais de cooperação internacional, fomentando o intercâmbio de experiências e proporcionando ampla assistência jurídica com o objetivo de apurar e punir atos de corrupção[685].

Os Estados abandonam as concepções de soberania estritamente territorial, que os vincula(va) ao exercício do poder punitivo dentro de limites territoriais. Abdicam dos preceitos clássicos de jurisdição, e relativizam o processamento de ilícitos praticados em seu território haja vista necessidade de uma tutela jurisdicional adequada para os crimes transnacionais, a fim de evitar a impunidade e melhorar o alcance da verdade[686].

Passa-se a reconhecer, pois, as limitações estatais domésticas na repressão territorial de ilícitos, entregando-as a outros países em melhores condições de fazê-lo. Com efeito, as próprias convenções demonstram o declínio do princípio da inderrogabilidade do poder punitivo, relativizando a imagem de onipotência do Estado repressor[687].

No âmbito da Convenção Anticorrupção da OCDE esse modelo cooperativo entre os estados se verifica especialmente a partir de movimentos de justiça negociada transnacional, na medida em que os maiores escândalos de corrupção das últimas décadas, como se demonstrará, foram solucionados a partir de acordos multilaterais dos imputados com os Estados envolvidos.

---

[684] GARDOCKI, Lech. Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners as New Forms of International Co-operation. In: ESER, Albin; LAGODNY, Otto. **Principles and procedures of a new transnational criminal law.** Freiburg im Breisgau: Max-Planck Institut, 1992, p. 318.

[685] HASELOF, Fabíola Utzig. **Como as nações prosperam:** cooperação internacional e as ações mais poderosas contra corrupção transnacional. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 41.

[686] MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 49.

[687] AMODIO, Ennio. L’impato della normativa europea sul processo penale italiano. In: AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law:** Dal rito inquisitório al giusto processo. Milano: Giufrè Editore, 2003, p. 97.

4.3.1 Justiça negociada transnacional

O fato é que são várias as desvantagens da eventual negação do *ne bis in idem* na sua perspetiva transnacional. Isso porque os acusados podem estar sujeitos a múltiplos processos pelo mesmo ilícito em diferentes Estados e de diferentes maneiras. Trata-se do que a própria OCDE qualifica como casos "multijurisdicionais não coordenados"[688], que contribuem para uma posição de vulnerabilidade dos agentes, sujeitando-os a uma incerteza em razão de uma maior insegurança devido a processos concorrentes e consecutivos, fortelecendo a impressão de um verdadeiro caos extraterritorial[689].

As incertezas decorrentes desse cenário são particulamente injustas no que tange às questões relacionadas à corrupção transnacional, quando os ilícitos envolvem, por definição, uma potencial conexão com vários países.

Por esse motivo, a experiência prática de como esses casos têm sido enfrentados demonstra o desenvolvimento de uma justiça negociada transnacional, tanto por iniciativa dos réus, quanto de seus defensores, como alternativa de superação da incapacidade de aplicar o *ne bis in idem* entre Estados[690] em circunstâncias semelhantes.

De modo paradoxal, os Estados Unidos, mesmo sendo o principal impulsionador do processamento de casos de corrupção transnacional, impulsionou igualmente métodos de coordenação com autoridades judiciais estrangeiras para promoção de acordos no âmbito do que se denomina de justiça penal negociada[691].

---

[688] OCDE. **Resolving Foreing Bribery Cases with Non-Trial Resolutions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.htm>. Acesso em 13 mar. 2024.

[689] COLOMBET, Astrid Mignon. Transnational Negotieated Justice: the Cornerstone of ann Organized Extraterritoriality? **Revista RED**, 1(2020), p. 117-132. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-red-2020-1-page-117.htm>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

[690] Conforme se demonstrou no subtítulo anterior, em relação à teoria da dupla soberania, prevalentemente aplicada pelos Estados Unidos para um exercício de jurisdição ampliada em casos de corrupção transnacional.

[691] A justiça penal negociada trata das possibilidades de acordo entre as partes envolvidas em um processo punitivo, com objeto de alcançar uma resolução mais célere e consensual do caso. Verifica-se, assim, um agir procedimental operado a partir da lógica econômica da relação custo-benefício, em atenção a motivações e recompensas individuais. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Teoria dos Jogos e Processo Penal.** Florianópolis: Empório Modara, 2017.

O primeiro caso paradigmático que comprova essa hipótese remonta ao ano de 2008 e se refere à empresa alemã *Siemens AG*, que foi processada nos Estados Unidos por violações a FCPA e a legislação correspondente no país europeu. O Departamento de Justiça estadunidense - DOJ anunciou o reconhecimento de culpa da empresa e de três de suas subsidiárias, ressaltando que o acordo envolveu a coordenação de trabalhos com promotores de Munique. O valor total da multa foi de 1,6 bilhões de dólares, tendo sido metade destinada às autoridades americanas, e a outra metade às autoridades alemãs[692].

Daniel Kahn[693] explica que a cooperação entre as autoridades com atribuições acusatórias tem aumentado na última década, exemplificando o caso da empresa holandesa *VimpelCom*, que firmou acordo com as autoridades dos Estados Unidos e da Holanda para resolução global de casos por suborno no Uzbequistão[694], bem como o caso da *Airbus,* por se tratar da maior resolução global sobre suborno transnacional até o ano de 2020*[695]*.

A própria OCDE exemplifica casos bem sucedidos de resoluções coordenadas entre as autoridades de diferentes países, como Brasil, França, Holanda, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos. A Organização internacional menciona os casos da *Odebrecht S.A., Embraer S.A, Braskem S.A.*, todos de 2016. Ainda os

---

[692] O acordo de confissão está disponível em DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. Office of Public Affairs. United States v. Eberhard Reichert, 11 Cr. 1056 (DLC). Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-siemens-executive-pleads-guilty-role-100-million-foreign-bribery-scheme>. Acesso em 13 mar. 2024.

[693] KAHN, Daniel. Responding to the Upward Trend of Multijurisdicional Cases: Problems and Solution. **DoJ Journal of Federal Law and Practice.** Outubro, 2018.

[694] A *VimpelCom Limited*, sexta maior empresa de telecomunicações do mundo e emissora de títulos negociados publicamente nos Estados Unidos, e a sua subsidiária *Unitel LLC*, firmaram acordo de aproximadamente 795 milhões de dólares com o Departamento de Justiça americano e com autoridades holandesas em razão de pagamentos de mais de 114 milhões de dólares em pagamentos de subornos a funcionário do governo do Uzbequistão entre 2006 e 2012 para autorizar a participação da empresa no mercado de telecomunicações do país asiático. Disponível em: < https://www.justice.gov/opa/pr/vimpelcom-limited-and-unitel-llc-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-795-million>. Acesso em 13 mar. 2024.

[695] A *Airbus SE*, fornecedora global de aeronaves civis e militares com sede na França, celebrou acordo para pagar, em multas combinadas, de mais de 3,9 bilhões de dólares para as autoridades dos Estados Unidos, França e Reino Unido decorrente da utilização de parceiros comerciais terceirizados para realização de subornos para funcionários do governo, bem como de executivos de companhias aéreas não governamentais para resolução de temas relativos à Lei norte-americana de Controle de Exportação de Armas e regulamentos sobre Tráfico Internacional de Armas. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case>. Acesso em 13 mar. 2024.

casos *Offshore & Marine Ltd.*, *Telia Company AB* de 2017 e *Credit Suisse, Petrobrás e Societé Generale S.A.* de 2018[696].

A possibilidade de reunião de todos os Estados potencialmente acusadores no momento da negociação e no mesmo espaço virtualmente compartilhado acaba sendo uma das principais vantagens de um acordo negociado multijurisdicional. Tanto é assim que entre 1999 e 2019 a OCDE registrou 890 casos de suborno de funcinários públicos estrangeiros objeto de processo, dos quais 78% foram solucionados através de acordos multijurisdicionais negociados[697].

É que eliminação das fronteiras nacionais durante o tempo de negociação e as decisões relativas a intensidade e valor das sanções, bem como as dicussões sobre a sua alocação entre os respectivos Estados envolvidos tornam possível que se vislumbre uma concretude de respeito ao *ne bis in idem* transnacional, que poderá ocorrer a partir de dois diferentes momentos.

O primeiro deles, mais comum, na fase de aplicação da penalidade, ou seja, no momento em que os valores das multas dos acordos são calculadas, bem como em relação a determinação da sua distribuição entre as autoridades acusadoras.

Inicialmente os órgãos de acusação de cada país precisam concordar sobre o valor total da multa a ser imposta no âmbito de um acordo a ser celebrado com a empresa investigada. Essa penalidade contempla a restituição do lucro obtido a partir da operação ilegal, bem como uma quantia correspondente ao caráter aflitivo do comportamento ilegal. Determinado o valor, as autoridades podem dividi-lo e compartilha-lo entre si[698].

---

[696] OCDE. **Working Group on Bribery**. **Enforcement is the key!** 2021. Disponível em: <https://ungass2021.unodc.org/uploads/ungass2021/documents/session1/contributions/OECD_Working-Group-on-Bribery-Contribution-UNGASS-2021_.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2024.

[697] OCDE. **Resolving Foreing Bribery Cases with Non-Trial Resolutions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.htm>. Acesso em 13 mar. 2024.

[698] COLOMBET, Astrid Mignon. Transnational Negotieated Justice: the Cornerstone of ann Organized Extraterritoriality? **Revista RED**, 1(2020), p. 117-132. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-red-2020-1-page-117.htm>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

O então diretor da divisão da FCPA no âmbito do Departamento de Justiça dos Estados Unidos publicou pesquisa em 2018 em que demonstra os diversos critérios que são utilizados nos cálculos de distribuição de valores. Há casos em que o valor é compartilhado em frações iguais entre os Estados. Em outros, mais complexos, são levados em consideração fatores como o local das atividades ilegais ou dos danos sofridos, domicílio das vítimas, localização das sedes das empresas, a nacionalidade dos réus, o Estado que iniciou a investigação e o tempo e recursos dispendidos[699].

No caso *Odebrecht S.A.* de 2016 o acordo de 2,6 bilhões de dólares estipulou que Suíça e Estados Unidos receberiam cada um o total de 10% da multa, enquanto os 80% restantes foram destinados ao Brasil. A justificativa apontada foi a de que as autoridades brasileiras iniciaram a investigação e desempenharam um papel decisivo nela, o que explica porque o país sul-americano foi o destinatário da sua maior parte. Já no caso *Airbus SE*, 58% da multa total foi destinada à França, o que demonstra que geralmente a maior parte da multa é alocada ao Estado cuja jurisdição territorial, pessoal ou processual é mais evidente[700].

Efeito positivo desse modelo diz respeito a possibilidade de creditação de parte do valor da multa paga a uma autoridade, deduzindo-a do valor pago a outra, quando se tratar de um acordo multijurisdicional que diga respeito a infração idêntica. Evita-se o acúmulo de sancionamentos e, ao fim e ao cabo, dá-se reconhecimento ao princípio do *ne bis in idem*[701], refletindo um modelo de sucesso que pode servir de incentivo, conforme se verificará o subtítulo 4.4, aos Estados no cumprimento do

---

[699] KAHN, Daniel. Responding to the Upward Trend of Multijurisdicional Cases: Problems and Solution. **DoJ Journal of Federal Law and Practice.** Outubro, 2018.

[700] KAHN, Daniel. Responding to the Upward Trend of Multijurisdicional Cases: Problems and Solution. **DoJ Journal of Federal Law and Practice.** Outubro, 2018.

[701] O mecanismo de dedução foi oficializado em 2018 no âmbito do Departamento de Justiça norte-americano através das instruções sobre política de persecução criminal emitidas pelo Vice-Procurador Geral e posteriormente integradas ao Manual de Justiça, que reúne as diretrizes para os procuradores federais nos EUA. Na Europa, o caso *Hempel*, em que uma empresa dinamarquesa concordou em pagar 33 milhões de dólares para encerrar acusações de suborno perante autoridades da Dinamarca e da Alemanha demonstra que a prática da dedução tem ganhado espaço. COLOMBET, Astrid Mignon. Transnational Negotieated Justice: the Cornerstone of ann Organized Extraterritoriality? **Revista RED**, 1 (2020), p. 117-132. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-red-2020-1-page-117.htm>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

disposto no artigo 4.3 da Convenção, a respeito da consulta em relação a qual Estado é o mais adequado para processamento de infrações.

O segundo momento em que se pode verificar a incidência da dimensão transnacional do princípio do *ne bis in idem* diz respeito à fase de início do processo acusatório. Nesse ponto, a questão se demonstra muito mais complexa já que os Estados podem eventualmente se recusar ao exercício da cooperação, ou mesmo os agentes imputados podem optar pela contestação das alegações perante o judiciário. O que se verifica, portanto, é que a justiça penal negociada é um modelo adequado apenas contra a proteção de duplas penalidades, não alcançando o sobreposicionamento de invesitgações e processos concorrentes ou paralelos.

Dessa forma, convém avançar para identificar se de fato existe cooperação entre os Estados com o objetivo de determinar, antes do início de qualquer processo, qual país signatário teria a jurisdição mais apropriada para o caso, dando-se plena aplicação ao *ne bis in idem* transnacional.

4.3.2 Instrumentos de cooperação para definição da jurisdição *ex ante*

Partindo da hipótese demonstrada a respeito da necessidade de reconhecimento da transnacionalidade do *ne bis in idem* a partir da compreensão realizada em cima do artigo 4.3 da Convenção da OCDE, a tese avança para identificar que nem mesmo no âmbito do Conselho da Europa ou da União Europeia existem mecanismos jurídicos vinculantes que tenham alcançado solução definitiva e satisfatória para os conflitos de jurisdição *ex ante*.

Ainda assim, apresenta-se análise da Decisão-Quadro 2009/948/JAI[702], de 30 de novembro de 2009[703], e do documento produzido pela *European Union*

[702] UNIÃO EUROPEIA. **Decisão-Quadro 2009/948/JAI** do CONSELHO de 30 de novembro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:PT:PDF>. Acesso em: 21 mar. 2024.

[703] Na Itália, a Decisão-Quadro foi aprovada durante o Conselho de Ministros, através do Decreto Legislativo nº 29, de 10 de fevereiro de 2016. Ocorre, que de acordo com parcela da doutrina italiana que se dedica a análise do tema – especialmente sobre os impactos da Decisão no ordenamento jurídico interno da Itália nem mesmo essa Decisão-Quadro, entendida aqui como mecanismo mais evoluído para observância da vedação ao *bis in idem* em um ambiente que se compreende transnacional, foi capaz de proporcionar um tratamento integral do assunto, pois não houve a contemplação de um catálogo pontual de critérios a serem observados para determinação da jurisdição mais adequada. CASCINI, D. Naike. Il conflitto di giurisdizione tra Stati Membri dell'Unione Europea. **Archivio Penale**. Pisa University Press Fascicolo n. 3 – Settembre-Dicembre 2018, p. 19. Disponível

Agency for Criminal Justice Cooperation – Eurojust, denominado Diretrizes sobre Jurisdição (*Guidelines on Jurisdiction*)[704], por identificá-los como instrumentos mais avançados[705] em termos de eleição da jurisdição mais apropriada.

O tratamento dos conflitos de jurisdição na Europa encontra na Decisão-Quadro 2009/948/JAI o seu instrumento mais importante. Primeiro porque no âmbito da União Europeia as decisões-quadro são um dos atos normativos mais relevantes, mesmo se comparadas com as Convenções Internacionais, já que são transpostas pelo legislador nacional, que deve fidelidade a elas na medida em que são obrigatórias em todos os seus elementos[706]. Segundo porque o objetivo da decisão foi lançar as bases de disciplina na temática que envolve a litispendência internacional, de modo a evitar conflitos de jurisdição e pluralidade de ações, buscando evitar que uma pessoa seja processada várias vezes pelo mesmo fato[707]. Assim, tem a pretensão de estabelecer uma cooperação mais intensa entre os países a fim de prevenir ou, não sendo isso possível, ao menos remediar as consequências negativas decorrentes do desenvolvimento paralelo de vários procedimentos[708].

---

em: <https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=c61fcd05-09da-4df3-9cde-ea934ddde0a0&idarticolo=18504>. Acesso em 25 mai. 2023. MONTALBANO, Lydia. Il trasferimento di procedimenti nella cooperazione giudiziaria in materia penale: l'impatto della normativa europea sul sistema italiano. In: **Giurisprudenza penale.** 4 Settembre 2013. Disponível em <http://www.giurisprudenzapenale.com/2013/09/04/il-trasferimento-di-procedimenti-nellambito-della-cooperazione-giudiziaria-in-materia-penale-limpatto-della-normativa-europea-sul-sistema-italiano/>. Acesso em 25 mai. 2023.

[704] EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[705] Existem vários outros instrumentos da União Europeia que preveem normas especiais quanto à prevenção e resolução de conflitos de competência, podendo ser mencionado a Decisão-Quadro 2002/584 relativa ao mandado de detenção europeu; a Decisão-Quadro 2002/475 relativa à luta contra o terrorismo; a Decisão-Quadro 2005/222 relativa a ataques contra sistemas de informação; a Decisão-Quadro 2008/841 relativa à luta contra a criminalidade organizada e o Regulamento 2017/1939, do Conselho, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia.

[706] MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 75.

[707] MONTALBANO, Lydia. Il trasferimento di procedimenti nella cooperazione giudiziaria in materia penale: l'impatto della normativa europea sul sistema italiano. In: **Giurisprudenza penale.** 4 Settembre 2013. Disponível em <http://www.giurisprudenzapenale.com/2013/09/04/il-trasferimento-di-procedimenti-nellambito-della-cooperazione-giudiziaria-in-materia-penale-limpatto-della-normativa-europea-sul-sistema-italiano/>. Acesso em 25 mai. 2023.

[708] FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, p. 38-39.

A decisão 948 institui o denominado “procedimento de contato”, que obriga um Estado-Membro a contatar autoridades estrangeiras para confirmar a existência de um procedimento concomitante naquele país quando houver fundado motivo para crer que estejam investigando os mesmos fatos[709]. Essa disposição não é, todavia, imune a críticas da doutrina[710], pois não há determinação do período em que deve ocorrer a consulta e, por consequência, a troca preliminar de informações, ficando a margem da discricionariedade das autoridades.

Caso o procedimento de contato revele a efetiva existência de investigações paralelas, os Estados têm a obrigação de iniciar a próxima fase, denominada de “consultas diretas”. O objetivo desta segunda etapa é chegar a um consenso sobre uma solução eficaz a fim de evitar as consequências negativas da ocorrência de procedimentos paralelos[711]. Não há, entretanto, determinação sobre o nível de informações objeto de transmissão recíproca, de modo que pode se limitar a apenas alguns atos realizados na investigação. Além disso, essa fase prevê um temperamento sobre as informações a serem compartilhadas, o que demonstra o reconhecimento de uma margem de discricionariedade das autoridades sobre o que deve ser mantido em segredo[712].

O rol de deveres dos Estados-Membros se limita a esses indicados, não havendo nenhuma obrigação de resultado[713]. Se o consenso for atingido,

---

[709] UNIÃO EUROPEIA. **Decisão-Quadro 2009/948/JAI** do CONSELHO de 30 de novembro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:PT:PDF> Acesso em: 21 mar. 2024.

[710] FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, p. 36.

[711] UNIÃO EUROPEIA. **Decisão-Quadro 2009/948/JAI** do CONSELHO de 30 de novembro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:PT:PDF> Acesso em: 21 mar. 2024.

[712] FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, p. 37-38.

[713] A Decisão-Quadro 2009/948/JAI é razão de contundentes críticas de Fasolin, para quem as soluções apresentadas foram decepcionantes, revelando-se como um sistema não vinculante e de caráter residual que exige apenas o dever de contato e troca de informações, mas nada além disso. Citando Piero Gaeta, menciona que tem uma conclusão semelhante a filmes neorrealistas, ou seja, termina no meio. FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, nota de rodapé 88. Já Montalbino é assertiva ao afirmar que a decisão não preencheu uma das lacunas mais importantes ao deixar de fora do texto a elaboração de um catálogo pontual de parâmetros a serem seguidos para determinação da jurisdição adequada em caso de concorrência de processos. MONTALBANO, Lydia. Il trasferimento di procedimenti nella

materializando-se através da concentração dos procedimentos paralelos em uma única jurisdição, o órgão designado deve informar às autoridades concorrentes sobre os resultados da investigação. Acaso não se alcance um acordo, existe a possibilidade de remessa a Eurojust[714].

Sobre o papel da Eurojust, percebe-se que o órgão europeu é citado por diversas vezes na decisão-quadro. Se os Estados-Membros não conseguiram chegar à solução sobre a jurisdição mais indiciada, é possível utilizar a sua assistência já durante a fase de consultas obrigatórias[715]. Não obstante o reconhecido papel da Agência no sentido de facilitação da coordenação entre os países, o órgão não funciona propriamente como um coordenador. Isso porque não pode impor aos Estados concorrentes sua orientação sobre a jurisdição apropriada, servindo muito mais como uma sugestão do que como uma obrigatoriedade. Possui, enfim, um papel de assistência na resolução de conflitos de jurisdição, mas que não é de todo imprescindível nem muito menos vinculante[716-717].

A Agência europeia, no sentido de valorizar as atividades desenvolvidas desde a sua instituição, sugere às autoridades dos Estados-Membros que utilizem as Diretrizes sobre Jurisdição[718] elaboradas pelo órgão em 2003 e que possuem o objetivo de orientação na escolha da jurisdição. Trata-se de uma série de critérios não

---

cooperazione giudiziaria in materia penale: l'impatto della normativa europea sul sistema italiano. In: **Giurisprudenza penale.** 4 Settembre 2013. Disponível em <http://www.giurisprudenzapenale.com/2013/09/04/il-trasferimento-di-procedimenti-nellambito-della-cooperazione-giudiziaria-in-materia-penale-limpatto-della-normativa-europea-sul-sistema-italiano/>. Acesso em 25 mai. 2023.

[714] FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, p. 38.

[715] Até a superveniência da Decisão-Quadro 2009/948/JAI, a Eurojust representava o mais importante centro de coordenação das investigações supranacionais envolvendo a criminalidade transnacional. FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, p. 46.

[716] PANZAVOLTA, Michele. Eurojust: il braccio giudiziario del'Unione. In COPPETTA, Maria Grazia. (Org.). **Profili del processo penale nella costituzione europea.** Torino: Giappichelli, 2005.

[717] Há quem defenda que a natureza investigativa da Eurojust não faria da Agência a figura mais indicada para resolução dos conflitos jurisdicionais. Em projeto elaborado pelo Instituto *Max Planck* em 2003, isso poderia ocorrer através da criação de uma câmara jurisdicional *ad hoc*. DE AMICIS, Gaetano. '*Ne bis in idem'*, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell"U.E: il ruolo dell'Eurojust. **Cassazione penale**, 2006, p. 1180; AMALFITANO, Chiara. La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell'Unione europea. **Diritto penale e processo**, 2009.

[718] EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

vinculantes que se destinam a indicar os fatores que devem ser levados em consideração para coordenação das investigações paralelas. O próprio documento ressalva, todavia, que cada caso é único e, consequentemente, as decisões a serem tomadas sobre qual jurisdição estará mais bem posicionada para processar deve estar baseada nos fatos e méritos de cada situação individual, tudo visando o melhor interesse da justiça[719].

Com efeito, 13 são os critérios estabelecidos pela Eurojust[720]: a territorialidade[721]; a localização dos suspeitos[722]; a disponibilidade e admissibilidade das provas[723]; a capacidade de obtenção de provas de testemunhas, especialistas e

[719] EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[720] O relatório anual Eurojust de 2016 se trata do documento mais atualizado em relação às diretrizes para decidir qual a jurisdição deve processar, não havendo identificação de relatórios posteriores que tenham abordado a temática com esse grau de especificidade. Não obstante, verifica-se que em abril de 2020 a Eurojust publicou uma visão geral atualizada da jurisprudência do TJUE sobre o princípio do *ne bis in idem*, que fornece resumos de cinco acórdãos adicionais do TJUE, em comparação com a edição anterior de 2017. Assim, a Agência realizou a análise de 20 acórdãos entre 2003 e 2020. EUROJUST. **Case Law by the Court of Justice of the European Union on the Principle of ne bis in idem in Criminal Matters.** April 2020. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/2020_04_case_law_by_cjeu_on_nebisinidem_en.pdf>. Acesso em 4 abr. 2024.

[721] Em relação a territorialidade, o documento explica que: “Deve ser feita uma presunção preliminar de que, se possível, uma acusação deve ocorrer na jurisdição na qual a maioria – ou a parte mais importante – da criminalidade ocorreu ou na qual a maioria – ou a parte mais importante – da perda foi sustentada. Portanto, tanto a dimensão quantitativa ('a maioria') quanto a qualitativa ('a parte mais importante') devem ser devidamente consideradas.” EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[722] No que tange a localização dos suspeitos/investigados, vários elementos podem ser considerados, tais como o local em que o suspeito foi encontrado, a nacionalidade ou local de residência habitual, as possíveis conexões pessoais com um Estado-Membro, a possibilidade de extradição e de transferência de processos para o local em que o suspeito está localizado. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[723] Quanto a disponibilidade de provas, trata-se de relevante critério na medida em que as autoridades somente podem avançar nas investigações se utilizando de provas confiáveis, críveis e admissíveis, sob pena de frustrar o prosseguimento do caso e eventual condenação. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

vítimas[724]; a proteção de testemunhas[725]; o interesse das vítimas[726]; o estágio em que se encontra o procedimento[727]; a duração dos procedimentos[728]; o quadro legal

[724] Devem ser consideradas as possibilidades de obtenção de provas de natureza testemunhal, bem como provenientes de especialistas e vítimas, incluindo, se necessário, a disponibilidade desses agentes de viajar para outra jurisdição para contribuir com o caso. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[725] Em relação a proteção de testemunhas, as autoridades devem sempre buscar a garantia de que as testemunhas ou qualquer outro ator que esteja contribuindo com o processo não estejam expostos a alguma forma de perigo. Deve ser considerada, nesse sentido, a existência de programas de proteção a testemunhas eventualmente existentes na jurisdição. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[726] Quanto às vítimas, o documento estabelece que "De acordo com a Diretiva 2012/29/UE sobre os direitos das vítimas, as autoridades judiciais devem levar em conta os interesses significativos das vítimas, incluindo sua proteção, e se elas seriam prejudicadas se qualquer acusação ocorresse em uma jurisdição em vez de outra. Tal consideração incluiria a possibilidade de as vítimas reivindicarem compensação." EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[727] O estágio de desenvolvimento dos procedimentos é um critério importante na medida em que pode acabar sendo apropriado que se transfira a investigação de uma jurisdição para outra que se encontre em etapas mais avançadas. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[728] Sobre o tempo de duração dos procedimentos, embora não deva ser considerado um critério determinante, diante do equilíbrio dos demais fatores, as autoridades podem levar em conta o tempo que os procedimentos levarão para serem concluídos, já que procedimentos mais morosos tendem a se afastar do ideal de justiça. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

existente[729]; os poderes da sentença[730]; os produtos do crime[731]; os custos e recursos[732]; e as prioridades dos Estados-Membros[733].

Esses critérios, embora meramente orientativos, apresentam uma listagem de índices relevantes com o mérito de representar a tradução normativa dos valores aos quais se deve reconhecer como precedentes na escolha da jurisdição[734].

Ultrapassada a análise do âmbito europeu, é necessário que se avance para a reflexão no contexto dos Estados signatários da Convenção Anticorrupção da OCDE.

---

[729] O quadro legal existente corresponde às obrigações e requisitos impostos por cada jurisdição, bem como os possíveis efeitos de uma decisão de processar em uma jurisdição em vez de outra. Incluem, além disso, um exercício de identificação de potenciais resultados em cada diferente jurisdição. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[730] Sobre a sentença, esclarece o documento que: "Embora deva ser garantido que as penalidades potenciais disponíveis reflitam a gravidade da conduta criminosa sujeita a acusação, as autoridades judiciais não devem procurar processar em uma jurisdição simplesmente porque as penalidades potenciais disponíveis são maiores do que em outra jurisdição." EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[731] Devem ser considerados os instrumentos disponíveis para restringir, recuperar, apreender e confiscar bens, já que isso pode resultar em uma recuperação mais eficaz dos produtos do crime. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[732] Embora os custos e recursos devam estar no radar das autoridades, o próprio documento atribui a esse critério menor relevância, já que: "os custos de processar um caso ou seu impacto nos recursos de um escritório de acusação não devem ser um fator na decisão de se um caso deve ser processado em uma jurisdição em vez de outra, a menos que todos os outros fatores estejam igualmente equilibrados." EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[733] E quanto a prioridade dos Estados-Membros, pode-se considerar um não-critério, pois se estabelece que as autoridades não devem recusar ou aceitar um caso em determinada jurisdição simplesmente porque não é considerado uma prioridade no seu país. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[734] FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, p. 49.

Muito embora não seja comum, na análise da casuística, que se verifique movimentos de cooperação entre os países signatários com a finalidade de que um deles renuncie à sua jurisdição, existem situações significativas que merecem análise.

Há um exemplo de 2018, em que o Departamento de Justiça norte-americano anunciou a suspensão da acusação da empresa britânica *Güralp Systems Limited* porque o principal centro de negócios da companhia estava situado no Reino Unido e as autoridades daquele país estavam conduzindo uma investigação paralela em relação aos mesmos delitos[735].

Nesse sentido, o Manual de Justiça dos Estados Unidos[736] possui três critérios para que as autoridades americanas avaliem a possibilidade de renúncia à jurisdição. O documento se refere à renúncia da jurisdição no âmbito territorial dos EUA, dada a aplicação da doutrina da dupla soberania em relação ao âmbito federal, estadual e local. Considera-se, todavia, a utilização dos mesmos parâmetros quando o caso envolve jurisdições extraterritoriais.

O primeiro deles diz respeito a força do interesse da outra jurisdição na acusação. O Manual explica que a autoridade acusadora deve considerar os interesses internacionais, federais, estaduais, territoriais e tribais relativos à suposta conduta criminosa. É que mesmo quando um delito viole a lei federal americana, ainda assim ele pode ter interesse particularmente forte para autoridade da jurisdição onde ocorreu, seja pela natureza do delito, pela identidade do infrator ou da vítima, ou pela circunstância de ter sido investigado por procedimentos conduzidos principalmente por autoridades estrangeiras. Nessas hipóteses em que o interesse federal na acusação é menos substancial do que o interesse das autoridades locais, estaduais ou estrangeiras, deve-se considerar o encaminhamento do caso a essas autoridades no lugar de iniciar ou recomendar uma acusação federal[737].

---

[735] COLOMBET, Astrid Mignon. Transnational Negotieated Justice: the Cornerstone of ann Organized Extraterritoriality? **Revista RED**, 1(2020), p. 117-132. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-red-2020-1-page-117.htm>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

[736] DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. **Principles of Federal Prosecution.** Seção 9-27.240 – Initiating and Declining Charges – Prosecution in Another Jurisdiction. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.240>. Acesso em 19 mar. 2024.

[737] DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. **Principles of Federal Prosecution.** Seção 9-27.240 – Initiating and Declining Charges – Prosecution in Another Jurisdiction. Disponível em:

O segundo trata da capacidade e disposição da outra jurisdição para processar eficazmente. Nesse sentido, o Manual do DOJ recomenda que a autoridade norte-americana deve considerar a intenção das autoridades da outra jurisdição e se essa jurisdição possui os recursos judiciais e de acusação necessários para empreender a acusação de maneira eficaz. Critérios como condições locais, atitudes e relacionamentos que lancem dúvidas sobre a possibilidade de condução de uma acusação completa e bem-sucedida também devem ser levados em consideração[738].

E o terceiro se refere a provável sentença ou outras consequências se a pessoa for condenada na outra jurisdição. Ao considerar esse critério, a autoridade acusadora deve ter em mente não apenas a natureza das sanções, mas os padrões de sentença em casos semelhantes, além das características particulares do delito ou do infrator que possam ser relevantes. Deve levar em conta ainda a possibilidade de que uma condenação no âmbito de uma jurisdição estrangeira pode resultar em consequências colaterais para o réu, como a desqualificação profissional[739].

Inobstante a subjetividade dos critérios apresentados no Manual de Justiça, é importante que se reconheça a necessidade que o documento impõe às autoridades norte-americanas responsáveis pela acusação de coordenar essas avaliações com as autoridades estrangeiras, documentando inclusive os esforços de coordenação empreendidos.

O reconhecimento do *ne bis in idem* transnacional é o alicerce para que se compreenda que o acúmulo de investigações e processos de diferentes jurisdições nacionais contra os implicados em atos de corrupção transnacional não se trata de uma forma adequada de combate à criminalidade, justamente por promover um nível

<https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.240>. Acesso em 19 mar. 2024.

738 DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. **Principles of Federal Prosecution.** Seção 9-27.240 – Initiating and Declining Charges – Prosecution in Another Jurisdiction. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.240>. Acesso em 19 mar. 2024.

739 DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. **Principles of Federal Prosecution.** Seção 9-27.240 – Initiating and Declining Charges – Prosecution in Another Jurisdiction. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.240>. Acesso em 19 mar. 2024.

desordenado de justiça social decorrente da arbitrariedade incorporada em penalidades excessivas.

Ocorre que não há, especialmente no âmbito dos países signatários da Convenção Anticorrupção da OCDE, uma interpretação que confira obrigação para que os Estados cooperem ou consultem-se em casos de jurisdições concorrentes.

O fato é que a redação do artigo 4.3 da Convenção prevê uma consulta, mas a pedido de um dos Estados envolvidos. Se a solicitação não ocorrer, não ocorrerá a consulta. Mais do que isso: se a consulta ocorrer, quais critérios seriam levados em consideração para eleição da jurisdição apropriada para investigação e processamento do caso. Respostas a essas indagações são, portanto, as precípuas questões que o subtítulo 4.4 pretende apresentar.

4.4 A JURISDIÇÃO APROPRIADA

A solução preventiva de conflito de jurisdição em abstrato para o devido respeito ao *ne bis in idem* transnacional parece ser, de fato, o que propõe o conteúdo do artigo 4.3 da Convenção Anticorrupção da OCDE[740], justificando-se, portanto, a delimitação do problema apresentado na tese doutoral.

É importante, todavia, que se retomem as observações realizadas no primeiro capítulo da tese a respeito da vinculação dos países com a Convenção da OCDE. Com efeito, a vinculação com a Convenção não se restringe aos países membros da Organização, sendo aberto a qualquer país que manifeste interesse. Assim, é possível identificar que as proposições da tese alcançam 46 países, sendo os 38 Estados-Membros, além da Argentina, Brasil, Bulgária, Peru, Romênia, Federação Russa, África do Sul e, desde dezembro de 2023, a Croácia.

A partir da leitura do artigo 4.3 se identifica o aspecto eminentemente cooperativo na sua elaboração, confirmando-se a consensualidade como uma típica

[740] Relembre-se a literalidade do dispositivo: “Artigo 4.3: Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para instauração de processo.”

hipótese do Direito Global, em virtude das conexões necessárias para o funcionamento da *network* em que se sustenta[741].

A discussão que se coloca, portanto, é se o artigo 4. 3 da Convenção da OCDE se trata(ria) apenas de mera faculdade aos Estados envolvidos, ou de uma norma obrigatória no sentido de que apenas uma jurisdição será apropriada para persecução de fatos criminosos, admitindo-se enquanto norma cogente que veda o *bis in idem* transnacional.

De tudo o que vem se defendendo, especialmente a partir do reconhecimento da OCDE enquanto autoridade pública transnacional, inserida em uma ordem jurídica transnacional de combate à corrupção, a normatividade proveniente de sua Convenção impõe aos Estados o exercício de consensualidade na eleição de uma jurisdição una de processamento, sob pena de ferimento ao *ne bis in idem*.

Esse argumento se justifica especialmente a partir dos prejuízos decorrentes dos procedimentos paralelos e dos conflitos concretos de jurisdição, razão pela qual se passa a identificar os benefícios de se buscar a unidade procedimental.

4.4.1 A unidade procedimental e o direito subjetivo ao tratamento unitário da ação repressiva

A eventual aceitação de procedimentos paralelos leva à perda de esforços e recursos das autoridades de persecução, especialmente em razão da duplicação de trabalho, o que pode fazer com que nenhum Estado envolvido de fato exercite seu poder jurisdicional, levando à impunidade de condutas. Isso porque é possível imaginar a dispersão de elementos probatórios, propagando-se o risco da prolação de decisões contraditórias[742], especialmente quando se tratar de procedimentos paralelos que trabalhem com delitos diferentes, mas conexos, como

[741] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 154.

[742] FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, p. 19.

por exemplo a lavagem de dinheiro em um Estado relacionado a atos de corrupção cometidos em outro.

No tocante aos conflitos de jurisdição concretos, verificam-se prejuízos de maior escala aos imputados na medida em que poderão eventualmente ser processados em julgados concomitantemente em diversos Estados pelo mesmo delito, especialmente em razão de ausência de um entendimento fixado a respeito da incidência no *ne bis in idem* em perspectiva transnacional. Considerando as medidas de restrição a direitos fundamentais cabíveis em cada um dos países, se combinadas, resultarão em um processo com nível muito baixo de proteção ao indivíduo[743].

À luz dos evidentes prejuízos dos procedimentos paralelos e dos conflitos concretos de jurisdição que deles advém, é natural que se reconheça a importância do valor da unidade processual como melhor forma de tutelar os interesses da persecução[744], especialmente em casos de criminalidade organizada, como a corrupção. Nessa linha, Schünemann[745] propõe a criação de um "direito subjetivo ao tratamento unitário da ação repressiva", de modo que apenas um Estado seja, o quanto antes, responsável de modo exclusivo pela investigação e processamento.

Propõe-se, assim, um modelo de unidade processual transnacional[746] que atenderia não apenas aos interesses dos arguidos, mas igualmente os ideais de economia processual. Esse modelo teria a grande vantagem de unificar a aplicação da legislação anticorrupção, ao invés de admitir uma multiplicidade sancionatória desordenada, especialmente se considerar a possibilidade, em diversos Estados, do acúmulo de sanções penais e administrativas. Imagine-se, pois, a quantos procedimentos os envolvidos estariam submetidos ao se reconhecer a possibilidade de incidência de múltiplas jurisdições de diferentes países que, por sua vez, na ordem

---

743 SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, mai./jun. 2011, p. 195-197.

744 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 72.

745 SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, mai./jun. 2011, p. 197.

746 SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, mai./jun. 2011, p. 197.

doméstica, admitem a possibilidade de múltiplas persecuções, sejam penais e administrativas na repressão à corrupção.

Esse cenário, em última análise, gera um baixíssimo nível de proteção de direitos fundamentais, pois o grau de proteção individual de cada jurisdição, em cada área distinta do poder potestativo, mesmo que se considere adequada, é relegado a segundo plano quando analisado no contexto geral. Em outras palavras, por mais que se garantam os direitos fundamentais em cada processo ao qual os arguidos possam estar submetidos, admitir esse acúmulo de incontáveis procedimentos leva, invariavelmente, a uma proteção inadequada.

Acontece que os princípios de Direito Internacional não fornecem elementos que autorizem alguma conclusão acerca da precedência de alguma jurisdição em detrimento de outras. De igual modo as convenções repressivas silenciam quanto à solução a ser dada para eventualidade de sobreposição de jurisdições competentes, a exceção de uma única disposição prevista justamente no artigo 4.3 da Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE.

A regra, no entanto, não soluciona completamente o impasse, mas apenas apresenta uma proposta de encaminhamento no sentido de estabelecer que quando mais de um Estado Parte tiver jurisdição, ambos deverão “deliberar” sobre aquela que seja mais apropriada para instauração do processo[747]. Então, aparentemente o que propõe a convenção da OCDE é que as partes, preliminarmente à iniciativa processual, reúnam-se para tentar chegar a um acordo sobre a jurisdição mais adequada antes de estabelecê-la.

O fato é que não há desenvolvimento sobre a inobservância dessa proposição, não havendo impedimento para que, não havendo acordo, ambos os

[747] Aliás, conforme bem identifica Haselof: “a expressão deliberar consta na tradução da convenção para a Língua Portuguesa, condita no Decreto nº 3.678/2000, que promulga a convenção” no Brasil. E prossegue: “Na versão original, em inglês, a expressão que consta é *consult with a view,* o que nos países de *common law* normalmente está relacionado à obrigação (*meet and confer obligation*) que as partes têm de, antes de ajuizarem uma causa cível, se reunirem e tentarem entrar em acordo ou, ao menos, restringir a disputa ao máximo, de modo que o Judiciário somente seria chamado a resolver aquela parte sobre a qual inexiste consenso.” HASELOF, Fabíola Utzig. **Como as nações prosperam:** cooperação internacional e as ações mais poderosas contra corrupção transnacional. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 353-354.

Estados afirmem concomitantemente sua jurisdição. É por isso que a proposta de tese defende a incidência da vedação ao *bis in idem* transnacional, pois assim a normatividade proveniente da Convenção vincularia os Estados, sob pena de violação ao princípio.

Outro fator que merece destaque diz respeito ao alcance e conteúdo de "jurisdição mais apropriada", na expressão do próprio dispositivo analisado. É que para que seja possível propor critérios para definição da jurisdição *ex ante*, é necessário, primeiro, que se estabeleça qual ou quais parâmetros devem ser utilizados, ou seja, é imperioso que se defina o significado de "apropriado".

Adiante-se, nesse sentido, que a resposta da tese se constrói a partir da (re)formulação da concepção de democracia e direitos humanos à luz dos ideais de Direito Global.

4.4.2 A concepção de democracia em tempos de globalização jurídica como contributo ao conceito de jurisdição apropriada

O deslocamento da centralidade dos Estados se reflete em uma ascenção de outras instituições e associações a lugares que antes eram destinados apenas às autoridades estatais. Exsurgem, dessa forma, argumentos no sentido de esvaziamento das competências dos Estados Democráticos de Direito e das democracias.

Acontece que os complexos emaranhados do transnacionalismo, no qual se insere o Direito advindo da globalização dá novos valores para democracia no homem e na sua autonomia[748].

A nacionalidade, os vinculos de cidadania ou a sua condição civil já não possuem o mesmo espaço de relevância[749]. É necessário, assim, o estabelecimento de premissas democráticas que instituam nos espaços globais os mecanismos de

[748] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 126.

[749] RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Bari: Laterza, 2012.

"humane governance"[750], com a finalidade de dar protagonismo às pretensões humanas, para além do predomínio absoluto de ideias gerenciais[751].

Nessa senda, é importante que se reconheça a relevância das reformas democráticas para alcançar espaços onde antes a democracia não se situava, de forma a ultrapassar os limites territoriais dos Estados, alcançando reivindicações em nível de política externa, associando pautas nacionais com assuntos estrangeiros[752]. Na medida em que a globalização não restringe os limites físicos e soberanos dos territórios nacionais e permite uma redefinição dos espaços públicos, os processos de democratização assumem novos espaços, servindo a democracia como força de propulsão às instituições[753].

Essa associação entre Direito Global e Democracia serve para que as reformas democráticas se predisponham a alcancar a comunidade global "composta por pessoas consideradas pertencentes a inúmeras instituições, nacionais ou transnacionais, que compartilham interesses e responsabilidades comuns sem dependência jurídica atrelada a determinada nação"[754]. Exsurge, assim, a condição assimétrica provocada pelos fluxos globalizatórios de forma a expor as demandas e pautas reivindicatórias tanto a nível global quanto a nível local, afastando os processos democráticos dos ciclos eleitorais e da escolha de representantes[755].

A própria resolução de conflitos através do uso da força e/ou da opressão passa a ser desincentivada para dar espaço ao ideal de solidariedade, reflexo de um paradigma de transcendência enquanto característica da efetividade da

---

[750] A expressão é de FALK, Richard. **Law in an emerging global village.** A post-Vestfálian perspective. Ardsley: Transnacional Publishers, 1998.

[751] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 128.

[752] SMITH, Hazel. **Democracy and international relations.** Critical theories/problematic practices. London: MacMillan Press, 2000, p. 3.

[753] BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law.** Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 1003.

[754] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 130.

[755] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 131.

democracia em espaços globais[756]. Mira-se no acesso à informação, na transparência, na participação e no controle dos atos praticados por instituições nacionais, organizações internacionais, ONGs, corporações transnacionais e outros grupos[757].

A democracia nos cenários de incidência do Direito Global avança, portanto, para além da compreensão de um preceito moral, apresentando-se como um direito cogente transnacional[758-759].

Não há dúvidas, assim, que os critérios para escolha da jurisdição mais apropriada para o processamento de casos de corrupção transnacional devem ser formulados à luz de um ideal de democracia baseado nos pressupostos de Direito Global. O que se propõe, pois, é que jurisdição mais apropriada é aquela que, antes de mais nada, da efetividade à democracia em espaços globais, essencialmente através da possibilidade de acesso à informação e controle dos atos praticados por instituições nacionais.

4.4.3 Direitos Humanos em tempos de globalização jurídica como contributo para formulação do conceito de jurisdição apropriada

Outro ponto relevante que justifica a emergência do Direito Global é a necessidade de que o seu *rule of law* seja alvo de modificação de significantes e de sentido das instituições. Nessa senda, os processos de expansão dos Direitos Humanos precisam ultrapassar o discurso exarado pela ONU para "adentrar na construção normativa catalisadora de instituições e setores da sociedade civil, independente dos Estados nacionais"[760].

O contexto exposto a respeito dos instrumentos normativos e dos novos atores de Direito Global demandam que a pauta dos Direitos Humanos seja dotada

---

[756] MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia.** Florianópolis: Conceito, 2010, p. 40.

[757] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 131.

[758] FRANK, Thomas. The emerging rigth to democracy Governance. **The American Journal of International Law.** V. 86, n. 1, 1992, p. 47.

[759] A democratização dos agentes transnacionais, todavia, prevê-se como lenta, na medida em que precisará percorrer o caminho de aumento de alcance dos instrumentos já existentes. CRUZ, Paulo Márcio. REAL FERER, Gabriel. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia assimétrica. **Jurídicas**, Manizales, v. 7, 2010, p. 12-17.

[760] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 137.

de inclusão e promoção, já que deslocam o primado da soberania estatal, convertendo-se em partícula nuclear do Direito[761].

Os acontecimentos dos últimos três séculos não foram capazes de construir um sistema global de promoção e defesa da pessoa humana[762], razão pela qual não haveria sentido na manutenção espacial do ideal de Direitos Humanos apenas nos territórios estatais. Se antes esses direitos estavam condicionados ao exercício da soberania, hoje eles devem estar associados como guias com poderes diretivos formais e materiais da soberania[763].

Não é mais suficiente que os Direitos Humanos sejam positivados em *rule of law* e nem mesmo que apresentem preceitos de internacionalização, pois tais medidas apresentaram sucesso parcial. Para além dessas caracterizações, é necessário que sejam adicionadas práticas de generalização e de especificação, considerando o fator humano através da sua situação concreta, fática e real[764]. A proposta, portanto, é a de que os preceitos dos Direitos Humanos sejam incluídos nos espaços criados pela globalização, de forma não restrita apenas às instituições públicas governamentais, mas a todos os novos atores, haja vista a prejudicialidade da díade público-privado.

Nesse sentido, a consolidação de instituições transnacionais, ONGs e outros órgãos sem vinculação direta dos Estados devem influenciar efusivamente as políticas estatais de execução dos Direitos Humanos[765], colaborando com o desenvolvimento e qualificação global de práticas e teorias relacionadas ao tema.

Por isso, os critérios de eleição da jurisdição mais apropriada devem estar direcionados a Estados-Membros com capacidade de reconfiguração das suas

---

761 BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law.** Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 986.

762 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 141.

763 HELD, David. **Democracy and the global order:** from the modernn state to cosmopolitan Governance. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 78.

764 GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 186.

765 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 147.

relações de incidência dos Direitos Humanos. É necessário, para além do papel do próprio Estado e das instituições de Direito Internacional, que se apresente uma tutela paralela a partir de novas molduras e referentes através dos espaços globais, com o envolvimento dos agentes globais no igual desiderato de satisfação dos Direitos Humanos.

4.4.4 Os critérios para eleição da jurisdição apropriada

A humanidade caminha para um cenário internacional onde a cooperação alcança lugares de cada vez mais destaque, fato que se pode reconhecer desde o aparecimento dos primeiros acordos de cooperação técnica, na base das primeiras organizações internacionais. Nesse sentido, a cooperação jurídica internacional é uma forma representativa de como os Estados se enxergam e se pretendem sejam vistos pela comunidade global[766].

As tentativas dos Estados de estabelecerem regras preventivas para distribuição prévia de jurisdição com base em critérios comuns e uniformes se encontram estagnadas, distantes de serem traduzidas por meio de Tratados Internacionais sobre o tema[767]. Trata-se do reflexo de uma dificuldade de confiança entre os países, bem como da maior complexidade da tarefa se comparada com as possibilidades de solução *a posteriori* dos conflitos[768].

Existem, de todo modo, “convenções de coordenação” em que são estabelecidas entre os Estados regras preventivas para repartição de instâncias repressivas para determinados crimes, com critérios para transferência de procedimentos para uma única autoridade e preclusões sobre formação de coisa julgada. O Tratado de Londres sobre a Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN, por exemplo, prevê regras entre as jurisdições para “coordenar as exigências repressivas dos Estados onde estão as tropas estrangeiras e do Estado de origem

---

[766] SILVA, Anamara Osório. **Dupla incriminação no Direito Internacional Contemporâneo:** análise sob a perspectiva do processo de extradição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 2-3.

[767] DEAN, Giovanni. Profili di un’indagine sul ne bis in idem estradizionale. In **Rivista di Diritto Processuale.** Milano: Cedam, ano 53 (seconda serie), n. 1, p. 53-72, jan./mar. 1998.

[768] AMALFITANO, Chiara. **Conflitti di giurisdizione e riconosciumento delle decisioni penale nell’Unione Europea.** Giuffrè: Milano, 2006, p. 292.

das tropas, com o estabelecimento de hipóteses de esfera de jurisdição exclusiva e prioritária”[769].

De forma geral, entretanto, os Tratados Internacionais se resumem a determinar uma espécie de esforço interlocutório para alcançar um resultado comum em relação a qual jurisdição deve centralizar a persecução. Com efeito, as Convenções das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional[770] e Contra a Corrupção[771] possuem redação praticamente idêntica sobre o tema, determinando movimentos de comunicação e coordenação entre os países para fins de centralização das persecuções, pretendendo fazer com que um Estado represente os interesses dos demais[772].

Como se vê, as intervenções no âmbito das Convenções da ONU se assemelham a disposição da OCDE, determinando arranjos setoriais sobre necessidade de diálogo que, em alguma medida demonstram uma predileção geral pelo reconhecimento do *ne bis in idem* transnacional, mas não resolvem o problema a nível global.

É por isso que se reconhece como necessária e atual a proposição final da tese no sentido de definir quais são de fato os critérios que devem ser considerados para escolha da jurisdição apropriada.

---

[769] MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal:** a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, nota de rodapé 171.

[770] A Convenção de Palermo prevê no artigo 15, § 5º que: “Se um Estado Parte que exerça a sua competência jurisdicional por força dos parágrafos 1 e 2 do presente Artigo tiver sido notificado, ou por qualquer outra forma tiver tomado conhecimento, de que um ou vários Estados Partes estão a efetuar uma investigação ou iniciaram diligências ou um processo judicial tendo por objeto o mesmo ato, as autoridades competentes destes Estados Partes deverão consultar-se, da forma que for mais conveniente, para coordenar as suas ações.”

[771] A Convenção de Mérida prevê no artigo 42, § 5º que: “Se um Estado Parte que exerce sua jurisdição de acordo com os parágrafos 1 ou 2 do presente Artigo for notificado, ou tomar conhecimento por outro meio, de que outros Estados Partes estão realizando uma investigação, um processo ou uma ação judicial relativas aos mesmos fatos, as autoridades competentes desses Estados Partes se consultarão, segundo proceda, a fim de coordenar suas medidas.”

[772] COLANGELO, Anthony. Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: A Jurisdictional Theory. **Washington University Law Review**, v. 86, 2009, p. 856.

Para além do estabelecimento de um critério pré-definido nas hipóteses relacionadas ao campo civil[773], no âmbito criminal e, para os limites da tese, transpassado igualmente ao direito administrativo sancionador[774], é possível identificar critérios para permitir a eleição do foro adequado para o processamento dos feitos sancionatórios que digam respeito, especificamente, a repressão da corrupção transnacional.

Assim, a tese propõe um conjunto de critérios, bem como a metodologia de sua utilização para escolha da jurisdição mais adequada, realizando sua abordagem com base nas exposições da Eurojust, através das Diretrizes sobre Jurisdição[775], bem como aqueles sugeridos pelo Manual de Justiça do Departamento de Justiça dos Estados Unidos[776], ambos explicitados no subtítulo 4.3.2 da tese.

Antes do estabelecimento de critérios, todavia, existem pressupostos básicos devem ser compreendidos para que se possa estar diante de um conflito de jurisdição entre dos Estados signatários da Convenção Anticorrupção da OCDE. Significa que a hipótese de eleição de critérios para definição da jurisdição mais adequada somente se fará incidir quando de fato os pressupostos expostos a seguir estejam plenamente materializados.

4.4.4.1 Os pressupostos de existência do conflito jurisdicional relacionados aos casos de corrupção transnacional

Não haverá conflito de jurisdições em nível transnacional se não se estiver diante de quatro pressupostos essenciais primários, quais sejam: o *idem factum*, a dupla tipicidade, a instituição de uma autoridade pública transnacional com capacidade de coordenação das comunicações entre os países membros e a

---

[773] Em matéria civil, os conflitos de competência entre os Estados comunitários são geralmente resolvidos com base no critério da prevenção. AMALFITANO, Chiara. **Conflitti di giurisdizione e riconosciumento delle decisioni penale nell'Unione Europea.** Giuffrè: Milano, 2006, p. 271.

[774] Considerando, como defendido, a dimensão transversal e transnacional do princípio do *ne bis in idem*.

[775] EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[776] DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. **Principles of Federal Prosecution.** Seção 9-27.240 – Initiating and Declining Charges – Prosecution in Another Jurisdiction. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.240>. Acesso em 19 mar. 2024.

capacidade de produção de efeitos de uma sentença estrangeira. Assim, para que se possa estar diante da hipótese do artigo 4.3 da Convenção Anticorrupção da OCDE, é necessário que se identifiquem presentes esses pressupostos, sob pena de inaplicabilidade do dispositivo em questão.

O primeiro deles diz respeito da identificação de casos que tratem dos mesmos fatos. Isso porque a admissão da eleição de uma única jurisdição entre os Estados pressupõe que um deles abdique, parcialmente, dos seus poderes potestativos. Isso somente se verifica possível se, antes de tudo, houver uma identificação por parte dos Estados a respeito de estarem tratando de condutas corruptivas que digam respeito aos mesmos fatos. Se isso não for possível, sequer haverá incidência do princípio do *ne bis in idem* transnacional e não existirá razão para negar diferentes processamentos por parte de cada país signatário da Convenção da OCDE.

Nesse sentido, entende-se adequada a utilização de uma posição baseada no critério histórico-naturalístico[777]. Com efeito, essa posição assevera que o conteúdo de *idem factum* deve englobar todo o fato naturalístico imputado, pouco importando a qualificação jurídica interna atribuída à conduta. A inspiração para adoção dessa posição advém da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que, interpretando o alcance do artigo 54 do CAAS entende que idêntico fato em âmbito transnacional corresponde ao mesmo fato histórico, na sua dimensão naturalística, o que compreende identidade de conduta, evento e nexo de causalidade[778].

Seria impensável a imposição de uma mesma qualificação jurídica entre dimensões normativas em nível transnacional, especialmente porque a internalização dos mandados de criminalização provenientes da Convenção da OCDE se materializa

[777] É que o critério do que pode ser considerado "*idem*" está ligado a fatos ou a delitos. Existe, então, parcela da doutrina que adota uma concepção normativa, relacionada a delitos, destacando-se o aspecto formal da conduta ilícita e apontando para necessidade de uma perfeita sintonia da qualificação jurídica das condutas eventualmente analisadas. Essa posição é mais restritiva, e entende que somente se estaria diante dos mesmos fatos quando houvesse tríplice identidade entre os acusados, o pedido e a causa de pedir. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal:** a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 379.

[778] MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal:** a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 380.

de formas distintas nos ambientes domésticos. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica é um exemplo que tornaria a identidade de qualificação jurídica um problema intransponível na medida em que a ordem interna de alguns países não admite esse nível de responsabilidade criminal, como por exemplo no Brasil, em que os atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas possuem qualificação jurídica afeta ao direito administrativo sancionador, nomeadamente através da Lei Anticorrupção Empresarial nº 12.846/2013, reconhecendo-se como ilícitos extrapenais.

No que tange à dupla tipicidade, trata-se de um pressuposto que exige a previsão de conduta ilícita esteja expressa na legislação, mas não necessariamente enquadrada como um ilícito penal. É que o tratamento do tema engloba não apenas os crimes vinculados a temática da corrupção, mas igualmente os ilícitos não penais, afetos ao direito administrativo sancionador igualmente puníveis dentro de um contexto corruptivo.

Considerando o verdadeiro mandado de criminalização exposto no artigo 1º da Convenção da OCDE a respeito do suborno de funcionários públicos estrangeiros[779], não se defende que deva existir identidade de tipificação penal ou mesmo administrativa[780], mas que se consiga pelo menos identificar correspondência entre os elementos essenciais e estruturantes a respeito do conceito de mínimo comum corrupto[781], tal e qual se identificou no âmbito da fundamentação teórica apresentada no segundo capítulo da tese.

---

[779] Refere-se a conduta de qualquer pessoa que: “intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.”

[780] A Convenção da OCDE traz orientações para os casos em que os Estados exijam que o fato ilícito objeto de cooperação seja assim considerado também no seu ordenamento jurídico doméstico. Isso ocorre normalmente nas hipóteses em que as autoridades ficam em dúvida a respeito de algum elementar do tipo, ou quando a localização topográfica, ou mesmo a nomenclatura utilizada não coincidem. Nessas situações, o Artigo 9 da Convenção Anticorrupção da OCDE determina que: “2. Quando uma Parte condiciona a assistência jurídica recíproca à existência de criminalidade dual, a existência de criminalidade dual será considerada se o delito para o qual a assistência é solicitada for do âmbito da presente Convenção.”

[781] A proposta se alinha à previsão do artigo 43, 2 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: “2. Em questões de cooperação internacional, quando a dupla incriminação seja um requisito, este se considerará cumprido se a conduta constitutiva do delito relativo ao qual se solicita assistência é um delito de acordo com a legislação de ambos os Estados Partes, independentemente

Na sequência, identifica-se como terceiro pressuposto a necessidade de concepção de uma Autoridade Central no âmbito da OCDE, com *status* de autoridade pública transnacional e capacidade de coordenação das comunicações entre os países membros, especialmente porque o enfrentamento da corrupção não se limita aos órgãos de persecução penal, mas a uma série de autoridades públicas com potestades administrativas distintas a depender dos países envolvidos.

Assim, não é suficiente que cada Estado contemple suas autoridades nacionais competentes para tratar dos assuntos de cooperação jurídica internacional, nomeadamente para interlocução da jurisdição apropriada para persecução, mas é necessário que se conceba a figura de uma autoridade em nível transnacional, justamente para coordenação das comunicações e resolução de conflitos quando os países não cheguem a um consenso.

Como o reconhecimento do *ne bis in idem* deve contemplar não apenas uma vertente transnacional, mas igualmente um alcance transversal, que englobe a impossibilidade de acúmulo de sanções penais e administrativas, é importante que a interlocução entre os países se dê através de uma representação que tenha abrangência tanto pelos órgãos de persecução penal, como pelas autoridades com potestades administrativas em relação aos ilícitos corruptivos.

Na linha do projeto do Instituto *Max Planck* de 2003[782], a respeito da criação de uma câmara jurisdicional *ad hoc* para resolução de conflitos de jurisdição transnacional no contexto europeu, a tese propõe a (re)configuração desse modelo para o âmbito da OCDE, notadamente através da utilização do *Working Group on Bribery in international Business Transactions* – WGB.

O WGB sobre Suborno reúne os representantes de todos os países signatários da Convenção e serve como uma espécie de conferência que tem a responsabilidade de monitoramento, implementação e aplicação da Convenção

---

se as leis do Estado Parte requerido incluem o delito na mesma categoria ou o denominam com a mesma terminologia que o Estado Parte requerente."

[782] A introdução de competências para verificação de jurisdições concorrentes, com poderes vinculantes de decisão é uma das previsões a serem implementadas a longo prazo, conforme as disposições do Livro Verde de 2005. FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014, p. 48.

Anticorrupção, através do sistema de revisão pelos pares, já exposto no primeiro capítulo da tese. Considerando que a Convenção estabelece obrigações legalmente vinculativas às partes para que responsabilizem agentes e empresas, imponham sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas[783], justifica-se como o ambiente adequado a assumir o papel de autoridade transnacional apta a coordenar trabalhos de cooperação e eventualmente decidir, com base nos critérios a seguir expostos, qual a jurisdição será a mais adequada para o processamento.

E o quarto pressuposto de aplicação do artigo 4.3 da Convenção da OCDE trata da capacidade de que a sentença estrangeira produza efeitos[784] na jurisdição do país que não foi escolhido como o mais apropriado para persecução dos fatos corruptos.

Revela-se importante esse requisito na medida em que os efeitos sancionatórios da sentença precisam contemplar, para além da jurisdição em que a decisão foi proclamada, ainda a jurisdição que "abdicou" do processamento em respeito ao tanto quanto disposto no artigo 4.3. O que se pretende fazer crer é que eventual aplicação de penas, em todas as suas espécies, sejam reconhecidas em ambos os Estados, sob pena de se desvincular da ideia de unidade procedimental.

Inclusive as penas de multas e ressarcimento de valores obtidos de maneira ilícita devem contemplar o benefício não apenas do país com a jurisdição efetiva, mas também aquele com jurisdição virtual. Significa que os benefícios

---

[783] OCDE. **Working Group on Bribery in International Business Transactions.** Disponível em: < https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdworkinggrouponbriberyininternationalbusinesstransactions.htm>. Acesso em 24 mar. 2024.

[784] Não se desconhecem os problemas relativos à identificação de quais decisões proferidas no Estado escolhido produzirão o efeito de impedir que o fato seja novamente julgado no Estado que, em primeiro momento, restou preterido do ponto de vista jurisdicional. Nesse sentido, não se ignoram as discussões a respeito do significado de decisão definitiva, ou mesmo de decisões que não analisam o mérito da conduta ilícita em razão de questões processuais preliminares. O fato é que, para os limites da tese, considerando a assunção de uma jurisdição una por partes dos países envolvidos para que se reconheça a incidência e alcance do artigo 4.3, compreende-se que toda e qualquer decisão proferida pelo signatário escolhido deve ser replicada e respeitada pelo outro Estado. Não se trata de estímulo à impunidade, mas de compreensão da verdadeira dimensão transnacional do *ne bis in idem*. Ademais, conforme se verificará, a segurança jurídica de um processo hígido deve se estabelecer a partir da definição segura dos critérios para escolha da jurisdição, e não a partir de criação de exceções à transnacionalidade do *ne bis in idem.*

sancionatórios, especialmente os pecuniários, devem reverter em favor de ambos os Estados que transacionaram a incidência da jurisdição.

Não se desconhecem os problemas relativos à identificação de quais decisões proferidas no Estado escolhido produzirão o efeito de impedir que o fato seja novamente julgado no Estado que, em primeiro momento, restou preterido do ponto de vista jurisdicional. Nesse sentido, não se ignoram as discussões a respeito do significado de decisão definitiva, ou mesmo de decisões que não analisam o mérito da conduta ilícita em razão de questões processuais preliminares[785].

O fato é que, para os limites da tese, considerando a assunção de uma jurisdição una por partes dos países envolvidos para que se reconheça a incidência e alcance do artigo 4.3, compreende-se que toda e qualquer decisão proferida pelo signatário escolhido deve ser replicada e respeitada pelo outro Estado. Não se trata de estímulo à impunidade, mas de compreensão da verdadeira dimensão transnacional do *ne bis in idem*. Ademais, conforme se verificará, a segurança jurídica de um processo hígido deve se estabelecer a partir da definição segura dos critérios para escolha da jurisdição, e não a partir de criação de exceções à transnacionalidade do *ne bis in idem*.

4.4.4.2 Os modelos e critérios para eleição da melhor jurisdição

Presentes os pressupostos para incidência do conteúdo de cooperação proposto pelo artigo 4.3 da Convenção da OCDE, enfim se avança para definição dos critérios a serem utilizados na escolha da jurisdição apropriada.

A partir daí, dois modelos se afigurariam possíveis para eleição da melhor jurisdição. O modelo hierárquico ou *subsidiarity approach*, com o estabelecimento de critérios prévios e fixos, em que possuem prioridade os Estados com ligações tradicionais ao crime, tais como a territorialidade. De outro lado, o modelo flexível ou *case-by-case approach*, que dá aos Estados a discricionariedade

[785] Nesse sentido, ver: ASTARITA, Silvia. *Ne bis in idem* tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo. In GAITO, Alfredo. **Procedura penale e garantie europee.** Torino: Utet Giuridica, 2006. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal:** a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 382-388.

de decidir no caso concreto, levando em consideração o país que tenha as melhores condições de conduzir a persecução[786].

A experiência estadunidense prevista no Manual de Justiça do DOJ trata de situações que precisam ser verificadas caso a caso, razão pela qual se interpretam através de uma predileção pela utilização do modelo *case-y-case approach*. Os critérios norte-americanos (força do interesse de outra jurisdição na acusação, disposição da outra jurisdição para processar eficazmente e provável sentença e consequências de condenação) se dispõem a partir de uma margem de discricionariedade que dificulta, se não inviabiliza a solução consensual em torno da escolha da jurisdição apropriada. É por essa razão que se compreendem, na verdade, como não-critérios.

A experiência europeia, por sua vez, compreende através das *jurisdiction guide lines* da Eurojust que a melhor maneira de se eleger a jurisdição mais adequada está na combinação de um conjunto de critérios, subdivididos em primários, secundários e critérios que não devem ser considerados[787].

Os critérios primários, incluídos em sete grupos de fatores principais, quais sejam: i) territorialidade; ii) localização dos suspeitos; iii) disponibilidade e admissibilidade de meios de prova; iv) obtenção de depoimentos de testemunhas e peritos; v) proteção de testemunhas; vi) interesse das vítimas; e, vii) fase processual. Os critérios secundários, baseados em três fatores: i) requisitos legais; ii) duração do processo e iii) custos da persecução. E os critérios que não devem ser considerados: i) a jurisdição que aplique a pena mais grave; ii) a escolha baseada na prevenção; iii) o evitamento do cumprimento de obrigações legais que se aplicam apenas em um país; iv) o local em que se encontra o produto do crime[788].

---

[786] INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROSECUTORS. **Prosecutorial Guidelines for Casos of Concurrent Jurisdiction.** Making the Decision “Which Jurisdiction Should Prosecute?”. The Hague: Netherlands, 2009.

[787] A indicação dessa metodologia de critérios, mas aplicada a transferência de processos como mecanismo de cooperação internacional no processo penal, encontra-se em MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal:** a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 344-350.

[788] A definição desses critérios está baseada em EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em:

A questão é que, no âmbito de incidência da Convenção Anticorrupção da OCDE e, considerando as peculiaridades do fenômeno corruptivo transnacional, os critérios a serem fixados – sem prejuízo de inspiração no modelo proposto pela Eurojust, necessitam de uma reorganização para que possam se demonstrar adequados ao combate à corrupção.

Em relação aos critérios primários, devem ser consideradas: i) territorialidade; ii) maior ligação dos suspeitos com o Estado; iii) admissibilidade de meios de prova; iv) os instrumentos disponíveis para restringir, recuperar, apreender e confiscar bens e valores; e, v) os requisitos legais a respeito do cúmulo repressivo de sanções penais e administrativas.

O princípio da territorialidade deve ser considerado o principal critério, mesmo dentre os demais, partindo-se da ideia de que a persecução ocorra na jurisdição em que a maioria da conduta ilícita foi perpetrada, ou na qual a maioria dos prejuízos foram sentidos[789]. Embora não se defenda a existência de uma hierarquia entre os critérios primários, pode-se afirmar que a territorialidade é a primeira questão a ser analisada, tanto é assim que já foi considerada como o mais importante fator para definição de jurisdição em casos que envolvam criminalidade transnacional[790].

Em relação a maior ligação dos suspeitos com o Estado, devem ser levadas em conta circunstâncias como a nacionalidade, residência, e o local onde se encontram majoritariamente estabelecidos. Isso se justifica como fator importante na medida em que viabiliza a análise a respeito da possibilidade de extradição e entrega de condenados para fins de cumprimento de eventuais penas de privação de liberdade estabelecidas a partir de uma sentença[791]. O fato de um suborno poder ocorrer a

<https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[789] COFFREY, Gerard. Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting *ne bis in idem* in conjunction with the principle of complementarity. In*:* **New Journal of European Criminal Law**, Vol. 4, Issue 1-2, p. 78.

[790] Nesse sentido, Mendonça esclarece que: "o critério da territorialidade é apontado na Decisão-Quadro sobre terrorismo e contra-ataques em sistemas informáticos da União Europeia (Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho de 24 de fevereiro de 2005, art. 10, 1, alínea *a*) como o primeiro e mais importante fator para definir a jurisdição". MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal:** a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 346, nota de rodapé 57.

[791] Commission Staff Working Document. **Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings.** Brussels, 23.12.2005 SEC (2005) 1767,

milhares de quilômetros de distância do seu recebimento revela a difícil tarefa de combate aos ilícitos corruptivos transnacionais, razão pela qual a preponderância da ligação dos suspeitos com o Estado se justifica como critério de reconhecida preponderância, pois facilita o trabalho dos órgãos persecução na localização, investigação e extradição dos envolvidos na conduta.

A respeito da admissibilidade de meios de prova, compreende-se que a análise sobre a validade das provas obtidas é fundamental, especialmente para evitar jurisdições onde eventualmente os meios de obtenção das provas no caso concreto estejam sujeitos ao reconhecimento de ilicitude. No que tange a disponibilidade das provas[792], não se compreende como preponderante o fator a respeito de onde se localizem geograficamente as provas mais relevantes, pois a definição de critérios comuns pressupõe justamente a cooperação entre os Estados, de modo que o compartilhamento irrestrito dos elementos de prova deve ser considerado imprescindível para o sucesso na eleição da jurisdição mais apropriada.

Os instrumentos disponíveis para restringir, recuperar, apreender e confiscar bens e valores devem assumir posição de destaque como critério primário para eleição da jurisdição apropriada em casos de corrupção transnacional. A razão que justifica tal entendimento está no fato de que a natureza dos ilícitos corruptivos indica condutas acessórias que decorrem das práticas de suborno, como o enriquecimento ilícito e o dano ao erário.

Assim, os instrumentos de confisco tanto dos bens e valores adquiridos pelos agentes públicos subornados, como eventualmente aqueles decorrentes das práticas empresariais que beneficiem entes privados em detrimentos dos cofres públicos devem ser um fator preponderante para escolha da jurisdição, compreendendo-se como um critério que, dada a natureza dos ilícitos corruptivos, auxilia na eficácia da persecução sancionatória.

---

p. 38. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005SC1767>. Acesso em 30 mar. 2024.

[792] A disponibilidade das provas é considerada como critério no âmbito das *jurisdiction guide lines* da Eurojust. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

E, por fim, agrega-se um critério específico para os casos de corrupção, na linha das proposições da tese a respeito do *ne bis in idem* transversal e transnacional. Trata-se do fator a respeito dos requisitos legais a respeito do cúmulo repressivo de sanções penais e administrativas. Ainda que se admita a sobreposição sancionatória entre penas criminais e administrativas, deve ser preponderante a análise da legislação do Estado que, ao menos, considere modalidades de comunicabilidade entre os procedimentos de distintas naturezas, especialmente sobre dedução de penas de cunho pecuniário, a fim de evitar penalidades excessivas, divorciadas de parâmetros de proporcionalidade. Esse critério busca o reconhecimento de um *status* de maior segurança jurídica aos implicados, mormente porque a comunicabilidade entre as diferentes instâncias repressoras dentro um único ordenamento jurídico objetiva evitar a prolação de decisões contraditórias entre si.

Em relação aos critérios secundários, somente deverão incidir quando houver absoluta equivalência em relação aos critérios primários. Definem-se para os casos de corrupção transnacional, os seguintes: i) obtenção de depoimentos e proteção de testemunhas e peritos; ii) a duração e estágio em que se encontra o processo; e, iii) os custos e recursos da persecução.

A obtenção de depoimentos e proteção de testemunhas e peritos se considera um critério a ser levando em consideração subsidiariamente aos critérios primários porque a natureza dos ilícitos corruptivos depende, em grande medida, de comprovação mediante prova testemunhal e pericial. Assim, a habilidade da jurisdição eleita no manejo desses meios de obtenção de prova deve ser considerada enquanto fator. Aliado a isso, a capacidade do Estado de conferir proteção e meios de segurança às testemunhas se revela enquanto critério que pode ser levado em conta, ressaltando a especial importância de preservação das fontes de prova testemunhal.

Em relação ao tempo de duração do processo, assim como se vê das definições da Eurojust[793], o tempo não pode ser um fator determinante na escolha da jurisdição, mas, diante da equivalência dos demais critérios, deve sim ser considerado, nomeadamente porque a (de)mora processual é, em última análise, uma

[793] EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

espécie de negação da justiça[794]. O mesmo raciocínio em relação ao estágio em que se encontra o procedimento de apuração do ilícito que, ainda que não deva ser preponderante, justamente em razão do pressuposto de cooperação e compartilhamento de informações e provas entre a jurisdição virtual e a eleita, pode ser considerado enquanto critério secundário[795] na medida em que a persecução se demonstrará mais eficiente e alinhada a ideia de tramitação em tempo razoável se for escolhida aquela que se encontra com os procedimentos mais avançados.

Quanto os custos e recursos para persecução dos ilícitos corruptivos, entende-se ser um critério a ser considerado somente em última hipótese, quando todos os demais se demonstrarem equivalentes. Isso porque qualquer preponderância desse fator para além dos limites de equivalência dos demais critérios imporia aos Estados mais ricos a assunção da jurisdição de modo indistinto, tornando a eleição da jurisdição apropriada uma questão econômica e se fazendo refletir em uma espécie imperialismo jurisdicional baseado no poder econômico.

E no que tange ao que não deve ser considerado enquanto critério, tem-se i) a jurisdição que aplique a pena mais grave; ii) a escolha baseada na prevenção; iii) interesse das vítimas; e, iv) a prioridade dos Estados na repressão à corrupção.

O primeiro, e mais importante, trata-se daquele país que preveja a aplicação de penas mais graves. Nesse sentido, deve-se considerar, para além dos interesses dos Estados afetados, os interesses dos acusados. O Livro Verde sobre conflitos de jurisdição assevera que a probabilidade de aplicação de uma pena alta ou baixa não deve ser considerado um critério pois a decisão de processar com base apenas na escolha do regime mais rigoroso não seria justa e equilibrada[796].

---

[794] COFFREY, Gerard. Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting *ne bis in idem* in conjunction with the principle of complementarity. In*:* **New Journal of European Criminal Law**, Vol. 4, Issue 1-2, p. 79.

[795] A fase processual é considerada como critério primário, segundo a Eurojust. EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[796] Commission Staff Working Document. **Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings.** Brussels, 23.12.2005 SEC (2005) 1767. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005SC1767>. Acesso em 30 mar. 2024.

A escolha com base na prevenção[797] também deve estar descartada na medida em que pode trazer resultados aleatórios e que vão de encontro aos interesses da boa administração da justiça[798].

Em relação aos interesses das vítimas, muito embora seja reconhecido como um critério relevante para fins de combate à criminalidade transnacional como um todo, constando inclusive do rol de diretrizes proposto pela Eurojust[799], para fins de eleição da jurisdição apropriada para o processamento dos casos de corrupção se entende que não deve ser um critério determinante. Isso porque a natureza das condutas corruptas não reflete a identificação de vítimas de forma pessoalizada.

Antes pelo contrário, a corrupção tem como vítima os interesses de boa administração dos países envolvidos e a probidade da administração pública – independentemente do valor do dano ao erário eventualmente constatado, de modo que não se poderia definir uma supremacia de interesse da administração de um Estado em detrimento de outro, sendo ambos igualmente afetados. Assim, o critério previsto a respeito da capacidade dos instrumentos de confisco de bens e valores, aliado ao pressuposto de que os efeitos da decisão da jurisdição eleita serão irradiados igualmente na jurisdição virtual já são, por si só, suficientes.

E, por fim, a prioridade dos Estados no combate à corrupção não pode ser levada em consideração como critério porque se trata de um aspecto que diverge dos pressupostos estabelecidos entre os signatários da Convenção Anticorrupção da OCDE. Significa reconhecer que a política de combate à corrupção e, portanto, os interesses dos países signatários devem ser considerados em idêntica medida. Não havendo a possibilidade de identificar qual Estado prioriza, do ponto de vista político,

---

[797] Ou seja, do país que primeiro dar início a apuração dos fatos, usualmente representada pela expressão *first come first served*.

[798] Commission Staff Working Document. **Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings.** Brussels, 23.12.2005 SEC (2005) 1767. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005SC1767>. Acesso em 30 mar. 2024.

[799] EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

a repressão às condutas corruptas de quilate transnacional, é igualmente impossível que esse fator seja considerado enquanto critério.

A determinação da jurisdição apropriada em casos de corrupção transnacional pressupõe a ressignificação dos ideais de soberania, território, autoridade e jurisdição. Exige ainda que o conceito de “apropriada” para definição da jurisdição leve em conta os matizes de democracia e direitos humanos a partir de uma perspectiva jurídica global. Os critérios sugeridos buscam harmonizar essa compreensão, promovendo um sistema de justiça transnacional que seja capaz de responder de forma eficiente e equitativa aos complexos fenômenos corruptivos transnacionais.

É nesse sentido que a tese apresenta a conclusão de que deve ser reconhecida a potestade normativa das autoridades públicas transnacionais, tais como a OCDE e os documentos por ela produzidas, no caso, a Convenção Anticorrupção. E, igualmente, na ideia de que o princípio da vedação ao *bis in idem* alcança uma dimensão transversal e transnacional, impondo, pois, a obrigatoriedade de solução consensual entre os Estados para o fim de escolha de uma jurisdição mais apropriada para a persecução da corrupção transnacional, reconhecendo-se a imperatividade da unidade processual. Com isso, define quais são os requisitos e os critérios para definição da jurisdição mais adequada para processamento de ilícitos corruptivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presença de corporações multinacionais que executam atividades e realizam investimentos internacionais constitui um dos traços distintivos da globalização. Se é verdade que os mercados transpõem fronteiras, também se torna quase incontestável que as condutas corruptas derivadas das operações comerciais seguirão o mesmo caminho, exigindo, assim, uma abordagem da corrupção sob o viés transnacional.

Nas últimas décadas, tem-se notado um endurecimento das legislações nacionais no que diz respeito à tipificação de atos de corrupção transnacional. Este fenômeno também é evidenciado pela expansão legislativa promovida por iniciativas proativas de entidades internacionais, resultando em um aumento de processos que ocorrem simultaneamente em diferentes jurisdições, levantando questões sobre o conflito de jurisdição entre os países.

O fato é que o alargamento de aplicação de sanções por distintas jurisdições, caso não seja coordenado entre os Estados, pode resultar em uma eficácia reduzida no combate à corrupção devido à sobreposição de esforços e recursos, atraso na investigação de condutas, risco de decisões conflitantes, violação dos direitos dos implicados e, notadamente, risco de impunidade.

Nesse contexto, a Convenção da OCDE para o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em seu Artigo 4º, Parágrafo 3º, estabelece mecanismos para a cooperação entre Estados na determinação da jurisdição mais adequada. O tema da tese está centrado, pois, na atuação da Organização Internacional, qualificada como Autoridade Pública Transnacional com poder vinculante sobre os Estados no sentido de considerar o dispositivo como uma verdadeira proibição ao *bis in idem* transnacional.

A justificativa do tema se explicita na medida que as interações sociais ultrapassam fronteiras geográficas, permitindo que se observe a criminalidade sob uma ótica transnacional, especialmente no contexto de ilícitos relacionados à corrupção. Esses ilícitos tendem a ultrapassar fronteiras nacionais devido ao aumento

das atividades de empresas multinacionais em diferentes países. Portanto, a questão da multiplicidade de instâncias punitivas eleva o princípio do *ne bis in idem* a uma posição de protagonista, exigindo-se um exame detalhado de sua abrangência e impacto frente à diversidade de ações punitivas, consideradas no contexto do *jus puniendi* de diferentes sistemas jurídicos em um ambiente transnacional.

A partir destas considerações é que a presente tese foi desenvolvida, inserida na Linha de Pesquisa Principiologia Constitucional, Política do Direito e Inteligência Artificial e no projeto de pesquisa Governança, Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade. A tese é em Dupla Titulação com a Università Degli Studi di Perugia, vinculada com o Programa de Pesquisa Internacional conjunto PPCJ/UNIVALI e Faculdade de Jurisprudência da UNIPG.

O objetivo geral foi reconhecer a aplicação e os limites do *ne bis in idem* frente às jurisdições concorrentes no combate à corrupção transnacional, propondo critérios para determinar a jurisdição mais apropriada. A partir desse objetivo, assume-se a relevância prática proporcionada pela pesquisa ao identificar aplicabilidade do *ne bis in idem* em uma dimensão transnacional, especialmente considerando a Convenção Anticorrupção da OCDE, e a sua relevância intelectual, oferecendo fundamentação teórica para eleger critérios para definição da jurisdição mais adequada para uma persecução estatal única.

Para esse desiderato geral, foram definidos como objetivos específicos: analisar a OCDE enquanto Autoridade Pública Transnacional, verificando o seu nível de vinculação normativa perante os Estados nacionais; (re)situar a perspectiva da corrupção para além da sua percepção jurídica, realizando uma aproximação conceitual do fenômeno da corrupção transnacional a partir de uma abordagem multidisciplinar através dos contibutos da comparação jurídica, buscando a identificação de um “mínimo comum corrupto”; estudar a capacidade de múltipla persecução e sancionamento em razão dos mesmos atos corruptivos – tanto na esfera penal, quanto no direito administrativo sancionador, identificando, assim, o alcance transversal e transnacional do princípio do *ne bis in idem*; sustentar que o Artigo 4º, Parágrafo 3º, da Convenção exerce normatividade sobre os Estados nacionais no que se relaciona à vedação ao *bis in idem* em perspectiva transnacional, construindo

indicativos que permitam estabelecer um padrão de fixação da jurisdição mais apropriada a ser seguido imperativamente pelos países signatários.

Considerando a realidade global de atividades ilícitas, com atos corruptivos que se espalham por diversos territórios e considerando a concorrência entre diversas jurisdições capazes de impor múltiplas sanções, emerge a questão de quantas vezes e em quantos locais distintos os envolvidos podem ser sujeitos a perseguição punitiva por um único ato. O combate à corrupção evoluiu para além de uma mera infração legal, tornando-se uma questão de interesse amplo e disperso, transcendendo a esfera doméstica.

A originalidade desta tese reside, assim, na proposta de compreender a corrupção transnacional além de sua classificação como infração penal. Este entendimento ultrapassa o âmbito local e nacional, atingindo um contexto mais amplo, pois é nesse nível que a corrupção causa os maiores danos institucionais. A gestão e resolução global do problema da corrupção tornam-se essenciais para uma contribuição significativa ao pensamento jurídico, à medida que a globalização foi identificada como uma das forças por trás das violações sistemáticas de direitos, exigindo uma análise que vá além das estruturas burocráticas e nacionalistas do Estado.

A interação entre os sistemas jurídicos nacionais ilumina a importância do direito transnacional na construção de novas formas de interação que contribuem decisivamente para um pensamento jurídico mais abrangente. Assim, a tese se propôs como um trabalho único no cenário acadêmico nacional ao refletir sobre o alcance transnacional do princípio da vedação ao *bis in idem*, baseando-se no artigo 4.3 da Convenção da OCDE e propondo critérios para identificar a jurisdição mais adequada para ação sancionatória, em busca de uma unidade procedimental.

A pesquisa apresentada, portanto, é inédita e original, preenchendo uma lacuna na pesquisa acadêmica nacional sobre o reconhecimento e alcance do *ne bis in idem* em uma perspectiva transnacional, identificando-o como um princípio que vai além do direito penal, alcançando também o direito administrativo sancionador, e analisando seus impactos sob a normatividade da OCDE. A tese manteve, todavia,

abertas as questões que explorou, servindo como um contributo necessário para aprofundar o entendimento dos fenômenos estudados.

O problema de pesquisa enfrentou a seguinte questão: como é possível conceber uma unidade procedimental, através de instrumentos de cooperação jurídica, para definição de critérios de escolha da jurisdição mais apropriada para persecução sancionatória da corrupção? Diante de tal problema, propuseram-se as seguintes hipóteses: a) considerando a perspectiva do direito administrativo global, é possível conceber a Organização para Cooperação de Desenvolvimento dos Estados – OCDE enquanto autoridade pública transnacional, para compreensão da sua capacidade de determinar ou influenciar Estados nacionais, alterando seus valores e, portanto, suas concepções jurídicas; b) através da abordagem multidisciplinar oferecida pela comparação jurídica, a corrupção pode ser compreendida como um fenômeno transnacional a partir de uma aproximação conceitual de mínimo comum corrupto; c) a capacidade de múltipla persecução sancionatória dos diferentes Estados nacionais em razão de atos corruptivos transnacionais torna possível a identificação do alcance transnacional do princípio da vedação ao *bis in idem*; d) admitindo-se o alcance transnacional do princípio do *ne bis in idem*, a partir da premissa de instrumentos de cooperação jurídica entre Estados, é possível definir critérios para definição da jurisdição apropriada, estabelecendo-se uma unidade procedimental para persecução de atos corruptivos.

A fim de investigar tais questões e confirmar as hipóteses vislumbradas a pesquisa se desenvolveu a partir dos elementos e conclusões que passam a ser expostos[800].

O trabalho foi estruturado em quatro capítulos para assegurar clareza e sistematização na elaboração e no entendimento do material estudado. Contudo, é importante ressaltar que a metodologia empregada reflete escolhas pessoais do autor, devidamente fundamentadas, reconhecendo a responsabilidade que tais escolhas implicam, sem, no entanto, ignorar outras perspectivas existentes.

[800] A síntese das conclusões da investigação não repete a integralidade das referências que foram empregadas em sua construção, as quais se encontram no texto completo dentro dos respectivos capítulos.

O capítulo inaugural teve por objetivo traçar uma análise da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE enquanto Autoridade Pública Transnacional, verificando o seu nível de vinculação normativa perante os Estados nacionais. A estruturação do capítulo foi dividida em quatro segmentos distintos. O primeiro focou na exploração do Direito Global entendido como um fenômeno de transnacionalidade, através do qual se identificou a existência tanto de um Direito Administrativo Global quanto de Autoridades Públicas Transnacionais. O segundo se dedicou à elucidação das Autoridades Públicas Transnacionais a partir das suas principais definições, relacionando-a com a natureza da OCDE. A terceira seção do capítulo discutiu a existência e o papel das jurisdições transnacionais envolvidas no combate à corrupção, fundamentando essa discussão através da Convenção Anticorrupção da Organização Internacional. E o quarto e último segmento do capítulo focou no papel central da OCDE no enfrentamento da corrupção praticada em âmbito transnacional, detalhando as suas funções primordiais e a sua posição enquanto Autoridade Pública Transnacional.

O segundo capítulo expôs os resultados da análise detalhada da Convenção Anticorrupção, (re)significando a corrupção como um fenômeno transnacional através das contribuições do Direito Global. A seção foi igualmente subdivida em quatro subcapítulos. O primeiro identificou na comparação jurídica as nuances necessárias para identificação da corrupção enquanto conceito multidisciplinar. O segundo reconheceu a insuficiência da perspectiva jurídica para delimitar um conceito de corrupção, admitindo-se a contribuição de outras ciências nesse desiderato. A terceira parte abordou o contexto de surgimento da Convenção da OCDE e as suas contribuições para instituição de uma política global de enfretamento a corrupção transnacional. E, o último se propôs a determinar um conceito de mínimo comum corrupto a partir da análise da tipicidade dos atos de corrupção previstos no documento convencional.

A primeira parte da tese, que compreendeu o primeiro e segundo capítulos, concluiu, a partir dos argumentos apresentados, que a corrupção pode ser compreendida como uma questão transnacional. Essa conclusão foi realizada através das interfaces do Direito Global, levando-se em consideração os conceitos de Autoridade Pública Transnacional adotados pela tese, bem como a compreensão acerca da existência de ordens jurídicas transnacionais que se dedicam ao combate

à corrupção, aplicando-se a esse entendimento a Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

A segunda parte da tese doutoral, que englobou o terceiro e o quarto capítulos, expôs como questão principal o contexto da pluralidade de jurisdições e a eventual incidência do princípio do *ne bis in idem* na perspectiva transnacional. Com efeito, os mecanismos de cooperação jurídica internacional entre os Estados foram reconhecidos como um dos caminhos que se compreendem possíveis para solucionar o acúmulo de múltiplas jurisdições incidindo sobre um mesmo fato corrupto que transpasse as fronteiras domésticas, tanto é assim verdade que justificam o estabelecimento de critério para escolha da jurisdição mais apropriada para processamento e repressão dos ilícitos.

Nesse sentido, no Capítulo 3 foi estudada a capacidade de múltipla persecução e sancionamento decorrentes dos mesmos atos de corrupção, tanto na esfera penal quanto no âmbito do direito administrativo sancionador, explorando, portanto, a aplicabilidade extensiva do princípio do *ne bis in idem*. Com o intuito de manter um padrão de organização sistemática, foi divido em quatro segmentos diferentes. Iniciou-se examinando o *bis in idem* do ponto de vista das capacidades potestativas do Estado, especialmente nas formas penal e administrativa, observando a sobreposição de sanções nas diversas esferas. Na sequência, investigou-se o princípio sob a ótica do direito internacional e do sistema jurídico comunitário europeu. As duas últimas seções analisaram as interpretações do *ne bis in idem* nos contextos jurídicos interno italiano e brasileiro, beneficiando-se extensivamente de material bibliográfico obtido durante o período de pesquisa na Università degli Studi di Perugia.

O quarto capítulo versou sobre o Artigo 4º, Parágrafo 3º da Convenção da OCDE, sustentando a sua normatividade sobre os Estados nacionais no que diz respeito à vedação ao *bis in idem* em uma perspectiva reconhecidamente transnacional. Assim, construiu indicativos que permitem o estabelecimento de um padrão de fixação da jurisdição mais apropriada a ser seguido pelos países signatários, baseando-se na concepção de critérios adequados à realidade da corrupção permeada em ambientes transnacionais. As conclusões estão dispostas em quatro perspectivas. Primeiramente, através da exploração das especificidades na

implementação do dispositivo anunciado, levando em conta especialmente as questões que tratam da relativização dos ideais de soberania, território, autoridade e jurisdição. Em segundo lugar, foi feita uma avaliação das fontes de proteção transnacional do *ne bis in idem*, explorando sua extensão conforme estabelecido pelas autoridades jurisdicionais dos Estados-Membros da União Europeia e examinando os desafios para o seu reconhecimento frente à teoria da “dupla soberania” que toma espaço essencialmente no direito norte-americano. A pesquisa prosseguiu na avaliação da efetividade do princípio em atingir o seu objetivo declarado, enfatizando a importância da cooperação jurídica internacional por meio da análise de casos de justiça penal negociada e do exame da decisão-quatro 2009/948 da União Europeia, instrumento identificado como um dos mais apropriados para melhoria da repressão à corrupção transnacional, culminando na constatação de que uma abordagem unificada de fato promove maior consistência nos processos de persecução. E, por fim, apresentaram-se as conclusões acerca das premissas a serem consideradas para a definição de uma única jurisdição, definindo os critérios apropriados para a escolha da jurisdição mais adequada e contribuindo para o entendimento das implicações teóricas, práticas e normativas da disposição do Artigo 4º, Parágrafo 3º, da Convenção da OCDE no âmbito do combate à corrupção transnacional.

As derradeiras conclusões residem na premissa de que a potestade normativa das Autoridades Públicas Transnacionais, tais como a OCDE e os documentos por ela produzidos, especificamente na compreensão da tese a sua Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, devem ser reconhecidas.

Confirma-se também em sede de conclusão definitiva que a violação ao princípio do *ne bis in idem* possui uma dimensão transversal entre as sanções penais e administrativas e, além disso, é dotado de um viés transnacional, impondo-se, pois, a obrigatoriedade de solução consensual entre os Estados que se encontrarem em conflito jurisdicional para o processamento de atos de corrupção transfronteiriços para o fim de que escolham uma única jurisdição mais adequada para a persecução do fato ilícito, concluindo-se pela imperatividade da unidade processual. Com isso, justificam-se os critérios apresentados fixação da jurisdição mais adequada para o processamento das condutas corruptivas transnacionais.

A ideia de unidade processual na administração de casos jurídicos, especialmente aqueles que envolvem múltiplas jurisdições, tais como as situações de corrupção transnacional, é capaz de proporcionar melhorias significativas no funcionamento da Administração Pública, facilitar o diálogo entre cortes judiciais de diferentes jurisdições e exigir uma atenção particular na atividade legislativa dos Estados.

Sobre o funcionamento da Administração Pública, a contribuição se dá no sentido de torná-la mais eficiente a partir da redução de redundâncias, centralizando a ação punitiva em uma única jurisdição escolhida com base em critérios claros e objetivos. Isso não apenas economiza recursos significativos, mas fortalece o Estado de Direito ao proporcionar uma aplicação mais uniforme das leis, independentemente do território onde o caso se desenvolve. A padronização dos processos e a clareza de critérios para escolha da jurisdição aumentam também a transparência, a percepção de justiça e reforçam a confiança da sociedade na Administração Pública.

A respeito da facilitação do diálogo entre as cortes, a unidade processual gera consistência jurisprudencial, com tribunais adotando abordagens unificadas em casos de corrupção transfronteiriça, criando-se ambiente para formação de um corpo de decisões coeso, o que facilita a comunicabilidade judicial em questões legais que alcançam diferentes Estados.

Em relação a atividade legiferante, exige-se que os legisladores tenham um papel ativo na criação e revisão de leis que definam como os casos devem ser atribuídos a uma determinada jurisdição em detrimento de outra. Esse trabalho impõe um critério de harmonização entre as leis nacionais e as normativas internacionais, como as estabelecidas pela OCDE, para garantir que as práticas judiciais domésticas não contrariem os esforços globais de combate à corrupção.

Em síntese, a implementação da unidade processual em casos de corrupção transnacional não apenas melhora o funcionamento da Administração Pública, mas também facilita um diálogo judicial mais consistente e eficaz entre diferentes jurisdições, além de demandar uma atuação legislativa atenta e adaptativa para enfrentar os desafios contemporâneos da corrupção global. Estas conclusões

sugerem uma nova abordagem em como os casos de corrupção transnacional devem ser tratados, promovendo uma colaboração mais estreita entre países e reforçando a aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem* em um contexto global.

SINTESE DELLA TESI IN ITALIANO

INTRODUZIONE

La tesi è inserita nella Linea di Ricerca Principiologia Costituzionale, Politica del Diritto e Intelligenza Artificiale e nel progetto di ricerca Governance, Costituzionalismo, Transnazionalità e Sostenibilità. La tesi è in Doppia Titolazione con l'Università degli Studi di Perugia, collegata con il Programma di Ricerca Internazionale congiunto PPCJ/UNIVALI e la Facoltà di Giurisprudenza dell'UNIPG.

Il tema della tesi dottorale riguarda l'azione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico - OCSE, in quanto Autorità Pubblica Transnazionale capace di vincolare gli Stati riguardo alla possibilità di interpretare l'articolo 4.3 della sua Convenzione Anticorruzione di Funzionari Stranieri come una clausola di proibizione del *ne bis in idem* transnazionale, nella misura in cui prevede che "Quando più di una Parte ha giurisdizione su un presunto reato descritto nella presente Convenzione, le Parti coinvolte dovranno, su richiesta di una di esse, deliberare sulla determinazione della giurisdizione più appropriata per l'avvio del procedimento". Da ciò, alla luce del concetto di un'unità processuale, l'indagine si delimita nell'identificazione di criteri per la scelta della giurisdizione più appropriata per la persecuzione punitiva.

Nella misura in cui le interazioni sociali diventano sempre più desterritorializzate, è altrettanto possibile percepire il fenomeno della criminalità da un punto di vista transnazionale, specialmente nell'ambito dei illecito di corruzione, che tendono ad estendersi oltre i confini nazionali a causa delle relazioni che si intensificano nell'ambito delle imprese multinazionali.

Il processo intensificato di globalizzazione vissuto nell'ambiente contemporaneo riflette un'inevitabile velocità di interconnessione, specialmente tra le relazioni umane e i mezzi di comunicazione. Questa constatazione si rispecchia altresì nei legami tra gli agenti del mercato finanziario, del commercio, della salute, delle migrazioni, tra gli altri. Così, la regolamentazione delle varie tematiche sottoposte alla quotidianità può risultare inefficace se concepita solo in ambito nazionale.

In questo panorama, emergono dal diritto amministrativo globale nuove autorità pubbliche inserite in veri e propri ordinamenti giuridici transnazionali, che acquisiscono capacità di determinazione e influenza sugli Stati nazionali con cui interagiscono, generando normatività in grado di modificare i loro valori e, quindi, le loro concezioni giuridiche.

Il protagonismo delle Organizzazioni Internazionali in questo contesto evidenzia la necessità di risolvere problemi che trascendono le frontiere tra i paesi. Infatti, tra le preoccupazioni all'ordine del giorno, si inserisce la lotta alla corruzione a livello transnazionale. La internazionalizzazione dei comportamenti considerati illeciti e, di conseguenza, la loro repressione, portano con sé la proliferazione di procedure parallele nel contesto della persecuzione di uno stesso fatto o, almeno, di fatti connessi che superano i limiti territoriali degli Stati nazionali.

Si tratta di un effetto collaterale che il fenomeno della transnazionalità criminosa è in grado di causare, nella misura in cui tali procedure possono sollevare questioni ancora irrisolte, in particolare in relazione all'incidenza e alla portata del principio del ne bis in idem in una prospettiva transnazionale.

Ciò si verifica a partire dalla Convenzione sulla Lotta contro la Corruzione di Agenti Pubblici Stranieri nelle Transazioni Commerciali Internazionali dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico - OCSE, che prevede nell'Articolo 4.3 meccanismi di cooperazione tra gli Stati per la definizione di una singola giurisdizione più appropriata per la persecuzione di illeciti corruttivi transnazionali, ammettendo, quindi, un'affezione all'idea di unità procedurale nella repressione delle pratiche corruttive transnazionali.

Così, l'azione dell'OCSE come autorità pubblica transnazionale avrebbe la capacità di vincolare gli Stati in relazione alla possibilità di interpretare l'Articolo 4.3 della Convenzione come una clausola di proibizione del *bis in idem* transnazionale. Questa normatività renderebbe imperiosa la necessità di riconoscimento di un'unità processuale in relazione alla persecuzione della corruzione, emergendo da ciò la necessità di implementazione di strumenti di cooperazione giuridica tra gli Stati per l'identificazione di criteri per lo stabilimento di ciò che si intende comprendere come la giurisdizione più appropriata.

La realizzazione della ricerca presenta una rilevanza pratica in quanto mira a identificare la possibilità di riconoscimento dell'incidenza del *ne bis in idem* in una prospettiva transnazionale, specialmente alla luce della Convenzione sulla Lotta contro la Corruzione di Funzionari Pubblici Stranieri nelle Transazioni Commerciali Internazionali dell'OCSE. È anche rilevante sotto l'aspetto intellettuale, poiché lo studio fornirà una base teorica consistente per contribuire ai criteri di scelta della giurisdizione più appropriata per un'unica persecuzione statale, a partire dal precetto previsto nell'articolo 4.3 della Convenzione.

Considerando la realità globale delle attività illecite, con atti di corruzione che si diffondono in diversi territori nazionali e tenendo conto della concorrenza di diverse giurisdizioni, capaci di applicare molteplici persecuzioni sanzionatorie, la questione da comprendere è quante volte e in quanti luoghi diversi gli implicati possono essere sottoposti a persecuzione punitiva in ragione di un unico fatto. Il combattimento alla corruzione si è trasformato in una nuova pretesa legale, cessando di essere solo un tipo penale o norma incriminatrice, non presentandosi più come un problema domestico, ma diventando una richiesta ampia e diffusa.

L'ineditismo e l'originalità che caratterizzano il presente lavoro come una tesi risiedono nel fatto che, sebbene vi sia una discussione sulle basi di categorie fondamentali da presentare, come il combattimento alla corruzione in quanto fenomeno derivante dalla criminalità transnazionale e la molteplicità sanzionatoria che ne deriva, tutte sono state trattate con un approccio che, primo, va oltre la comprensione penale della corruzione, percependola anche come illecito amministrativo sottoposto al diritto amministrativo sanzionatore; secondo, riconoscendo la portata del *ne bis in idem* nella prospettiva transnazionale e, terzo, cercando di stabilire un'unità procedimentale a partire dall'identificazione di criteri per l'elezione di una singola giurisdizione appropriata tra gli Stati.

L'innovazione della tesi, sotto questo aspetto, risiede nella proposta di comprendere la corruzione transnazionale al di là della sua classificazione come mero tipo penale. Questa comprensione, peraltro, deve superare il livello locale e frontaliere, raggiungendo spazi che trascendono questi limiti territorializzati, poiché è in questo modo che la corruzione produce i suoi maggiori danni istituzionali.

È per questo che l'aspirazione a gestire e risolvere globalmente il problema della corruzione è più di una semplice opzione tra molte, rivelando essere essenziale per un contributo originale al pensiero giuridico. Infatti, nel momento in cui la globalizzazione è stata caratterizzata come una delle forze di sistematiche violazioni dei diritti, diventa indispensabile analizzarla mediante strumenti che rivendicano e affermano il diritto al di là delle strutture burocratiche dello Stato, superando gli argomenti nazionalistici e legalistici.

L'obiettivo istituzionale della presente tesi è l'ottenimento del titolo di Dottore in Scienze Giuridiche attraverso il Corso di Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Univali in regime di doppia titolazione con l'Università degli Studi di Perugia, nell'ambito del Programma di Ricerca Internazionale congiunto PPCJ/UNIVALI e Facoltà di Giurisprudenza dell'UNIPG. L'obiettivo scientifico è la difesa dell'incidenza e dei limiti di applicazione del principio della proibizione del bis in idem rispetto alle giurisdizioni concorrenti degli Stati nazionali nel combattere e reprimere la corruzione transnazionale, proponendo criteri per la definizione della giurisdizione appropriata, in conformità con l'idea di unità processuale.

L'obiettivo generale esposto sopra ha scatenato la comparsa dei seguenti obiettivi specifici riferiti a ciascun capitolo per raggiungere le mete desiderate: primo capitolo: analizzare l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico – OCSE come Autorità Pubblica Transnazionale, verificando il suo livello di vincolo normativo nei confronti degli Stati nazionali; secondo capitolo: situare la prospettiva della corruzione oltre la sua percezione giuridica, realizzando un avvicinamento concettuale del fenomeno della corruzione transnazionale a partire da un approccio multidisciplinare attraverso i contributi della comparazione giuridica, cercando l'identificazione di ciò che si intenderà denominare minimo comune corrotto; terzo capitolo: studiare la capacità di molteplice persecuzione e sanzionamento a causa degli stessi atti corruttivi transfrontalieri – sia nella sfera penale che nel diritto punitivo amministrativo, identificando così la portata trasversale e transnazionale del principio del *ne bis in idem*; quarto capitolo: sostenere che l'articolo 4.3 della Convenzione sulla Lotta Contro la Corruzione di Agenti Pubblici Stranieri nelle Transazioni Commerciali Internazionali dell'OCSE esercita normatività sugli Stati nazionali per quanto riguarda la proibizione del *bis in idem* in prospettiva transnazionale, costruendo indicazioni che permettano di stabilire uno standard di

fissazione della giurisdizione più appropriata da seguire imperativamente dai paesi firmatari.

Per la ricerca è stato presentato il seguente problema: come è possibile concepire un'unità procedurale, attraverso strumenti di cooperazione giuridica, per la definizione di criteri di scelta della giurisdizione appropriata per la persecuzione sanzionatoria della corruzione?

Di fronte al problema presentato, sono state formulate le seguenti ipotesi:

a) considerando la prospettiva del diritto amministrativo globale, è possibile concepire l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo degli Stati – OCSE come autorità pubblica transnazionale, per comprendere la sua capacità di determinare o influenzare gli Stati nazionali, modificando i loro valori e, quindi, le loro concezioni giuridiche;

b) attraverso l'approccio multidisciplinare offerto dal comparazione giuridica, la corruzione può essere compresa come un fenomeno transnazionale a partire da un avvicinamento concettuale di minimo comune corrotto;

c) la capacità di molteplice persecuzione sanzionatoria degli diversi Stati nazionali a causa di atti corruttivi transnazionali rende possibile l'identificazione della portata transnazionale del principio della proibizione del *bis in idem*.

d) ammettendo il raggiungimento transnazionale del principio del *ne bis in idem*, a partire dalla premessa di strumenti di cooperazione giuridica tra Stati, è possibile definire criteri per la determinazione della giurisdizione appropriata, stabilendo un'unità procedurale per la persecuzione di atti corruttivi.

I risultati del lavoro di esame delle ipotesi sono esposti nella presente Tesi, in forma sintetizzata, come segue.

La prima parte della tesi, che comprende i primi due capitoli, mira quindi alla presentazione di argomentazioni che giustificano il riconoscimento della corruzione come un problema transnazionale, da affrontare a partire dalle interfacce del Diritto Globale, tenendo in considerazione i postulati di Autorità Pubblica Transnazionale e degli Ordini Giuridici Transnazionali di lotta alla corruzione, con un

focus speciale sulla Convenzione di lotta alla corruzione di autorità straniere dell'OCSE.

Poiché la transnazionalità degli illeciti corruttivi determina la concorrenza di diverse giurisdizioni, indipendentemente dalle caratteristiche specifiche di ciascuna realtà domestica, il vantaggio di concepire questa dinamica attraverso il diritto transnazionale risiede nell'idea di armonizzazione tra i sistemi, attraverso la creazione di modelli di cooperazione.

Così, la seconda parte della tesi dottorale, che da qui si presume propositiva, comprendendo il terzo e il quarto capitolo, propone, a partire dalla cooperazione giuridica internazionale tra gli Stati, le vie possibili per la soluzione dell'accumulo di molteplici giurisdizioni che raggiungono uno stesso atto di corruzione transnazionale.

En la conclusione vengono presentati gli aspetti salienti della Tesi e si considerano provate le ipotesi sollevate all'inizio, senza pregiudicare il riconoscimento della necessità di continuità degli studi e delle riflessioni sui criteri di giustificazione per la scelta della giurisdizione più appropriata ora proposta nei casi di potenziale molteplicità sanzionatoria della corruzione transnazionale.

Per quanto riguarda la Metodologia impiegata, si registra che, nella Fase di Indagine[801] è stato utilizzato il Metoto Induttivo[802], nella Fase di Trattamento dei Dati il procedimento Cartesiano[803], e il Rapporto dei Risultati espresso nella presente Tesi è composto sulla base logica indutiva. Nelle diverse fasi della Ricerca, sono state

[801] "(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido (...)." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática*.* 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

[802] "(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)". PASOLD, Cesar Luiz**. Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática*.* p. 114.

[803] Riguardo alle quattro regole del Metodo Cartesiano (evidenza, dividere, ordinare e valutare) vedi LEITE, Eduardo de oliveira*.* **A monografia jurídica***.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

attivate le Tecniche del Referente[804], della Categoria[805], del Concetto Operativo[806] e della Ricerca Bibliografica[807].

Per quanto riguarda gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile - SDG, adottati durante il Vertice delle Nazioni Unite sullo Sviluppo Sostenibile, la tesi si inquadra nell'obiettivo numero 16, riguardante la pace, la giustizia e le istituzioni solide. Specificamente nel numero 16.5: "ridurre sostanzialmente la corruzione e la tangente in tutte le loro forme".

CAPITOLO 1: GLI ORDINAMENTI GIURIDICI TRANSNAZIONALI E IL RUOLO DELL'OCSE COME AUTORITÀ PUBBLICA TRANSNAZIONALE

Il primo capitolo della presente Tesi mira a presentare uno studio sulla Convenzione contro la corruzione di pubblici ufficiali stranieri dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico - OCSE.

La proposta suddivide il capitolo in quattro parti distinte che cercano l'evoluzione del ragionamento, completandosi tra loro allo scopo di raggiungere l'obiettivo finale consistente nella possibilità di concepire l'OCSE come Autorità Pubblica Transnazionale[808], constatando la sua capacità di determinare gli Stati nazionali attraverso la modifica dei loro valori e, quindi, delle loro concezioni giuridiche.

---

[804] "(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 69.

[805] "(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 41.

[806] "(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos (...)". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 58.

[807] "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 217.

[808] La transnazionalità si configura come fenomeno riflessivo che si propone di stabilire limiti agli aspetti egemonici della globalizzazione, proponendo l'emergere di un nuovo ordine politico e giuridico mondiale, più giusto e umanitario, basato sul principio della sostenibilità che promuove la cooperazione, la solidarietà e la fraternità tra i popoli, e che presenta come caratteristiche salienti la deterritorializzazione delle relazioni politico-sociali, alimentata da un sistema economico capitalista altamente valorizzato, che collega l'ordinamento giuridico mondiale al di fuori delle sovranità degli Stati. STELZER, Joana. O fenômeno da Transnacionalização da dimensão jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade.** 1 ed., 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

La prima parte dovrà iniziare dall'approfondimento del Diritto Globale, concepito come fenomeno della transnazionalità, identificando quindi, attraverso le sue interfacce, l'esistenza di un Diritto Amministrativo Globale e di Autorità Pubbliche Transnazionali. La seconda parte servirà soprattutto a far luce sulle Autorità Pubbliche Transnazionali, discutendo le principali idee che le caratterizzano e identificando l'OCSE come tale.

Successivamente, la terza parte del capitolo si proporrà di affrontare la prospettiva degli ordinamenti giuridici transnazionali nella lotta alla corruzione, giustificandoli attraverso il ruolo dell'OCSE nella lotta alla corruzione.

Questa suddivisione proposta fornirà una giustificazione all'affrontare dell'obiettivo generale della tesi dal punto di vista globalizzato della corruzione, giustificando il fondamento del primo capitolo alla luce del Diritto Globale, poiché si intende investigare le possibilità di influenza sulla libertà e sull'autodeterminazione degli ambienti domestici degli Stati, formulando conclusioni sul carattere vincolante o meno dei documenti sulla corruzione redatti dall'Organizzazione Internazionale.

La transnazionalizzazione del diritto è un fenomeno che ha cominciato a meritare particolare attenzione soprattutto dopo la Seconda Guerra Mondiale, data il rafforzamento delle organizzazioni internazionali, soprattutto per evitare la ripresa di conflitti bellici di dimensioni simili. La profusione normativa derivante da questo contesto dà origine a norme di carattere transnazionale, con l'espressione utilizzata per la prima volta nell'opera classica di Philip Jessup[809], che la definì come quelle che regolano azioni e/o eventi che trascendono le frontiere nazionali, riguardando sia il diritto internazionale pubblico che quello privato.

Oltre alle preoccupazioni derivanti dai conflitti bellici, l'interdipendenza economica ha trasformato una vasta gamma di problemi che un tempo erano domestici in situazioni di portata mondiale. Le interazioni e i mercati si sono globalizzati, facendo sì che la regolamentazione - e il diritto - dovessero adattarsi a questa nuova realtà. Inoltre, le nuove tecnologie delle comunicazioni, dei trasporti e

[809] JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional.** Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965, p. 12.

dei media hanno aumentato la circolazione di ideali comuni a vari Stati, portando i paesi a essere analizzati dal punto di vista della necessità di coesistenza[810].

Le classiche concezioni di diritto internazionale, in questo contesto, focalizzate sullo studio dell'arbitrato e della composizione dei conflitti tra gli Stati, concepiti a partire dal modello vigente dalla Pace di Vestfalia[811], sono diventate insufficienti per comprendere i fenomeni relativi all'influenza che i valori comuni esercitano sul diritto locale[812].

La regolamentazione degli spazi fisici e virtuali di circolazione di modelli, istituzioni, persone e capitali diventa, in questa nuova realtà, la forza trainante del diritto, che non si limita più ai poteri domestici assoluti[813]. La normativa relativa ad eventi come le crisi economiche, ambientali, sanitarie, umanitarie ed energetiche inizia ad essere identificata e trattata a partire da flussi diversi da quelli provenienti dagli Stati[814].

Da questo panorama di declino dello Stato nazionale e dell'ascesa di un paradigma globale del diritto, emerge un concetto di Diritto Globale compreso dalla pretesa di regolamentare le relazioni derivanti dai flussi di globalizzazione[815]. Il Diritto Globale si basa quindi sulla possibilità che esista una legge che non sia centrata sui sistemi giuridici nazionali e che non sia condizionata solo dall'armonizzazione dei

---

[810] KEOHANE, Robert O; NYE JR, Jospeph S. Power and Interdependence revisited. **International Organization.** Massachusetts: The MIT Press, Vol. 41, n. 4, 1987, p. 727 e ss.

[811] Sulla Pace di Vestfalia, istituzione i cui fondamenti e attribuzioni sono ancora presenti oggi, è possibile osservare che, in generale, il confinamento del fenomeno giuridico al contesto territoriale è il prodotto dello Stato Moderno, anche se è possibile identificare che la pretesa giuridica di sfidare i limiti geografici non è una novità del secolo XXI. STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 10-11.

[812] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.**Cambridge University Press, 2015, p. 7.

[813] TEUBNER, Gunther *et al*. **Transnational Governance and constitucionalism.** Oxford: University Oxford Press, 2004.

[814] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15.

[815] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 16.

sistemi giuridici nazionali[816], contemplando quindi sistemi di dominio pubblico transnazionale e sistemi di autonomia privata praticamente assoluta[817].

Di conseguenza, gli attori responsabili dell'attivazione del processo di transnazionalizzazione del diritto si integrano con coloro responsabili della promozione di norme governative, sviluppando standard normativi di natura transnazionale/globale per successiva introduzione negli ambiti domestici[818]. Come avverte Staffen[819], la dimostrazione di questi fenomeni è legata all'emergere di nuovi organi specializzati con compiti di controllo e regolamentazione, attraverso la creazione di norme tecniche, certificazioni, marchi di qualità, indicatori e classifiche, competendo o sostituendosi nelle funzioni statali.

Nel Diritto Globale, quindi, si identifica la capacità di includere tra i destinatari delle sue prescrizioni normative i soggetti privati, oltre agli Stati e alle loro istituzioni, elevandolo a una condizione globale di esercizio di autorità che supera i limiti del potere statale.

Partendo dal Diritto Globale, emergono altri concetti importanti correlati, come il Diritto Amministrativo Globale e l'Autorità Pubblica Transnazionale. Per Diritto Amministrativo Globale si intende un ramo del diritto in grado di gestire le regolamentazioni transgovernative destinate a rispondere ai problemi che sorgono da un ordine mondiale interconnesso, attraverso il quale l'esercizio dei poteri regolatori degli Stati non può più essere praticato in modo isolato[820].

---

816 Márcio Staffen adverte, tuttavia, che il Diritto Globale non propone la morte dello Stato, ma piuttosto "guarda em seu bojo a condição de incluir como destinatário de suas prescrições normativas não apenas os Estados e suas instituições, mas, na mesma posição, estabelece parâmetros aos particulares, com clara manifestação de sua condição global e de autoridade exercida às margens da autoridade dos Estados". STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 17.

817 SASSEN, Saskia. **Território, autoridade y derechos.** De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 334.

818 KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters.** Faculty Scholarship Series, 2006, paper 1793. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 23 jul. 2023

819 STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, global law and the transnacional corruption combat. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, Jan-Abr., 2018, p. 120.

820 KINGSBURY, Benedict; KRISH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law & Contemporary Problems.** Durham: Duke University Law School, vol. 68, n. 3-4. Outono/2005, p. 15-18. Disponível em:

A partir di tali concettualizzazioni, è stato sistematizzato il dibattito condotto dalle diverse correnti del Diritto Amministrativo Globale, al fine di identificare premesse e conclusioni di diversi autori sul tema, derivanti principalmente dal contesto europeo[821]. In questo contesto, sono state esaminate la Scuola di Viterbo, in Italia, in particolare sulla base della produzione accademica di Sabino Cassese[822], e la Scuola di Max Planck in Germania, attraverso autori come Armin von Bogdandy[823]. Gli studi presso Max Planck dedicano particolare attenzione alle conseguenze della governance globale sul diritto, trattando le tematiche attraverso una prospettiva di Diritto Pubblico centrata sulla figura e sul ruolo dell'Autorità Pubblica esercitata dalle istituzioni internazionali[824].

Da qui l'importanza per la tesi riguardante il trattamento del tema dell'Autorità Pubblica Transnazionale, che può essere compresa, a sua volta, come quella esercitata da una competenza istituita attraverso un atto comune di autorità internazionali, principalmente stati, nella ricerca di un obiettivo comune definito, e che abbiano l'autorità per definire sulla base di un interesse pubblico preponderante[825].

Si deve partire dalla comprensione della riallocazione dei precetti classici dell'autorità pubblica, che non si assimilano più al principio di sovranità imposto sui

---

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>. Acesso em 23 jul. 2023.

821 Non si può ignorare le rilevanti contribuzioni provenienti dalla Scuola della New York University, sulla base della produzione di autori come Benedict Kingsbury e Richard Stuart, che difendono l'idea che il campo del Diritto Amministrativo Globale vada oltre il Diritto Internazionale, raggiungendo le società civili nazionali e i loro attori. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law and contemporary problems**, v. 68, n. 3/4, 2005.

822 Sabino Cassese,per il riconoscimento internazionale che possiede, può essere considerato il principale autore di questa scuola. È giudice emerito della Corte Costituzionale italiana e professore emerito della Scuola Normale Superiore di Pisa. Tra le sue opere celebri, si può citare CASSESE, Sabino. **Lo Spazio giuridico globale.** Roma: Laterza, 2003. CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006. CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo stato.** Torino: Einaudi, 2009. CASSESE, Sabino. **When Legal Orders Collide: The Rule of Courts.** Global Law Press, 2010.

823 BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v. 12, n 4, out. 2014.

824 Anche con i contributi dello stesso Sabino Cassese. CASSESE, Sabino. Is there a global administrative law?. In: **The Exercise of Public Authority by International Institutions.** Heidelberg: Springer, 2010. p. 761-776.

825 BOGDANDY, Armin von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. In: VON BOGDANDY, Armin et al. **The Exercise of Public Authority by International Institutions:** Advancing International Institutional Law. Heildelberg: Springer, 2009. Cap. 1. p. 2-32, p. 13.

territori, ma si sostengono sulla capacità istituzionale di soddisfare localmente, nazionalmente, internazionalmente, sovranazionalmente e globalmente le necessità presentate e quelle emergenti[826]. L'autorità deve, quindi, essere definita in modo più ampio, contemplando l'applicazione dei principi considerati dalla Legge Fondamentale[827] per informare le sue strutture. In altre parole, l'autorità pubblica transnazionale sarà quella che si basa su una competenza che le è stata conferita da un'azione congiunta di attori pubblici al fine di svolgere funzioni pubbliche che sono state definite tali da questi attori; avendo, quindi, la capacità legale di limitare la libertà di altri attori o, almeno, determinare il modo in cui essi usano la loro libertà[828].

Considerando il modo in cui operano le istituzioni transnazionali, la comprensione dell'autorità pubblica va oltre l'adempimento di mere obbligazioni legali. Questo concetto ampio di autorità si basa sulla percezione empirica che, oggigiorno, molti atti di istituzioni sovranazionali e internazionali possono, in ultima analisi, effettivamente ridurre la libertà personale e l'autodeterminazione collettiva allo stesso modo degli atti legalmente vincolanti degli organi statali[829].

L'esercizio di questa forma di autorità deriva dall'istituzione di norme non obbligatorie in cui i vantaggi della conformità superano i costi derivanti dal loro mancato rispetto[830], ciò che si osserva, nell'oggetto di proposta del primo capitolo della tesi, a partire dal tema della lotta alla corruzione.

Vi è, infatti, una diagnosi che l'attuale stadio della lotta alla corruzione, specificamente attraverso meccanismi transnazionali collegati al Diritto Globale, è capace di stabilire nuovi standard di obbedienza, modificando il modo di

---

826 STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. Ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 54-55.

827 Riguardo all'idea di Legge Fondamentale, si tratta della traduzione libera di 'Grundgesetz', ovvero la Costituzione della Repubblica Federale di Germania.

828 BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 989.

829 BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 988.

830 BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v. 12, n 4, out. 2014, p. 988.

funzionamento delle istituzioni costituzionali tramite pressioni nazionali e transnazionali di entità pubbliche e, altresì, attraverso l'azione di nuovi attori[831].

Per raggiungere questo obiettivo, la tesi discute l'emergere di nuove autorità di azione globale nelle pretese della lotta transnazionale contro la corruzione. In questo senso, è possibile constatare che il tema della corruzione rappresenta l'obiettivo principale di una serie di attori globali, verificandosi una vera e propria simbiosi tra le sfere pubbliche e gli spazi privati, internamente e/o esternamente ai limiti territoriali degli stati[832]. Pertanto, queste nuove autorità sono rappresentate da istituzioni globali, transnazionali e sovranazionali che si differenziano dalle istituzioni internazionali, specialmente perché la loro attuazione rappresenta l'interazione sociale nelle aree giuridiche dei paesi, non limitandosi al centralismo statale[833].

Proseguendo con gli obiettivi stabiliti, la parte finale del primo capitolo si proporrà di concentrarsi sull'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico – OCSE. In questo contesto, sarà possibile comprenderla come Autorità Pubblica transnazionale che, tra gli altri temi, mantiene un ruolo di primo piano nella lotta contro la corruzione transnazionale, configurandosi come parte di un vero e proprio ordine giuridico transnazionale.

Come già accennato, è controproducente studiare gli ordinamenti giuridici nazionali senza il dovuto confronto con le dinamiche strutture del piano globale. Da ciò deriva l'importanza di comprendere la lotta contro la corruzione non solo dalla prospettiva delle autorità pubbliche transnazionali, come l'OCSE, ma soprattutto attraverso la comprensione che la loro produzione normativa – e in questo caso la Convenzione contro la corruzione, si manifesta all'interno di vere e proprie ordinanze giuridiche transnazionali.

Si guadagna spazio, quindi, l'analisi delle ordinanze giuridiche transnazionali di lotta contro la corruzione, al fine di determinare la loro capacità di

---

831 STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, global law and the transnacional corruption combat. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, Jan-Abr., 2018, p. 113-114.

832 STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, global law and the transnacional corruption combat. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 121.

833 VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 12, n. 4, out. 2014. p. 990.

vincolare normativamente gli Stati nazionali. A questo punto, si dimostra che tali ordinanze transnazionali, per essere giuridiche, devono presupporre una definizione di Diritto distinta da quella che fa parte del Diritto Internazionale Pubblico, comprendendo una definizione più inclusiva, che possa abbracciare diversi insiemi di norme e regole[834], allineandosi alla proposta del Diritto Globale che si intende esporre, come già dimostrato, nella parte iniziale del primo capitolo.

La dimostrazione che la regolamentazione oltre i confini nazionali attraverso istituzioni globali avviene in modi diversi. Può derivare da ordinanze giuridiche provenienti da organizzazioni formalmente costituite, come l'Organizzazione delle Nazioni Unite – ONU, l'Organizzazione Mondiale del Commercio – OMC e, per il proposito del lavoro, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico – OCDE. Come può, altresì, derivare da istituzioni informali costituite da agenzie governative o anche quelle formate da attori privati, con o senza la partecipazione dei governi[835].

Il fatto è che tre attributi devono essere presenti affinché un'ordinanza giuridica transnazionale possa essere riconosciuta come tale. In questo senso, Terence C. Halliday e Gregory Schaffer[836] spiegano che il primo si riferisce al fatto che le sue norme devono essere prodotte da organizzazioni o reti che trascendono gli Stati-Nazione. Il secondo riguarda l'idea che le ordinanze dovrebbero influenzare le istituzioni giuridiche interne di vari paesi nell'adozione, riconoscimento o *enforcement* delle loro norme. E il terzo è che le norme prodotte da questo tipo di ordinanza giuridica devono essere realizzate attraverso una forma riconosciuta di diritto.

---

[834] Sono esempi di questi regimi, come espressione della frammentazione del diritto globale, i diritti dell'ambiente, lex mercatória, lex consstructionis, lex digialis. NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015. p. 104.

[835] In relazione agli ordinamenti provenienti da istituzioni informali costituite da agenzie governative, si assomigliano a reti di cooperazione, e servono da esempi a International Organizatioin of Securities Commissions – IOSCO, a International Organization of Supreme Audit Institutes – INTOSAI. Per quanto riguarda gli ordinamenti formati attraverso attori privati, si menzionano, a titolo esemplificativo, la Camera di Commercio di Parigi – CCI, la Federazione Internazionale di Calcio – FIFA VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 11.

[836] HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015, p. 11-16.

Dal momento in cui si concepisce l'OCSE come autorità pubblica transnazionale, è anche possibile comprendere che la Convenzione contro la corruzione di autorità straniere di questa Organizzazione Internazionale è inserita all'interno del contesto di un'ordinanza giuridica transnazionale anticorruzione[837].

Così, è dalle contribuzioni del Diritto Globale che emerge la necessità di (ri)significare la corruzione, compresa, allo stesso modo, come un fenomeno della transnazionalità e, quindi, i diversi concetti, a partire da diversi approcci, servono a identificare l'idea di un minimo comune corrotto, che impatterà direttamente la portata e la determinazione della Convenzione contro la corruzione dell'OCSE negli Stati nazionali.

CAPITOLO 2: LE CONCEZIONI DELLA CORRUZIONE COME FENOMENO TRANSNAZIONALE

Il secondo capitolo della tesi di dottorato è dedicato allo studio della corruzione specificamente come fenomeno transnazionale. A questo scopo, si realizza un approccio sulla corruzione inserita nel contesto del processo di globalizzazione intensificato nell'ambiente contemporaneo. Considerata l'esistenza di imprese transnazionali che realizzano attività e investimenti diretti esteri, ignorando le frontiere, è praticamente innegabile che lo stesso accadrà con le pratiche corruttive che eventualmente derivano dalle attività imprenditoriali, rendendo imprescindibile pensare al problema della corruzione come questione globale.

La permanenza all'Università degli Studi di Perugia per il periodo di doppia titolazione ha contribuito in modo significativo ad un approfondimento riguardo alla prospettiva della corruzione non solo nella sua percezione giuridica, ma attraverso un approccio interdisciplinare, verificandola come fenomeno altamente complesso, ma

[837] Il Brasile è firmatario di importanti strumenti di lotta contro la corruzione a livello internazionale. Tra i principali ci sono la Convenzione sulla Lotta alla Corruzione di Funzionari Pubblici Stranieri nelle Transazioni Commerciali Internazionali, dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE); la Convenzione Interamericana contro la Corruzione, originaria dell'Organizzazione degli Stati Americani (OEA), e; la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione, altresì conosciuta come Convenzione di Mérida. È tuttavia importante chiarire che, per i limiti della proposta di tesi, il lavoro sarà delimitato a partire dall'analisi della Convenzione dell'OCSE.

utilizzandosi specialmente della comparazione giuridica[838] per realizzare un avvicinamento concettuale del fenomeno corruttivo.

Una volta fissate le premesse della corruzione a partire dai contributi del confronto giuridico, identificandola come concetto multidisciplinare, la seconda parte del capitolo si sofferma in dettaglio sulla Convenzione anticorruzione dell'OCSE, considerando da ciò la possibilità di concepire un concetto di 'minimo comune corrotto' per atti di corruzione in transazioni commerciali internazionali.

La comprensione di qualsiasi fenomeno presuppone la percezione delle sue differenze e somiglianze, costituendosi come operazione fondamentale della conoscenza umana. Non è diverso con le scienze giuridiche, il che giustifica la comparazione giuridica[839].

Sia nel linguaggio comune che in quello scientifico il termine 'comparazione' rappresenta 'cotejo', 'confronto'. Comparare significa, dopo l'analisi del comparandum - ciò che si prende come oggetto di analisi, realizzare 'i confronti con tutte le premesse, le conseguenze, le implicazioni, i problemi e le scelte valoriali che ciò implica'[840]. Questo si relaziona con l'esigenza di studiare i diversi rami del diritto (come ad esempio il penale e l'amministrativo) al di là di una prospettiva nazionale.

---

[838] Não se descartam as contribuições do Direito Comparado para a fundamentação da tese. Contudo, o grande ponto de articulação e sustentação das ideias se dão a partir da comparação jurídica. Non si scartano i contributi del Diritto Comparato per la fondamentazione della tesi. Tuttavia, il grande punto di articolazione e sostegno delle idee avviene a partire dalla comparazione giuridica.

[839] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Anotações sobre o direito comparado. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.** Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 96-111. Nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252571>. Acesso em 6 abr. 2024.

[840] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 5.

Scienza o metodo[841-842], la comparazione giuridica si costituisce e si giustifica a partire da due fenomeni. In primo luogo, il fatto che debba esserci un ampliamento dell'orizzonte storico e scientifico verso altre culture e civiltà, che superino le concezioni geografiche europee. Il secondo risiede nelle trasformazioni globali a partire da un mondo sempre più unificato, in modo che gli aspetti economici, politici, giuridici e culturali della vita superino le barriere frontaliere dei paesi e moltiplichino le relazioni commerciali internazionali[843].

L'attività comparativa, nel campo rappresentativo di qualsiasi scienza, comprende la conoscenza degli oggetti considerati – nel caso delle scienze giuridiche, il diritto straniero. Il problema dietro a ciò risiede nel sapere se lo studio di ciascuno degli oggetti specifici faccia parte anche di una scienza, di un metodo, o di una disciplina denominata 'comparazione' nelle sue varie sfaccettature[844].

Quindi, l'utilizzo della comparazione giuridica per determinare la corruzione è una premessa essenziale per la sua comprensione come fenomeno transnazionale con la capacità sanzionatoria di comportamenti che coinvolgano più di una giurisdizione. Tuttavia, in questo capitolo la tesi non svolge un lavoro basato sul diritto comparato, poiché non mira a una descrizione raffinata della

---

[841] Non si ignorano i problemi definitori riguardo alla comparazione giuridica come scienza o metodo, specialmente quando confrontata con il Diritto Comparato. In questo senso, citando Constantinesco, Lucio Pegoraro spiega che da un lato ci sono autori che negano qualsiasi interesse nella questione, attribuendogli un valore meramente accademico per definire che la comparazione è un metodo. Dall'altro, c'è una posizione che difende che il diritto comparato sarebbe una scienza autonoma del diritto. E, infine, c'è chi comprende che il diritto comparato sia un metodo suscettibile di trasformarsi in una scienza. Secondo Pegoraro, lo stesso Constantinesco giunge alla curiosa conclusione che il diritto comparato è scienza quando studia i grandi sistemi e le loro relazioni, ed è metodo quando fa microcomparazione. PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 14.

[842] Lo stesso Pegoraro definisce che “Certamente, a comparação é um método, se entendido que ‘método’ é um modo de proceder, sistemático e funcional, em uma atividade teórica ou prática, tendente a garantir a consecução de um fim pré-definido, e também é um procedimento racional a seguir na estruturação e na solução dos problemas, ou, em sentido amplo, o proceder com sistematicidade, ordem e rigor na estruturação de uma determinada atividade; mas, com certeza, é ciência, se com a palavra ‘ciência’ entende-se um complexo orgânico e sistemático de conhecimentos, determinado por um princípio rigoroso de verificação de sua validade”. PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 15.

[843] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Anotações sobre o direito comparado. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.** Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 96-111. Nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252571>. Acesso em 6 abr. 2024.

[844] PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021, p. 6.

concettualizzazione della corruzione a partire dalla descrizione delle strutture dei rispettivi tipi sanzionatori (penali e amministrativi) dei diversi sistemi giuridici che si prefigge di analizzare. Al contrario, la concettualizzazione della corruzione risiede nell'identificazione di un 'minimo comune corrotto' tra i sistemi.

In questo senso, l'utilizzo della comparazione giuridica nel contesto comprensivo della corruzione non ambisce alla conoscenza di tutti i tipi sanzionatori di illeciti corruttivi. Può addirittura concentrarsi su alcuni, oltre alla propria analisi del contesto domestico, al punto di comprendere i suoi aspetti profondi. Ma in nessun modo lo fa senza il contributo dell'analisi dei diversi diritti interni, debitamente specializzati e consapevoli delle strutture e del funzionamento di ciascun ordinamento.

La corruzione transnazionale impone quindi la sfida di concepire approcci concettuali del fenomeno attraverso la comparazione giuridica, poiché la transnazionalità degli illeciti determina la concorrenza di diverse giurisdizioni sui casi. È vero che la competenza per il giudizio degli illeciti corruttivi transnazionali spetterà esclusivamente alle autorità giudiziarie nazionali, e non agli organi di giustizia internazionale[845].

Di fronte, quindi, all'idea che esiste una dinamica globale che è inserita nel contesto di una corruzione sistemica, collegandola a un fenomeno di portata transnazionale, indipendentemente dalle peculiarità di ogni realtà sociale e storica, il merito del diritto transnazionale nel trattamento della questione sta nel fatto che cercherà l'armonizzazione tra i sistemi giuridici, creando ponti di dialogo, cooperazione e circolazione di modelli giuridici.

Se è possibile riconoscere la transnazionalità della criminalità, è altrettanto possibile riconoscere l'esistenza di un fenomeno di internazionalizzazione della sua repressione[846], da cui si dedurranno sforzi congiunti dei paesi eventualmente identificati come bersaglio di operazioni corrotte. Effettivamente, il riconosciuto

---

[845] BOISTER, Neil. **An Introduction to Transnational Criminal Law.** Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 30.

[846] AMALFITANO, Chiara. **Conflitti di giurisdizione e riconosciumento delle decisioni penale nell'Unione** Europea. Giuffrè: Milano, 2006, p. 105.

carattere multifunzionale[847] della lotta contro la corruzione esprime il suo valore strategico in diverse aree e spiega il motivo per cui il suo contrasto fa parte degli interessi delle istituzioni sovranazionali[848].

La corruzione è vecchia quanto la civiltà umana, soggetta a continua mutazione e ridefinizione[849]. Si parte, quindi, dalla comprensione che è contemplata come un termine usato in molti modi, per denotare molte cose e le loro conseguenze, generalmente viste in modo negativo, ma comunque ampie[850].

Anche alla luce della comparazione giuridica e ammettendo il contributo di altri rami della scienza per delimitare la portata e il significato della corruzione, il compito non diventa meno oneroso, poiché tale desiderio è stato oggetto di profonde e continue riflessioni, dalle più varie aree, senza che si possa affermare che una risposta definitiva sia emersa. L'unico consenso che si può estrarre in relazione al tema della corruzione è che si tratta di un problema da affrontare.

Nell'ambito della tesi, spetta quindi l'esposizione delle ragioni della difficoltà di una definizione concettuale, riconoscendo, tuttavia, che le caratteristiche multidisciplinari del fenomeno irradiano effetti nella sua stessa delimitazione concettuale, specialmente quando considerata a partire dalle interfacce di un diritto globale, in cui i comportamenti eventualmente considerati corrotti diffondono i loro effetti attraverso diversi ordinamenti giuridici nazionali.

La corruzione come pratica transnazionale può essere evidenziata da scandali come *Tangentopoli*, iniziata in Italia; l'Operazione *Lava Jato*, originaria del Brasile; nella FIFA, con sede in Svizzera; nelle federazioni sportive, legate alla Russia; nel *Dieselgate*, partito dagli Stati Uniti; dai Panama Papers, originati a Panama; e dai

---

847 DAVIGO, Piercamillo; MANNOZZI, Grazia. **La corruzione in Italia.** Percezione socliale e controlo penale. Laterza, Roma-Bari, 2007.

848 PATALANO, Vincenzo. Profili problematici dela corruzione Internazionale. In: AA. VV., **Nuove strategie per la lotta al crimine organizatto transnazionale**. A cura di PATALANO, Vincenzo. Torino: Giapichelli, 2003, p. 400 e ss.

849 VON ALEMANN, Ulrich. The unknown depths of political theory: The case for multidimensional concept of corruption. **Crime, Law and Social Change.** V. 42, 2004, p. 33.

850 EVERETT, Jeff. NEU, Dean. RAHAMAN, Abu Shiraz. The Global Fight Against Corruption: A Foucaultian, Virtues-Ethics. **Journal of Business Ethics.** N. 65, 2006, p. 5.

Vatileaks, con centro in Vaticano, per esempio. Questi casi spostano la necessità di combattere la corruzione verso attori transnazionali[851].

Inoltre, da quando l'Obiettivo di Sviluppo Sostenibile – ODS 16 ha introdotto lo Stato di Diritto e la qualità delle istituzioni tra gli obiettivi di sviluppo sostenibile, riferendosi in particolare al punto 16.5 specificamente sul combattimento della corruzione, gli sforzi si sono moltiplicati per trovare misure che possano orientare politiche anticorruzione efficaci.

La preoccupazione di Organizzazioni Internazionali come l'OCSE riguardo al combattimento della corruzione fa parte dell'agenda globale di contrasto alla criminalità transnazionale. La comprensione della corruzione come fenomeno transnazionale richiede, prima di tutto, che essa sia riconosciuta come specie del genere della criminalità transnazionale.

I reati transnazionali sono una categoria definita da Boister come la repressione indiretta, attraverso il diritto internazionale, mediante il diritto interno, di attività criminali che, di fatto o potenzialmente, abbiano effetti transfrontalieri[852]. Sono crimini che raggiungono risonanza in più di un paese, sia nella pianificazione, sia nell'esecuzione e anche negli impatti eventualmente prodotti[853].

---

[851] STAFFEN, Márcio Ricardo. Indicadores transnacionais de corrupção ambiental: a opacidade na transparência internacional. **Revista de Direito Internacional.** Volume 17, n. 2, 2020, p. 354.

[852] BOISTER, Neil. Transnational criminal law? In: **European Journal of International Law**, 2003, p. 955.

[853] Non si ignora l'esistenza di interpretazioni contrapposte riguardo alla portata e ai limiti delle terminologie su crimine transnazionale e crimine internazionale. Ogni modo, per gli scopi della tesi, si considera diritto penale internazionale quello che tratta dei crimini contro l'umanità, genocidio, tra gli altri. La principale caratteristica è quella di dare origine alla responsabilizzazione individuale per la violazione di norme di importanza fondamentale per la comunità internazionale e senza la necessità, quindi, di legislazione nazionale di implementazione. La criminalità transnazionale, d'altra parte, è legata ai crimini di trattato, definiti da accordi che riflettono il loro contenuto prevedendo l'obbligo degli Stati parte di criminalizzare determinata condotta nell'ordinamento giuridico interno. BALSAMO, Antonio. MATARELLA, Andrea. TARTAGLIA, Roberto. **La Convenzione di Palermo: il futuro dela lotta ala criminalità organizzata transnazionale.** Torino: G. Giappichelli Editora, 2020. p. 38. A livello concettuale, la distinzione tra diritto penale internazionale stricto sensu e diritto penale transnazionale è basata su quattro elementi, a saper essere: a) la natura – diretta o indiretta, rispettivamente – della responsabilità penale; b) le caratteristiche della giurisdizione, in quanto una giurisdizione universale si contrappone a forme più limitate di giurisdizione extraterritoriale; c) la natura degli interessi protetti, trattandosi nel primo caso di interessi fondamentali per la comunità internazionale nel suo insieme e, nel secondo caso, gli interessi nazionali condivisi da vari paesi o valori su cui esista un consenso sufficiente a livello globale; d) la diversa costituzione delle società internazionali in cui si proteggono questi due sistemi di norme penali. BALSAMO, Antonio. MATARELLA, Andrea. TARTAGLIA, Roberto.

La criminalità transnazionale e l'effettivo combattimento alla corruzione a livello transfrontaliero si riflettono a partire dall'analisi dettagliata della concezione e della nascita della Convenzione anticorruzione dell'OCSE come strumento che comprova l'ipotesi della tesi secondo cui la preoccupazione per la corruzione trascende i limiti territoriali degli Stati. Così, l'analisi della Convenzione anticorruzione dell'OCSE, specialmente alla luce del suo complesso sistema di ricorsività, permette di identificarla effettivamente come un ordinamento giuridico transnazionale di lotta alla corruzione transnazionale con normatività proveniente da un'Organizzazione che si qualifica come autorità pubblica transnazionale con capacità di determinazione e influenza sugli Stati nazionali, capace, quindi, di influenzare nella modifica dei loro valori e concezioni giuridiche, il che conferma la prima ipotesi della tesi.

Il tentativo di creazione di una rete solida di protezione globale rappresenta il livello più avanzato delle strategie di combattimento alla corruzione, come manifestazione tipica di illecito transnazionale. Il fondamento di un diritto sanzionatorio armonizzato a livello mondiale risiede nella convinzione che in un'era segnata da profonda interdipendenza e crescente integrazione economica, il diritto deve assumere una proiezione sempre più integrata in una dimensione transnazionale per essere veramente efficace. È, infatti, il percorso adeguato per garantire standard uniformi nella disciplina delle attività economiche e, conseguentemente, nel rispetto dei diritti umani da parte di chi si dedica a attività transnazionali[854].

Principalmente a causa delle pressioni esercitate dagli Stati Uniti dopo l'entrata in vigore del FCPA, si è proceduto nel senso di cercare una governance globale per i fenomeni corruttivi di portata transnazionale. In questo contesto, il principale protagonista delle strategie di combattimento alle irregolarità transfrontaliere è stata la corruzione di funzionari pubblici stranieri, il che dimostra l'importanza dell'analisi della Convenzione Anticorrupzione dell'OCSE.

Pur considerando le differenze culturali e i distinti valori fondamentali esistenti in tutto il mondo, esiste un tratto umano piuttosto universale nella corruzione,

---

La Convenzione di Palermo: il futuro dela lotta ala criminalità organizzata transnazionale. Torino: G. Giappichelli Editora, 2020. p. 39.

[854] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 513.

che è la difesa dell'interesse proprio. Indipendentemente dall'etichetta attraverso cui si possa denominare questo fenomeno (i critici lo chiamano avidità, gli economisti massimizzazione dell'utilità), è possibile notare che il fenomeno della corruzione suggerisce l'incapacità delle società di controllare scopi legittimi e produttivi a scapito della difesa degli interessi propri[855].

Quindi, la corruzione, compresa dalla prospettiva della comparazione giuridica attraverso le concezioni di formanti e criotipi comuni tra gli stati che stipulano accordi bilaterali o multilaterali di repressione su questa tematica, può essere identificata come uno dei modi per stabilire criteri per l'affermazione di questa pretesa.

La corruzione contempla diverse connotazioni e interpretazioni, ed è possibile tracciare un elenco di comportamenti non esaustivo[856] che esemplifica i modelli di condotta. I tipi di corruzione possono essere compresi a partire dall'estorsione, scambio di favori, nepotismo, favoreggiamento discriminatorio, frode giudiziaria, frode contabile, frode elettorale, frode nel servizio pubblico, appropriazione indebita, cleptocrazia, traffico di influenze, conflitto di interessi e mazzetta[857]. Quest'ultima modalità – la corruzione, sembra essere quella contemplata dalla Convenzione dell'OCSE quando prevede la corruzione transnazionale di agenti pubblici stranieri in transazioni commerciali internazionali.

Su questo fronte, il modello di imputazione per gli illeciti di corruzione derivanti dall'instrumento pactuale dell'OCSE rimane fedele al paradigma tradizionale "contrattuale" o "commerciale". Ciò significa che è centrato sulla relazione di scambio tra un atto correlato all'esercizio dell'ufficio pubblico e un vantaggio indebito. Ciò implica riconoscere l'identificazione di un atto di ufficio - sia conforme o contrario ai doveri del funzionario pubblico - come oggetto dell'accordo o, nel caso di offerta o richiesta di una tangente non accettata dall'altra parte, dello scopo perseguito

---

855 ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e Governo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020, p. 25.

856 Un elenco più completo di termini, definizioni ed esempi è disponibile all'indirizzo: TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **The Anti-Corruption Plain Language Guide**, 2009. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/publications/the-anti-corruption-plain-language-guide>. Acesso em 11 abr. 2024.

857 Per uma definizione individualizzata di ciascuno dei comportamenti presentati, vedi: ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e Governo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020, p. 27.

dall'agente[858]. Pertanto, la corruzione continua a ruotare attorno a un requisito obiettivo ben definito che, sebbene espresso attraverso terminologie diverse, consiste in una condotta di ufficio funzionalmente connessa con il vantaggio scambiato[859].

Come avverte Vannucci, tuttavia, "Una certa dose di ambiguità nel tracciare i confini della corruzione è più frequente di quel che si pensi"[860]. Questo si verifica ad esempio nei pagamenti per facilitare l'accelerazione[861] di procedure, pratica consentita in alcuni paesi ma considerata corruzione in altri. Allo stesso modo, il traffico di influenze o commercio di influenze e il sottile confine che si può stabilire com forme socialmente accettabili di pressione come la lobby[862]. Un'analisi comparativa dall'Europa all'America del Nord e dall'America Latina all'Oceania permette di identificare diverse risposte delle democrazie al fenomeno del lobbying[863]. Pier Luigi Petrillo identifica ventiquattro ordinamenti che regolamentano[864] l'attività e sottolinea che nell'immaginario collettivo la parola lobby richiama reati come la corruzione, ma

---

858 MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 523-524.

859 SPENA, Alessandro. Il 'turpe mercato'. **Teoria e reforma dei delitti di corruzione publica.** Milano, 2003, p. 149.

860 VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012, p. 16.

861 Secondo l'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine, i *facilitation payments* sono: "vantaggi offerti per accelerare o garantire l'esecuzione di operazioni di routine da parte di funzionari governativi, politici o ufficiali, che non comportano una violazione dei loro doveri.". UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **State of implementation of the United Nations Convention Against Corruption:** criminalization, law enforcement and international cooperation. 2. Ed. United Nations: Viena, 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/state_of_uncac_implementation.html.>. Acesso em 30 mai. 2023.

862 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **State of implementation of the United Nations Convention Against Corruption:** criminalization, law enforcement and international cooperation. 2. Ed. United Nations: Viena, 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/state_of_uncac_implementation.html.>. Acesso em 30 mai. 2023.

863 OCDE. **Lobbysts:** governments and public trust. Volume 3. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-3-9789264214224-en.htm.> Acesso em 1º jun. 2023.

864 Tra gli anni '40 e '90, la regolamentazione del lobbying è stata adottata negli Stati Uniti d'America, in Germania, in Australia, in Canada e nell'Unione Europea; a partire dal 2011, la Geórgia, la Lituania, il Perù, l'Argentina, la Polonia, Israele, Taiwan, la Macedonia, la Francia, il Messico, la Slovenia, i Paesi Bassi, l'Austria, il Cile, la Colombia, il Regno Unito, l'Irlanda, il Montenegro e l'Ungheria hanno adottato tale regolamentazione. PETRILLO, Pier Luigi. **Teorias e Técnicas do Lobbying.** São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 138.

avverte che la corruzione non è una degenerazione della lobby, ma, al contrario, un fenomeni opposti tra loro[865].

Il ridimensionamento del modello "retributivo" di corruzione rappresenta un altro esempio, in cui l'atto di ufficio costituisce il suo centro gravitazionale, la cui validazione viene ampiamente identificata nel diritto comparato. Sempre più sistemi giuridici criminalizzano l'offerta/accettazione di un vantaggio indebito, indipendentemente dalla prova di uno scambio con un singolo e specifico atto di ufficio. Questo movimento verso un modello di imputazione più ampio riflette una crescente tendenza a considerare le pratiche correlate al fenomeno della corruzione non più limitate a transazioni dirette di scambio di favori per atti specifici, ma includono anche l'instaurarsi di relazioni più sottili e diffuse di influenza e aspettativa di favoritismo. L'attenzione alle relazioni e alle influenze indebitamente esercitate al di là di atti specifici mira a colmare un ordine più ampio di comportamenti corrotti, al fine di rendere più efficace la complessità e la varietà di tali pratiche nel contesto contemporaneo[866].

O concetto di "minimo comune corroto" proposto dalla tesi si basa su tre elementi essenziali, vale a dire: i) l'esistenza di un vantaggio indebito, sia esso economico o meno; ii) il coinvolgimento di un agente pubblico straniero; iii) la sua realizzazione in contesto di transazione commerciale internazionale. Successivamente, si approfondisce l'analisi di tali criteri per fornire una base di significato all'articolo 4, paragrafo 3, del testo dell'OCSE, il quale prevede la possibilità di giurisdizione concorrente nei casi di corruzione transnazionale.

Oltre a ciò, si avanza nel riconoscimento delle vie che si ritengono possibili per risolvere l'accumulo di molteplici giurisdizioni che incidono sullo stesso fatto corruttivo che oltrepassa le frontiere domestiche, al punto da stabilire criteri di scelta della giurisdizione più appropriata per il processo e la repressione dei reati da una prospettiva di unità processuale.

---

[865] PETRILLO, Pier Luigi. **Teorias e Técnicas do Lobbying.** São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 401.

[866] MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 168.

CAPITOLO 3: SISTEMA SANZIONATORIO E *NE BIS IN IDEM* IN UMA PROSPETTIVA COMPARATIVA

Poiché la transnazionalità degli illeciti corruttivi determina la concorrenza di diverse giurisdizioni, indipendentemente dalle caratteristiche specifiche di ogni realtà domestica, il merito di concepire questa dinamica attraverso il diritto transnazionale risiede nell'idea di armonizzazione tra i sistemi, attraverso la creazione di modelli di cooperazione.

In questo contesto, il Capitolo 3 indaga il principio del *ne bis in idem*. La proliferazione di procedimenti persecutori correlati che si dedicano alla persecuzione dello stesso fatto o di fatti connessi che superano i limiti frontaliere degli Stati porta con sé la necessità di diagnosi ancora non realizzate a partire dall'incidenza, dalla portata e dai limiti del principio del *ne bis in idem* attraverso una prospettiva transnazionale.

Nella pletora di valori che possono essere riconosciuti riguardo alla lotta contro la corruzione a livello mondiale, il principio del ne bis in idem assume particolare rilevanza, soprattutto perché diventa necessario approcciarlo a partire dalla portata e dagli effetti di fronte alla molteplicità di processi punitivi di diversi paesi nel sanzionamento della corruzione a livello transnazionale. Pertanto, il capitolo tratta la possibilità di multiple persecuzioni sanzionatorie da parte dei diversi Stati nazionali a seguito della pratica di atti di corruzione transnazionali, rendendo percepibile l'identificazione di un raggio d'azione transnazionale al principio della proibizione del *bis in idem*.

La proibizione del *bis in idem* è un principio che affonda le sue radici nel diritto penale, con l'obiettivo principale di proteggere contro la duplicazione delle punizioni per lo stesso crimine. Di conseguenza, la sua applicazione implica il riconoscimento che chi sia stato giudicato e condannato (o assolto) per un determinato crimine non possa essere sottoposto a un nuovo processo penale per lo stesso incidente[867]. Si tratta di un principio fondamentale della giustizia penale internazionale

[867] Il *ne bis in idem* si presenta come un'opzione politico-legislativa per conferire maggiore stabilità alle relazioni giuridiche tra il potere punitivo e gli individui. CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ed europea e, altresì, delle giurisdizioni penali nazionali secondo il quale un imputato non dovrebbe essere processato o punito più di una volta per lo stesso crimine. Il principio del *ne bis in idem* (o l'equivalente della *common law*, *double jeopardy*) rappresenta la proibizione di instaurare un processo penale o riaprire un giudizio contro la stessa persona più di una volta[868].

Tuttavia, l'inasprimento dei sistemi giuridici in relazione alla lotta e repressione di determinati illeciti e, per i limiti della tesi, in particolare gli illeciti corruttivi, fa emergere la manifestazione di un potere sanzionatorio direttamente legato all'attività delle autorità giudiziarie e amministrative nel trattamento di crimini e infrazioni amministrative. In molti sistemi giuridici, tuttavia, non esiste una chiara distinzione tra le sfere penale e amministrativa, rendendosi importante riconoscere il rischio di conflitti o duplicazioni di persecuzioni penali e amministrative per lo stesso fatto.

Questo è il caso della lotta alla corruzione, in quanto il potere penale consente l'applicazione di sanzioni di natura criminale come prigione, multe e pene accessorie in risposta a comportamenti che violano la legge penale. D'altra parte, è altresì possibile la manifestazione del potere amministrativo, che si manifesta attraverso il potere delle autorità amministrative di imporre sanzioni non penali come multe, sospensioni di attività, avvertimenti in risposta a infrazioni di natura amministrativa o regolatoria.

La propria configurazione dello Stato Moderno, che ha reso possibile la nascita dell'amministrazione come soggetto, ha favorito la formazione del diritto amministrativo e delle sue facce sanzionatorie, nella misura in cui gli ha conferito prerogative di tipizzazione delle infrazioni amministrative e applicazione delle rispettive sanzioni. Soprattutto a partire dagli anni 1960, le Corti Costituzionali dei paesi europei hanno iniziato un movimento di equiparazione, ponendo in posizioni simili le sanzioni

[868] COFFREY, Gerard. Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting *ne bis in idem* in conjunction with the principle of complementarity. In*:* **New Journal of European Criminal Law**, Vol. 4, Issue 1-2, p. 61/62.

penali e amministrative, specialmente per conferire ai principi penali applicazione nei processi amministrativi punitivi[869].

In questo contesto, si lavora sui movimenti di avvicinamento tra il diritto amministrativo e il diritto penale, in ciò che può essere denominato amministrativizzazione del diritto penale e/o penalizzazione del diritto amministrativo[870]. Paesi come Germania, Francia, Italia e Portogallo hanno iniziato a decriminalizzare infrazioni considerate di minore potenziale a causa di mere inadempienze di dovere, trasferendole nell'ambito del diritto amministrativo sanzionatorio.

Questo spostamento, tuttavia, non è avvenuto in modo uniforme tra gli Stati europei. Germania[871] e Portogallo[872] hanno adottato il cosiddetto modello contraordenacional, mentre Austria e Svizzera hanno mantenuto la potestà sanzionatoria attraverso uno sviluppo dei sistemi di garanzie rispettato per

---

[869] PUERARI, Adriano Farias. **O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016, p. 12.

[870] I fenomeni discussi sono analizzati più approfonditamente in: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução da 2ª edição espanhola, Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112-135. Per quanto riguarda l'ipertrofia del diritto amministrativo sanzionatorio, si può consultare CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho penal.** Parte General. Tomo I: introdución. Madrid: Tecnos, 2004, p. 50 e ss. In Brasile, due tesi si distinguono per la loro profonda analisi di questi fenomeni: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro:** Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013. COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 113-122.

[871] Il focolaio della teoria del diritto delle contraordinazioni si trova in Germania. La sua evoluzione attraversa il pensiero di autori come James Goldschmidt, Erik Wolf, Eberhard Schmidt, fino a culminare nella sua normativizzazione attraverso le leggi-quadro del regime contraordenazionale (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) - OwiG, del 1952 e del 1968. Per approfondire questa evoluzione, nonché i modelli qualitativo, quantitativo e misto tra sanzioni penali e amministrative, si possono consultare le seguenti fonti: BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. **Crimes e Contra-Ordenações:** da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 21-108. Nello stesso senso: VILELA, Alexandra. **O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico.** Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 54-114.

[872] Per un'analisi della nascita e del consolidamento del modello di reato amministrativo portoghese: PUERARI, Adriano Farias. **O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016, p. 53-88.

l'imposizione di sanzioni amministrative[873]. In Francia, si è mantenuto il modello della tripartizione delle infrazioni penali in crimini, delitti e contravvenzioni, non aderendo alla creazione di un sistema legale di sanzionamento pubblico a carico dell'amministrazione[874].

In Spagna, il diritto amministrativo sanzionatorio ha seguito un percorso proprio, dotato di caratteristiche originali che non derivano da diritti stranieri[875]. Il passaggio allo Stato sociale ha culminato con l'ampliamento delle norme penali e con il rafforzamento delle sanzioni amministrative in modo concomitante, motivo per cui si è data particolare attenzione alle caratteristiche e ai limiti della sanzione amministrativa, una preoccupazione alimentata dalla riluttanza nel concedere poteri sanzionatori all'amministrazione pubblica[876]. In Italia, si procede a un esame dettagliato a causa del periodo di doppia titolazione presso l'Università degli Studi di Perugia, ma si verifica, comunque, simile a quanto avviene in Portogallo, un'influenza tedesca. Questo riflette come, nonostante le singole traiettorie nazionali, ci sia una certa permeabilità delle idee giuridiche tra i paesi, specialmente in ambiti come quello delle sanzioni amministrative, dove le pratiche tedesche hanno esercitato un notevole impatto.

Il punto di partenza del sistema giuridico italiano per la creazione di un nuovo sistema sanzionatorio autonomo, parallelo al sistema penale, è avvenuto tramite la Legge n° 689 del 24 novembre 1981[877]. Questa legge ha inciso non solo nella creazione di un ramo punitivo amministrativo, ma ha influenzato l'intero sistema penale, modificando il Codice Penale, il Codice di Procedura Penale e la legislazione

---

873 LOZANO CUTANDA. Blanca. Panorámica general de la potestade sancionadora de la administración em Europa: “despenalización” y garantia. In **Revista de Administración Pública**, 121, 1990, p. 395.

874 BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. **Crimes e Contra-Ordenações:** da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 202.

875 NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. Ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 144.

876 PUERARI, Adriano Farias. **O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016, p. 20.

877 ITÁLIA. **Legge 24 novembre 1981**, **n. 689.** Modifiche al sistema penale.

extravagante[878], e promuovendo la conversione di numerose infrazioni penali in infrazioni amministrative.

Inoltre, ha introdotto un corpo normativo di natura generale, che dispone principi e regole, sia di natura sostanziale che processuale, destinati agli illeciti amministrativi in essa previsti, ma estendendosi anche alle infrazioni amministrative future. Per questo motivo, è considerata come un autentico regime generale del nuovo diritto punitivo amministrativo[879], poiché la conformazione di questo nuovo regime legale si è data attraverso l'utilizzo di principi penali come la stretta legalità e la responsabilità soggettiva, strutturando l'illiceità amministrativa attraverso il fatto tipico, antigiuridico e colpevole, analogamente a quanto avviene nel diritto penale[880].

La denominazione utilizzata per le categorie create dalla legge è stata inizialmente quella di "illecito amministrativo depenalizzato"[881], che è stata modificata con la graduale consolidazione della legislazione, acquisendo predominanza la designazione di "diritto punitivo amministrativo"[882]. Questo è quindi il termine utilizzato nella tesi.

In relazione alla conversione dei reati e delle contravvenzioni in illeciti amministrativi, la riforma è stata attuata dalla Sezione III della Legge 689/81, in particolare nell'articolo 32[883], che prevedeva la sostituzione della multa o

---

878 VANNINI, Alessandra Rossi. **Illecito Depenalizzato-Amministrativo.** Ambito di Applicazione. Milano: Giuffrè, 1990.

879 MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale:** parte generale. 3. ed. Padova: Cedam, 1992. E, VANNINI, Alessandra Rossi. **Illecito Depenalizzato-Amministrativo.** Ambito di Applicazione. Milano: Giuffrè, 1990, p. 4

880 PALIERO, Carlo Enrico. TRAVI, Aldo. **La Sanzione Amministrativa. Profili Sistematici.** Milano: Giffrè, 1988, p. 217-226.

881 VANNINI, Alessandra Rossi. **Illecito Depenalizzato-Amministrativo.** Ambito di Applicazione. Milano: Giuffrè, 1990.

882 Nonostante la terminologia utilizzata nell'esperienza italiana, non si può concludere che questo sistema sanzionatorio sia completamente subsumato nel diritto amministrativo propriamente detto, né che le sue infrazioni siano considerate intrinsecamente amministrative. Al contrario, esiste una predominante tendenza nella dottrina a avvicinare questo diritto punitivo amministrativo al diritto penale, non confinandolo entro i limiti del diritto amministrativo. Si ammette, in questo senso, anche la denominazione alternativa di "diritto penale amministrativo". MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale:** parte generale. 3. ed. Padova: Cedam, 1992.

883 “Non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, salvo quanto disposto, per le violazioni finanziarie, dell'art. 39”. ITÁLIA. **Legge 24 novembre 1981**, **n. 689.** Modifiche al sistema penale.

dell'ammenda[884]. È importante notare che, nell'ambito del sistema amministrativo, la sanzione pecuniaria è considerata "regina", mentre nel sistema penale essa è relegata al ruolo di "cenerentola"[885].

Anche se il regime della legge italiana di modifiche al sistema penale del 1981 si basa sul principio dell'autonomia, si riconosce l'esistenza di un rapporto di stretta interconnessione con il diritto penale. Non per altro motivo si considera che i due sistemi sanzionatori, punitivo amministrativo e penale, si relazionino a partire da un'unità sostanziale[886].

Il sistema italiano è considerato, quindi, come un sistema di doppio binario[887], che congloba il diritto penale e il diritto punitivo amministrativo, quest'ultimo classificato come intermedio tra il diritto penale classico e il diritto amministrativo, identificandosi come un vero e proprio illecito para-penale. Questo pensiero è rafforzato da Paliero[888]: “Tale modello assurge ora a dignità di categoria, ponendosi sullo stesso piano – quanto a ossatura sistematica e a funzionalità politico-giuridica – delle altre due, più consolidate, figure principal di illecito: il reato e il torto civile”.

Il trattamento del principio del ne bis in idem, come discusso finora, identifica una questione centrale da affrontare: il rischio crescente che la stessa materia possa essere sottoposta a una pluralità di ordinamenti giuridici di diversi

---

[884] Nel diritto italiano, l'ammenda si riferisce alla sanzione pecuniaria relativa alle contravvenzioni (contravvenzioni), come previsto dagli articoli 17, 26 e 39 del Codice Penale. La "multa", prevista anch'essa all'articolo 17 del diploma penale, si riferisce invece alla sanzione pecuniaria derivante dalla pratica di un delitto. Tale spiegazione è fondamentale per evitare problemi di traduzione, considerando che la tesi in questione mantiene una doppia titolazione con l'Università degli Studi di Perugia e include un riassunto esteso in lingua italiana. Nel portoghese del Brasile, non si presenterebbe un problema di traduzione poiché la terminologia "multa" si riferisce, senza distinzioni, sia alle sanzioni pecuniarie derivanti dal diritto penale che da quello amministrativo sanzionatorio, non esistendo un termine specifico per riferirsi a sanzioni pecuniarie specificamente di questo ramo, come avviene con l'espressione "coima" nel diritto delle contraordinazioni portoghese.

[885] PALIERO, Carlo Enrico. TRAVI, Aldo. **La Sanzione Amministrativa. Profili Sistematici.** Milano: Giffrè, 1988, p. 231.

[886] PALAZZO, Francesco. I critério di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. In **L’Illecito Penale Amministrativo: Verifica di um Sistema.** Padova: CEDAM, 1987, p. 13.

[887] PADOVANI, Tullio. Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delito, contravvenzione e illecito amministrativo. **Cassazione Penale.** 1987, p. 672.

[888] PALIERO, Carlo Enrico. TRAVI, Aldo. **La Sanzione Amministrativa. Profili Sistematici.** Milano: Giffrè, 1988, p. 307.

paesi[889] e la differenza di interpretazione sulla sua applicabilità e portata. Così, è tanto importante la comprensione del *ne bis in idem* dalla prospettiva degli ordinamenti giuridici interni quanto la sua analisi nella prospettiva del diritto internazionale pubblico e del diritto comunitario europeo. È possibile comprendere che questo principio garantisce diritti universali, ed è altrettanto necessario considerare la necessità di pensare il *ne bis in idem* attraverso la sua trascendentalità nazionale.

L'esame di questi ambiti, tuttavia, è condotto da angolazioni che in qualche modo interessano alla dimostrazione dell'ipotesi della tesi, dato che si riconosce trattarsi di una materia estremamente ampia, con analisi da parte di una dottrina varia ed estesa.

L'approccio è stato, quindi, volto a dimostrare, anche se in modo limitato, che il raggio trasversale del ne bis in idem deriva dal tentativo di evitare frodi al diritto internazionale o comunitario e, in ultima analisi, serve alla stessa diversità di ordinamenti giuridici soggetti alla sua giurisdizione, che necessitano di basi minime uniformi per l'applicazione delle loro decisioni. Vi è, quindi, un protagonismo che trascede la sfera di attuazione di queste corti, poiché le loro posizioni tendono a influenzare il diritto interno dei paesi membri, come si è verificato dall'analisi del principio negli ordinamenti giuridici interni di Italia e Brasile.

Il fatto è che, oggi, l'analisi del tema del *bis in idem* nel diritto interno italiano si interrelaziona con lo studio del principio alla luce del diritto internazionale e comunitario europeo. Questo perché la giurisdizione sovranazionale che qualifica gli Stati che compongono l'Unione Europea è soggetta a importanti decisioni della Corte Europea dei Diritti Unmani - CEDU e del Corte di Giustizia dell'Unione Europea - CGUE. Le posizioni giurisprudenziali delle corti europee trattate nel corso del capitolo si rivelano intrecciate con l'ordinamento giuridico italiano specialmente nelle norme relative al mercato dei capitali e alle infrazioni fiscali. Tanto è vero che i casi analizzati dalla CEDU e dal CGUE riguardano queste materie.

---

[889] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 4, n. 4, e ano 5, n. 5, 2003-2004, p. 91-122.

In Brasile, la Costituzione non proibisce espressamente la possibilità di applicare più di una sanzione, penale e amministrativa, a seguito della commissione dello stesso fatto. Forse per questo motivo il principio del *ne bis in idem* non è accolto come dovrebbe dal sistema giudiziario brasiliano, il che giustifica il suo ridotto grado di concretezza nei processi legislativi e anche nella pratica giurisprudenziale.

Al contrario, esistono norme costituzionali che indicano l'ammissibilità del doppio sanzionamento, almeno in alcune sfere, come quella ambientale, nell'art. 225, § 3º della Costituzione[890], e quella dell'improbità amministrativa, nell'articolo 37, § 4º[891].

Nel contesto infra-costituzionale, è possibile identificare alcune disposizioni sul ne bis in idem, anche se non espresse, che si concretizzano nell'ambito della Legge nº 13.445/2017 riguardante il tema della migrazione[892], nel Codice Penale[893] e nel Codice di Procedura Penale[894]. Per quanto riguarda l'accumulo di sanzioni penali e amministrative, più recentemente, si nota la riforma introdotta dalla Legge 14.230/2021, nella Legge sull'Improbità Amministrativa (Legge nº 8.429/92) [895],

[890] "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

[891] "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

[892] "Art. 82. Não se concederá a extradição quando: (...) V – o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido; VI – a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente."

[893] Nell'ambito del códice penale, il *ne bis in idem* tocca il tema dell'extraterritorialità della legge penale, specificamente all'articolo 8, quando prevede che: "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas".

[894] La dimensione processuale del *ne bis in idem* viene affrontata, sia pure superficialmente, dal codice di procedura penale quando fa riferimento agli istituti della res judicata e della litispendenza, nonché alle eccezioni opponibili all'agente sottoposto a duplice procedibilità per i medesimi fatti, *ex vi* degli articoli 95, 110 e 111.

[895] L'Articolo 21, § 4º della Legge sull'Improbità prevede che "A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)." Il dispositivo è tuttavia sospeso a causa di una decisione preliminare concessa dal Ministro Alexandre de Moraes, della Corte Costituzionale, nell'ambito dell'Azione diretta di incostituzionalità n. 7236.

nonché nella sua relazione con la Legge Anticorruzione (Legge nº 12.846/2013) [896] e nella Legge sulle contratti della pubblica amministrazione (Legge nº 14.133/21) [897].

In Brasile, la bandiera della lotta alla corruzione ha intensificato non solo la produzione legislativa, ma anche il trattamento e la conseguente applicazione di sanzioni per illeciti corruttivi, sia dal punto di vista penale che nella prospettiva del diritto punitivo amministrativo. In questo contesto, l'agente responsabile di un atto di corruzione è soggetto sia a sanzioni di natura amministrativa (previste dalla Legge nº 8.429/92 sull'Improbabilità Amministrativa, o negli Statuti Giuridici dei agente pubblici, nell'ambito disciplinare, o anche attraverso la Legge nº 12.846/2013 – Anticorruzione), sia a sanzioni penali (articoli 317 e 333 del Codice Penale).

Ciò che legittimerebbe tale situazione è la presunta “indipendenza tra le istanze”, che autorizzerebbe la loro applicazione senza alcuna relazione. Nelle parole di Lobo da Costa è come se potessero svilupparsi parallelamente l'uno all'altro, creando una chiusura artificiale nel sistema e generando, di conseguenza, risultati spesso insoddisfacenti in termini di coerenza e logica giuridiche[898].

---

[896] L’Articolo 12, § 7 della Legge sull’Improbità Amministrativa, collegandolo alla Legge Anti-corruzione, prevede che “as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*”.

[897] Rivelando una posizione di integrazione e comunicabilità tra le diverse istanze e facendo scattare, di riflesso, l'aspetto procedurale del *ne bis in idem*, la Legge sulla contratti della pubblice amministrazione prevede all'articolo 159 che: “Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.”

[898] COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 113.

La dottrina[899] e la giurisprudenza[900] hanno accettato, salvo rarissime eccezioni, l'applicabilità indistinta delle prescrizioni proibitive di ciascuno di questi rami (penale e amministrativo) sulla premessa che, nell'ambito delle relazioni con lo Stato, il privato e l'agente pubblico sono sottoposti a una relazione speciale di soggezione[901], oltre all'argomento che rappresentano la tutela di beni giuridici distinti per la protezione della norma violata[902].

Il problema brasiliano si intensifica quando si constata che, nella stragrande maggioranza dei casi, si verificano decisioni assolutorie a causa della mancanza di prove, sia dell'autoria, sia della materialità, sia dell'elemento soggettivo stesso. In questo caso, prevale, secondo la giurisprudenza dominante dei tribunali brasiliani, l'indipendenza tra le istanze[903], autorizzando che una decisione assolutoria in un'azione penale a causa della mancanza di prove giustifichi una condanna per improbità amministrativa sugli stessi fatti – e viceversa, senza che si analizzi se la prova in entrambi i casi fosse rigorosamente la stessa. O anche se si verifichi quale elemento di prova mancante in un processo e presente nell'altro che eventualmente si presta a giustificare la differenziazione tra i risultati di assoluzione e condanna.

---

[899] Nella tesi, si fa riferimento al pensiero di Fábio Medina Osório, uno dei principali esponenti del diritto amministrativo sanzionatorio in Brasile. Riguardo alla diversità dei meccanismi repressivi, egli sostiene che non esiste, nel sistema giuridico nazionale, una dipendenza necessaria tra il giudice extra-penale e il giudice penale. Il primo non dipende dal secondo. Sono indipendenti. Se fosse consacrata la dipendenza, che forse esiste eccessivamente in altri sistemi, ci sarebbe un'intollerabile invasione di attribuzioni. La stessa Costituzione del 1988 non fornisce alcuna base per una prevalenza assoluta del giudice penale. E nemmeno lo fa la legislazione infra-costituzionale. Allo stesso modo, l'autorità amministrativa, nell'ambito delle sue competenze decisionali, non risulta, di norma, vincolata o subordinata all'autorità giudiziaria, anche come corollario della divisione dei poteri. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

[900] La Corte Costituzionale, nella sentenza del Ricorso Straordinario n. 986.566, riportata dal Ministro Alexandre de Moraes, ha stabilito la tesi di ripercussione generale che: “o processo e o julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede a sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.428/92, em virtude da autonomia das instâncias”.

[901] DEZAN, Sandro Lúcio. **O princípio do ne bis in idem no direito público sancionador.** Curitiba: CRV, 2022.

[902] NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. Ed. Madrid: Tecnos, 2012.

[903] In questo senso, ci siamo già posizionati per comprendere che la pretesa non dovrebbe essere quella di negare riconoscimento al principio dell'indipendenza tra le istanze. Ma nelle ipotesi in cui un unico fatto motiva l'applicazione di una penalità amministrativa e risulta in assoluzione nell'ambito penale (anche per assenza di prove), l'indipendenza deve cedere il posto alla coerenza delle decisioni delle diverse istanze sanzionatrici, prevalendo un maggiore grado di comunicazione. PUERARI, Adriano Farias. O Direito de mera ordenação social português como rumo de inspiração ao direito administrativo sancionador brasileiro. In **Direito Administrativo Sancionador Comparado.** Rio de Janeiro: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ), 2021, p. 224.

Con ciò, la tesi procede verso l'ipotesi finale da trattare nell'ultimo capitolo, nel senso che, oltre a questo movimento di trasversalità del *ne bis in idem*, è altrettanto importante che le sue implicazioni raggiungano un livello di maturazione transnazionale, a partire dall'identificazione di condotte che, oltre a sfidare l'incidenza del diritto penale e del diritto amministrativo, sfidino anche la giurisdizione di più di uno Stato nazionale.

C'è, quindi, la necessità di affermare l'esistenza di una proibizione al *bis in idem* in una prospettiva trasversale tra la sfera penale e quella amministrativa e, allo stesso tempo, transnazionale, rendendo imperiosa la necessità di un atteggiamento collaborativo tra gli Stati nazionali con giurisdizione concorrente per il processo e la punizione di fatti che oltrepassano confini, il che avverrà attraverso l'elezione di criteri per la scelta della giurisdizione più adeguata all'esercizio di persecuzione delle condotte illecite.

CAPITOLO 4: L'UNITÀ PROCEDURALE DERIVANTE DALLA CONVENZIONE ANTICORRUZIONE DELL'OCSE E LA COOPERAZIONE TRA GLI STATI PER LA SCELTA DELLA GIURISDIZIONE APPROPRIATA

Il presente capitolo si identifica come momento propositivo della tesi. La proposta si basa sulle constatazioni effettuate nel primo capitolo riguardo al Diritto Amministrativo Globale e alle Autorità Pubbliche che ne emergono, inserite in veri e propri Ordinamenti Giuridici Transnazionali, che acquisiscono capacità di influenza e determinazione negli Stati nazionali con cui mantengono relazioni, favorendo una normatività che modifica i loro valori e persino le loro concezioni giuridiche.

La comprensione della corruzione a livello transnazionale, come presentata nel secondo capitolo della tesi, rende altresì imperativo il riconoscimento del protagonismo assunto dalle Organizzazioni Internazionali, poiché propongono la risoluzione dei problemi in modo trasversale alle frontiere tra i paesi.

Man mano che i comportamenti illeciti legati alle pratiche corruttive assumono una dimensione internazionale, specialmente alla luce di una concezione di minimo comune corrotto, portano con sé la diffusione di procedimenti di persecuzione (penale e amministrativa) paralleli nel contesto dell'indagine e

repressione di uno stesso fatto, o, almeno, di fatti connessi che superano i limiti territoriali dei paesi.

È per questo che il capitolo precedente si è proposto di identificare l'esistenza e la portata del principio della proibizione del *bis in idem* in una prospettiva trasversale, conciliando sanzioni penali e amministrative. Nel presente capitolo, si procede al riconoscimento del ne bis in idem in carattere transnazionale, raggiungendo giurisdizioni di diversi Stati.

In questo contesto, la tesi evolve per delimitare la sua analisi propositiva alla luce della Convenzione sulla Lotta contro la Corruzione di Agenti Pubblici Stranieri nelle Transazioni Commerciali Internazionali dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico – OCSE, in particolare a partire da quanto previsto dall'Articolo 4º, Paragrafo 3º, quando consacra meccanismi di cooperazione tra i paesi per la definizione di una giurisdizione unica per la persecuzione di illeciti corruttivi transnazionali.

Così, espone questa disposizione della Convenzione dell'OCSE sotto quattro prospettive. In primo luogo, alla luce del *ne bis in idem* transnazionale, esplorando le limitazioni nella sua implementazione, in modo da considerare le interfacce di un diritto globale, specialmente per quanto riguarda la riconfigurazione degli ideali di sovranità, autorità, territorio e giurisdizione. In secondo luogo, realizza un'analisi delle fonti attraverso le quali emana la dimensione transnazionale del principio, trattando l'argomento dalla prospettiva delle autorità giurisdizionali degli Stati membri dell'Unione Europea, specialmente riguardo alle sfide di compatibilizzazione della Carta dei Diritti Fondamentali e della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen. Inoltre, affronta la teoria nordamericana della doppia sovranità.

Successivamente, l'analisi si estende al fondamento teorico e alla motivazione giuridica che impongono la prevalenza della cooperazione internazionale nella repressione della corruzione transnazionale, dimostrando come la cooperazione sia in grado di migliorare l'efficacia delle misure di lotta contro gli illeciti corruttivi. Inoltre, affronta casi rilevanti di cooperazione giuridica internazionale in materia di persecuzione e punizione di illeciti transnazionali, trovando ispirazione per l'efficacia della disposizione della Convenzione nel raggiungere il suo obiettivo dichiarato.

Infine, la tesi si conclude con l'analisi dei criteri appropriati per la selezione della giurisdizione più appropriata. Inizialmente, si procede con un'analisi di come un approccio unificato contribuisca effettivamente a una maggiore efficienza e coerenza delle sanzioni, partendo dal diritto soggettivo al trattamento unitario dell'azione repressiva. Successivamente, si affronta la definizione di ciò che si intende per "adeguato" e, infine, si propongono i presupposti per il riconoscimento dell'unità giurisdizionale e i criteri che devono essere utilizzati per la scelta della giurisdizione, contribuendo alla comprensione delle implicazioni teoriche, pratiche e normative di tale disposizione dell'OCSE nel contesto della lotta alla corruzione transnazionale.

La tesi parte dal presupposto di un'unità procedurale come mezzo per tutelare gli interessi persecutori per la commissione di illeciti e, per i limiti della presente tesi, i meccanismi procedurali di contrasto alla corruzione a livello transnazionale. In questa prospettiva, sarebbe possibile sostenere che la convenzione anticorruzione dell'OCSE si allinei a questa proposta, proprio a partire dalla disposizione dell'Articolo 4, Paragrafo 3.

La considerazione del potenziale confronto moltiplicato di atti di corruzione transnazionale da parte degli Stati nazionali con giurisdizione virtualmente competente, suggerisce come argomento possibile la proposta di un modello di unità procedurale transnazionale[904].

Questo modello presenta, tuttavia, un paradosso, poiché si tratta di un fenomeno che si intende unitario, ma che coinvolge interessi collettivi di diversi Stati. Per questo motivo, è necessario affrontare le contingenze pratiche che derivano dall'assenza di un'istituzione internazionale in grado di affrontare il fenomeno della corruzione transnazionale.

In questo contesto, gli aspetti più intimi che compongono gli Stati devono essere (ri)pensati alla luce del diritto globale e dei presupposti della sua validità, come esposto nel primo capitolo della tesi. Pertanto, è necessario attribuire nuovi significati agli istituti della sovranità, dell'autorità, del territorio e della giurisdizione. La criminalità transnazionale va oltre i principi tradizionali di sovranità, come quelli derivanti dall'idea

[904] SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, mai./jun. 2011., p. 197.

di territorialità, rendendo a volte assolutamente senza senso il perseguimento nel *locus commissi delicti*, il che rende necessaria un'espansione del concetto di giurisdizione.

Solo attraverso una nuova concezione delle caratteristiche della formulazione classica del concetto di Stato diventa possibile riconoscere l'ampiezza transnazionale del ne bis in idem. Per questo motivo si propone che gli elementi di una concezione transnazionale del ne bis in idem siano attraversati dall'analisi della sovranità, dell'autorità, del territorio e della giurisdizione nella prospettiva del diritto globale.

Il riconoscimento dell'ampiezza transnazionale del ne bis in idem, specialmente nell'ambito della Convenzione Anticorruzione dell'OCSE, è una condizione indispensabile per la conferma della tesi proposta. Non sarebbe possibile riconoscere la Convenzione come un ordine giuridico transnazionale di contrasto alla corruzione se non si riconoscesse che il divieto di bis in idem, oltre ad avere un carattere trasversale tra sanzione penale e sanzione amministrativa, è dotato altresì di un carattere transnazionale, imponendo limitazioni all'esercizio del potere tra due o più Stati diversi quando gli illeciti sono transfrontalieri.

È possibile comprendere il *ne bis in idem* da questa prospettiva transnazionale in virtù del fatto che pochi principi e istituzioni giuridiche hanno attraversato secoli di storia e culture diverse. Questa straordinaria capacità di conservare il suo contenuto proibitivo risiede proprio nella sua versatilità e nella capacità di adattarsi, senza perdere i suoi valori fondamentali, arricchendo il contesto storico di ogni epoca. L'osservazione della sua evoluzione deve essere compresa, ora, da una realtà giuridica sempre più sfaccettata e poliedrica, collegandosi all'impressionante sviluppo avvenuto nel contesto statale e sovranazionale.

Partendo dall'ipotesi dimostrata riguardo alla necessità di riconoscere la natura transnazionale del *ne bis in idem* sulla base della comprensione dell'articolo 4.3 della Convenzione dell'OCSE, la tesi procede identificando che neanche nel contesto del Consiglio d'Europa o dell'Unione Europea esistono meccanismi giuridicamente vincolanti che abbiano raggiunto una soluzione definitiva e soddisfacente per i conflitti di giurisdizione *ex ante*. Tuttavia, viene presentata un'analisi della Decisione Quadro

2009/948/JAI[905], del 30 novembre 2009[906], e del documento prodotto dall'Agenzia dell'Unione Europea per la Cooperazione Giudiziaria Penale - Eurojust, denominato Linee Guida sulla Giurisdizione (*Jurisdiction Guidelines*) [907], in quanto identificati come strumenti più avanzati[908] in termini di selezione della giurisdizione più appropriata.

La discussione che si pone, quindi, riguarda se l'articolo 4.3 della Convenzione dell'OCSE si tratti di una mera facoltà per gli Stati coinvolti o di una norma vincolante nel senso che solo una giurisdizione sarà appropriata per perseguire atti criminali, ammettendo come norma cogente che vieta il ne bis in idem transnazionale.

Da quanto è stato sostenuto, in particolare dal riconoscimento dell'OCSE come autorità pubblica transnazionale, inserita in un ordine giuridico transnazionale di lotta alla corruzione, la normatività derivante dalla sua Convenzione impone agli Stati l'esercizio del consenso nella scelta di una giurisdizione unica per il processo, a rischio di violare il ne bis in idem. Questo argomento è giustificato soprattutto dai danni derivanti dai procedimenti paralleli e dai conflitti effettivi di giurisdizione.

---

[905] UNIÃO EUROPEIA. **Decisão-Quadro 2009/948/JAI** do CONSELHO de 30 de novembro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:PT:PDF>. Acesso em: 21 mar. 2024.

[906] In Italia, la Decisione Quadro è stata approvata durante il Consiglio dei Ministri, mediante il Decreto Legislativo n. 29, del 10 febbraio 2016. Tuttavia, secondo parte della dottrina italiana che si occupa dell'analisi del tema - specialmente sugli impatti della Decisione nell'ordinamento giuridico interno italiano - nemmeno questa Decisione Quadro, intesa qui come meccanismo più avanzato per osservare il divieto del *bis in idem* in un contesto transnazionale, è stata in grado di fornire un trattamento integrale della questione, poiché non è stata prevista l'inclusione di un catalogo preciso di criteri da osservare per la determinazione della giurisdizione più appropriata. CASCINI, D. Naike. Il conflitto di giurisdizione tra Stati Membri dell'Unione Europea. **Archivio Penale**. Pisa University Press Fascicolo n. 3 – Settembre-Dicembre 2018, p. 19. Disponível em: <https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=c61fcd05-09da-4df3-9cde-ea934ddde0a0&idarticolo=18504>. Acesso em 25 mai. 2023. MONTALBANO, Lydia. Il trasferimento di procedimenti nella cooperazione giudiziaria in materia penale: l'impatto della normativa europea sul sistema italiano. In: **Giurisprudenza penale.** 4 Settembre 2013. Disponível em <http://www.giurisprudenzapenale.com/2013/09/04/il-trasferimento-di-procedimenti-nellambito-della-cooperazione-giudiziaria-in-materia-penale-limpatto-della-normativa-europea-sul-sistema-italiano/>. Acesso em 25 mai. 2023.

[907] EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

[908] Esistono numerosi altri strumenti dell'Unione Europea che prevedono norme speciali per la prevenzione e la risoluzione dei conflitti di competenza, tra cui la Decisione Quadro 2002/584 relativa al mandato di arresto europeo; la Decisione Quadro 2002/475 relativa alla lotta contro il terrorismo; la Decisione Quadro 2005/222 relativa agli attacchi contro i sistemi informativi; la Decisione Quadro 2008/841 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata e il Regolamento 2017/1939 del Consiglio, che attua una cooperazione rafforzata per istituire il Public Prosecutor's Office Europeo.

Si propone, quindi, un modello di unità procedurale transnazionale[909] che soddisfi non solo gli interessi degli imputati, ma anche gli ideali di economia processuale. Questo modello ha il grande vantaggio di unificare l'applicazione della legislazione anticorruzione, anziché ammettere una molteplicità disordinata di sanzioni, specialmente se si considera la possibilità, in vari Stati, di accumulare sanzioni penali e amministrative. Immaginate quanti procedimenti gli interessati sarebbero costretti a subire se si riconoscesse la possibilità di incidenza di più giurisdizioni di diversi paesi che, a loro volta, nell'ordinamento interno, ammettono la possibilità di molteplici persecuzioni, sia penali che amministrative, nella lotta alla corruzione.

Un altro fattore che merita attenzione riguarda la portata e il contenuto della "giurisdizione più appropriata", come espresso nel dispositivo stesso oggetto di analisi. È che per poter proporre criteri per la definizione della giurisdizione ex ante, è necessario, innanzitutto, stabilire quali parametri debbano essere utilizzati, ovvero, è imperativo definire il significato di "appropriato". In questo contesto, la risposta della tesi si costruisce a partire dalla (ri)formulazione della concezione di democrazia e diritti umani alla luce degli ideali del Diritto Globale.

I tentativi degli Stati di stabilire regole preventive per la distribuzione anticipata della giurisdizione basate su criteri comuni e uniformi si trovano in stallo, lontani dall'essere tradotti attraverso Trattati Internazionali sul tema[910]. Questo è il riflesso di una difficoltà di fiducia tra i paesi, così come della maggiore complessità del compito rispetto alle possibilità di risoluzione successiva dei conflitti[911]. È per questo che si riconosce come necessaria e attuale la proposta finale della tesi nel definire quali siano effettivamente i criteri che devono essere considerati per la scelta della giurisdizione appropriata.

Prima dell'istituzione dei criteri, tuttavia, esistono presupposti fondamentali che devono essere compresi affinché si possa avere un conflitto di

---

[909] SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, mai./jun. 2011, p. 197.

[910] DEAN, Giovanni. Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale. In **Rivista di Diritto Processuale.** Milano: Cedam, ano 53 (seconda serie), n. 1, p. 53-72, jan./mar. 1998.

[911] AMALFITANO, Chiara. **Conflitti di giurisdizione e riconosciumento delle decisioni penale nell'Unione Europea.** Giuffrè: Milano, 2006, p. 292.

giurisdizione tra gli Stati firmatari della Convenzione Anticorruzione dell'OCSE. Ciò significa che l'ipotesi di elezione dei criteri per la definizione della giurisdizione più appropriata si verificherà solo quando i presupposti di seguito esposti siano pienamente materializzati. Non vi sarà conflitto di giurisdizione a livello transnazionale se non si riscontrano quattro presupposti essenziali primari: *l'idem factum*, la doppia tipicità, l'istituzione di un'autorità pubblica transnazionale con capacità di coordinare le comunicazioni tra i paesi membri e la capacità di produrre effetti di una sentenza straniera.

Una volta soddisfatti tali requisiti nel caso specifico, sarà possibile proporre un insieme di criteri, nonché la metodologia per la loro utilizzazione nella scelta della giurisdizione più appropriata, basandosi sulle indicazioni della Eurojust, come definite nelle Linee guida sulla giurisdizione[912], e anche su quelle suggerite dal Manuale di Giustizia del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti[913].

Due modelli sembrano possibili per la selezione della migliore giurisdizione. Il modello gerarchico o *subsidiarity approach*, con l'istituzione di criteri predefiniti e fissi, in cui gli Stati con legami tradizionali al crimine, come la territorialità, hanno la priorità. Dall'altro lato, il modello flessibile o *case-by-case approach*, che dà agli Stati la discrezionalità di decidere nel caso concreto, tenendo conto del paese che ha le migliori condizioni per condurre il perseguimento[914].

L'esperienza statunitense prevista nel Manuale di Giustizia del DOJ tratta di situazioni che devono essere valutate caso per caso, motivo per cui si interpreta attraverso una predilezione per l'utilizzo del modello *case-by-case approach*. I criteri statunitensi (forza dell'interesse di un'altra giurisdizione nell'accusa, disponibilità dell'altra giurisdizione a perseguire efficacemente e probabile sentenza e

---

912 EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

913 DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. **Principles of Federal Prosecution.** Seção 9-27.240 – Initiating and Declining Charges – Prosecution in Another Jurisdiction. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.240>. Acesso em 19 mar. 2024.

914 INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROSECUTORS. **Prosecutorial Guidelines for Casos of Concurrent Jurisdiction.** Making the Decision “Which Jurisdiction Should Prosecute?”. The Hague: Netherlands, 2009.

conseguenze della condanna) sono disposti all'interno di un margine di discrezionalità che rende difficile, se non impossibile, la soluzione consensuale per la scelta della giurisdizione appropriata. È per questo motivo che vengono effettivamente considerati come non-criteri.

L'esperienza europea, d'altra parte, comprende attraverso le *jurisdiction guide lines* della Eurojust che il modo migliore per scegliere la giurisdizione più appropriata consiste nella combinazione di un insieme di criteri, suddivisi in primari, secondari e criteri che non devono essere considerati[915].

La questione è che, nell'ambito di applicazione della Convenzione Anticorruzione dell'OCSE e considerando le peculiarità del fenomeno della corruzione transnazionale, i criteri da fissare - senza pregiudizio per l'ispirazione al modello proposto dalla Eurojust - devono essere riorganizzati per dimostrarsi adeguati alla lotta alla corruzione.

In merito ai criteri primari, devono essere considerati: i) territorialità; ii) maggiore collegamento dei sospettati con lo Stato; iii) ammissibilità dei mezzi di prova; iv) strumenti disponibili per limitare, recuperare, sequestrare e confiscare beni e valori; e, v) requisiti legali relativi all'accumulo repressivo di sanzioni penali e amministrative.

In relazione ai criteri secondari, essi dovrebbero essere considerati solo quando vi è un'assoluta equivalenza rispetto ai criteri primari. Per i casi di corruzione transnazionale, si definiscono i seguenti: i) ottenimento di testimonianze e protezione di testimoni ed esperti; ii) la durata e lo stato del processo; e, iii) i costi e le risorse del perseguimento.

E per quanto riguarda ciò che non dovrebbe essere considerato come criterio, si ha: i) la giurisdizione che applica la pena più severa; ii) la scelta basata sulla prevenzione; iii) l'interesse delle vittime; e, iv) la priorità degli Stati nella repressione della corruzione.

---

[915] L'indicazione di tale metodologia di criteri, ma applicata al trasferimento dei processi come meccanismo di cooperazione internazionale nei procedimenti penali, viene effettuata in MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal:** a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 344-350.

Profondamente giustificate le ragioni che sostengono questa scelta, la tesi giunge alla conclusione che deve essere riconosciuta la potestà normativa delle autorità pubbliche transnazionali, come l'OCSE e i documenti da essa prodotti, nel caso specifico la Convenzione contro la corruzione. E, altrettanto, nell'idea che il principio del *ne bis in idem* raggiunge una dimensione trasversale e transnazionale, imponendo quindi l'obbligatorietà di una soluzione consensuale tra gli Stati per la scelta di una giurisdizione più appropriata per il perseguimento della corruzione transnazionale, riconoscendo l'imperatività dell'unità processuale.

CONCLUSIONI

La tesi è stata sviluppata, inserita nella Linea di Ricerca Principiologia Costituzionale, Politica del Diritto e Intelligenza Artificiale e nel progetto di ricerca Governance, Costituzionalismo, Transnazionalità e Sostenibilità. La tesi è in Doppia Titolazione con l'Università degli Studi di Perugia, collegata con il Programma di Ricerca Internazionale congiunto PPCJ/UNIVALI e la Facoltà di Giurisprudenza dell'UNIPG.

L'obiettivo generale è stato riconoscere l'applicazione e i limiti del principio ne bis in idem di fronte alle giurisdizioni concorrenti nel combattere la corruzione transnazionale, proponendo criteri per determinare la giurisdizione più appropriata. A partire da questo obiettivo, si assume la rilevanza pratica fornita dalla ricerca nell'identificare l'applicabilità del ne bis in idem in una dimensione transnazionale, in particolare considerando la Convenzione Anticorruzione dell'OCSE, e la sua rilevanza intellettuale, offrendo una base teorica per eleggere criteri per la definizione della giurisdizione più adeguata per una persecuzione statale unica.

Il lavoro è stato strutturato in quattro capitoli per garantire chiarezza e sistematizzazione nella elaborazione e nella comprensione del materiale studiato. Tuttavia, è importante sottolineare che la metodologia impiegata riflette scelte personali dell'autore, debitamente motivate, riconoscendo la responsabilità che tali scelte implicano, senza tuttavia ignorare altre prospettive esistenti.

La prima parte della tesi, che comprendeva i primi due capitoli, ha concluso, sulla base degli argomenti presentati, che la corruzione può essere compresa come una questione transnazionale. Questa conclusione è stata raggiunta

attraverso le interfacce del Diritto Globale, prendendo in considerazione i concetti di Autorità Pubblica Transnazionale adottati dalla tesi, così come la comprensione dell'esistenza di ordini giuridici transnazionali dedicati alla lotta contro la corruzione, applicando tale comprensione alla Convenzione sul Combattere la Corruzione di Funzionari Pubblici Stranieri nelle Transazioni Commerciali Internazionali.

La seconda parte della tesi di dottorato, che ha compreso il terzo e il quarto capitolo, ha esposto come questione principale il contesto della pluralità di giurisdizioni e l'eventuale incidenza del principio del *ne bis in idem* nella prospettiva transnazionale. Di fatto, i meccanismi di cooperazione giuridica internazionale tra gli Stati sono stati riconosciuti come uno dei percorsi possibili per risolvere l'accumulo di molteplici giurisdizioni che incidono su un medesimo fatto corruttivo che attraversa le frontiere domestiche, tanto che giustificano l'istituzione di criteri per la scelta della giurisdizione più appropriata per il processamento e la repressione degli illeciti.

Le conclusioni finali si basano sulla premessa che il potere normativo delle Autorità Pubbliche Transnazionali, come ad esempio l'OCSE e i documenti da essa prodotti, in particolare nell'ambito della comprensione della Convenzione sulla Lotta alla Corruzione di Funzionari Pubblici Stranieri, come descritto nella tesi, debbano essere riconosciute.

Conferma anche nella conclusione definitiva che la violazione del principio del *ne bis in idem* ha una dimensione trasversale tra le sanzioni penali e amministrative e, inoltre, è dotata di un'impronta transnazionale, imponendo pertanto l'obbligatorietà di una soluzione concordata tra gli Stati che si trovano in conflitto giurisdizionale per il trattamento degli atti di corruzione transfrontaliera, al fine di scegliere una singola giurisdizione più adatta per perseguire il illecito, concludendo per l'imperatività dell'unità procedurale. Ciò giustifica i criteri presentati per la determinazione della giurisdizione più adeguata per il trattamento dei comportamenti corruttivi transnazionali.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional:** extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMALFITANO, Chiara. **Conflitti di giurisdizione e riconosciumento delle decisioni penale nell'Unione** Europea. Giuffrè: Milano, 2006.

AMALFITANO, Chiara. La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell'Unione europea. **Diritto penale e processo**, 2009.

AMALFITANO, Chiara. Il principio del "*ne bis in idem*" tra CAAS e Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea. **Cassazione penale**, 2012.

AMODIO, Ennio. L'impato della normativa europea sul processo penale italiano. In: AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law:** Dal rito inquisitório al giusto processo. Milano: Giufrè Editore, 2003.

ARAÚJO, Nádia. **A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional.** Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Civil. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 1 ed. Brasília, 2008.

ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado.** Teoria e Prática Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARNAUD, André-Jean. Governar sem Fronteiras: entre globalização e pós-globalização. In **Crítica da Razão Jurídica.** V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. **Revista Penal.** Valencia, v. 1, n.1, jan. 1998.

BACKER, Larry Catá. Economic Globalization and the Rise of Efficiente Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator. **University of Connecticut Law Review.** Hartford: University of Connecticut Law School, v. 39, n. 4, 2007.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez; STEWART, Richard B. The World Trade Organization: Multiple dimensions of Global Administrative Law. NYU School of Law. **Public Law Research Paper**, Nova Iorque, n. 09-71, p. 1-31, 2009.

BALSAMO, Antonio. MATARELLA, Andrea. TARTAGLIA, Roberto. **La Convenzione di Palermo: il futuro dela lotta ala criminalità organizzata transnazionale.** Torino: G. Giappichelli Editora, 2020.

BANCO MUNDIAL. **Guidelines. Procurement of Goods, Works, and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers.** Washington, DC: 2011 (revisada em 2014). Disponível em <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/616741467229981357-0290022016/original/ProcurementGuidelinesenglishJan2011.pdf>. Acesso em 23 jan. 2024.

BATTINI, Stefano. Le due anime del diritto amministrativo globale. In BATTINI, Stefano et al (Org.). **Il diritto amministrativo altro confinni.** Milano: Giufrè, 2008.

BECK, Joachim. Cross-Border Cooperation and the European Administrative Space – Prospects from the Principle of Mutual Recognition. **International Public Administration Review**, 13(2), 2015.

BETTIOL, Giuseppe. **La correlazione fra acusa e sentenza nel processo penale.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1936.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Título Original: *Teoria dell'ordenamento giuridico.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale et al 12. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOISTER, Neil. Transnational criminal law? In **European Journal of International Law**, 2003.

BOISTER, Neil. **An Introduction to Transnational Criminal Law.** Oxford University Press, Oxford, 2018.

BOGDANDY, Armin von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. In: BOGDANDY, Armin Von et al. **The Exercise of Public Authority by International Institutions:** Advancing International Institutional Law. Heildelberg: Springer, 2010.

BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**. Oxford: v. 12, n 4, out. 2014.

BOGDANDY, Armin von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating world public opinion into international public authority. **European Journal of International Law,** 28 (1), 2017.

BRANDÃO, Nuno. **Crimes e Contra-ordenações:** da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

BRASIL. **Decreto nº 3.678**, **de 3 de novembro de 2000**. Dispõe sobre a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5687.htm>. Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Poder Executivo. **Autoridade Central.** Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional>. Acesso em 8 jan. 2024.

BRASIL. Poder Executivo. Ministério das Relações Exteriores. Sistema Consular Integrado. **Atos internacionais.** Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/processo-eletronico/itemlist/category/122-institucional-assuntos-internacionais.html?start=14>. Acesso em 5 jan. 2024.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARSON, Lindsey D. PRADO, Mariana Mota. Usando multiplicidade institucional para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In FORTINI, Cristiana (Coord.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 175-203.

CASCINI, D. Naike. Il conflitto di giurisdizione tra Stati Membri dell'Unione Europea. **Archivio Penale**. Pisa University Press Fascicolo n. 3 – Settembre-Dicembre 2018, p. 19. Disponível em: <https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=c61fcd05-09da-4df3-9cde-ea934ddde0a0&idarticolo=18504>. Acesso em 25 mai. 2023.

CASSESE, Antonio; GAETA, Paola. **Cassese's international criminal law.** 3rd ed., revised by Antonio Cassese, Paola Gaeta [et al.]. Oxford, Oxford University Press, 2013.

CASSESE, Sabino. **Lo Spazio giuridico globale.** Roma: Laterza, 2003.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato.** Roma; Bari: Laterza, 2006.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale:** giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: Einaudi, 2009.

CASSESE, Sabino. Is there a global administrative law?. In: **The Exercise of Public Authority by International Institutions.** Heidelberg: Springer, 2010. p. 761-776.

CASSESE, Sabino. **When Legal Orders Collide:** The Rule of Courts. Global Law Press, 2010.

CASSESE, Sabino. What is Global administrative law and why study it. Global administrative law: An Italian perspective. **RSCAS Policy Paper,** v. 4, p. 1-10, 2012.

CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013.

CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto.** Decisione e norma nell'età globale. Roma-Bari: Laterza, 2010.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Fundamento e limites da repressão penal da manipulação do mercado de capitais:** uma análise a partir do bem jurídico da capacidade funcional alocativa do mercado. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho penal.** Parte General. Tomo I: introdución. Madrid: Tecnos, 2004.

CHITI, Edoardo. EU and Global Administrative Organizations. In CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (Ed.). **Global administrative law and EU administrative law:** relationships, legal issues and comparison. Springer Science & Business Media, 2011.

CINGARI, Francesco. Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto ala corruzione. In PALAZZO, Francesco (a cura di). **Corruzione Pubblica:** repressione penale e prevenzione amministrativa. Firenze: Firenze University Press, 2011.

CISOTTA, Roberto. Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell"UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali com uno sguardo in avanti. In **Osservatorio sulle fonti**, 2021.

COELHO, Nuno M.M.S; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. Foreign Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção. **Revista Jurídica.** V. 01, n. 46, p. 164-187, Curitiba, 2017.

COFFREY, Gerard. Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting *ne bis in idem* in conjunction with the principle of complementarity. In*:* **New Journal of European Criminal Law**, Vol. 4, Issue 1-2.

COLANGELO, Anthony. Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: A Jurisdictional Theory. **Washington University Law Review**, v. 86, p. 769-779, 2009.

COLOMBET, Astrid Mignon. Transnational Negotieated Justice: the Cornerstone of ann Organized Extraterritoriality? **Revista RED**, 1(2020), p. 117-132. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-red-2020-1-page-117.htm>. Acesso em: 13 de mar. de 2024.

Commission Staff Working Document. **Annex to the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings.** Brussels, 23.12.2005 SEC (2005) 1767. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52005SC1767>. Acesso em 30 mar. 2024.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal: A necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada. In: **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* e Lei Anticorrupção: sobre os limites para imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, versão digital, jan./jun. 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. **Boletim IBCCRIM**, ano 29, n. 340, pp. 6-7, mar. 2021.

COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquirty** – Queen Mary University of London, London, v. 37, n. 2, 2012.

COTTERRELL, Roger. **Sociological Jurisprudence: Juristic Thought and Social Inquiry.** Londres e Nova Iorque: Routledge Taylors & Francis Group, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo do Brasil:** poder de polícia. Volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em 3 jan. 2024.

CRUZ, Paulo Márcio. REAL FERER, Gabriel. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia assimétrica. **Jurídicas**, Manizales, v. 7, 2010.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CUESTA, José Luis de La. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ‘ne bis in idem'. **Revue internationale de droit pénal**, [S.l.], v. 73, n. 3, p. 707-736, 2002.

DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè. El derecho administrativo global. Un nuevo concepto clave del derecho administrativo? **Revista de Administración Pública.** Madrid, n. 199, enero-abril 2016.

DAVIGO, Piercamillo; MANNOZZI, Grazia. **La corruzione in Italia.** Percezione socliale e controlo penale. Laterza, Roma-Bari, 2007.

DAVIS, Kevin E. **Between Impunity and Imperialism:** The Regulation of Transnational Bribery. Oxford University Press, 2019.

DE AMICIS, Gaetano. '*Ne bis in idem'*, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell"U.E: il ruolo dell'Eurojust. **Cassazione penale**, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le Pluralisme Ordonné.** Paris: Seuil, 2006.

DEMING, Stuart H. **The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms.** Chicago, Aba Publishing, 2010.

DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS. **Principles of Federal Prosecution.** Seção 9-27.240 – Initiating and Declining Charges – Prosecution in Another Jurisdiction. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.240>. Acesso em 19 mar. 2024.

DEZAN, Sandro Lúcio. **O princípio do *ne bis in idem* no direito público sancionador.** Curitiba: CRV, 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 3 ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003, v. I.

DOLCINI, Emilio. Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. **RIDPP**, 1984.

EUA. **Foreign Corrupt Practices Act.** Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>. Acesso em 10 mar. 2024.

EUROJUST. **Relatório Anual Eurojust 2016.** Diretrizes para decidir "Que jurisdição deve julgar?". Revistas em 2016. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute>. Acesso em 27 ago. 2023.

EUROJUST. **Case Law by the Court of Justice of the European Union on the Principle of ne bis in idem in Criminal Matters.** April 2020. Disponível em: <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/2020_04_case_law_by_cjeu_on_nebisinidem_en.pdf>. Acesso em 4 abr. 2024.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). **Processo C-537/16**. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0537]. Acesso em: 13 ago. 2023.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 20 de março de 2018. **Processo C-524/15.** Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0524&qid=1709479654011>. Acesso em: 3 mar. 2024.

EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção), de 20 de março de 2018. **Processos C-596/16 e C-597/16.** Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CA0596&from=EM>. Acesso em: 14 ago. 2023.

EVERETT, Jeff. NEU, Dean. RAHAMAN, Abu Shiraz. The Global Fight Against Corruption: A Foucaultian, Virtues-Ethics. **Journal of Business Ethics.** N. 65, 2006.

FAGALI, Bruno. A construção e consolidação do ambiente normativo global de combate à corrupção empresarial. In **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance.** São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 31-75, v. 1, n. 1, jan./mar. 2020.

FALK, Richard. **Law in an emerging global village.** A post-Vestfálian perspective. Ardsley: Transnacional Publishers, 1998.

FASOLIN, Silvia. **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** Tesi di Dottorato. Universtià degli Studi di Ferrara, 2014.

FELISATTI, Valentina. Il principio del *ne bis in idem* transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali. **Legislazione penale,** 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Principa Iuris. Teoria del diritto e dela democrazia: Vol. 1.** Roma: Editora Tropea, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos.** El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado.** Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Porque uma constituição da terra.** In CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI). I Encontro Virtual do CONPEDI, 2020.

FERRARI, Guiseppe Franco. “Corruzione e anticorruzione: lineamenti generali e luoghi comuni”. In **DPCE** *online*, 2019/1.

FERREIRA, Luciano Vaz. **A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?** Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais (Faculdade de

Ciências Econômicas) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2015.

FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do Sujeito.** Curso dado no Collège de France (1981-1982). Edição estabelecida por Frédéric Gros sob a direção de François Exald e Alessandro Fontana. Tradução de Marcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRAGA, Vitor Galvão. O *ne bis in idem* no direito administrativo sancionador. Um olhar sobre o direito europeu e o direito brasileiro. In NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira (Coord.). **Paradigmas do Direito Administrativo Sancionador no Estado Constitucional.** São Paulo: Editora Dialética, 2021.

FRANK, Thomas. The emerging rigth to democracy Governance. **The American Journal of International Law.** V. 86, n. 1, 1992.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **A corrupção política e o Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009.

GARCÍA PLANAS, Gabriel. Consecuencias del principio *non bis in idem* en derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales.** Madrid, v. 42, n. 1, jan./abr. 1989.

GARDOCKI, Lech. Transfer of Proceedings and Transfer of Prisoners as New Forms of International Co-operation. In: ESER, Albin; LAGODNY, Otto. **Principles and procedures of a new transnational criminal law.** Freiburg im Breisgau: Max-Planck Institut, 1992.

GARDOCKI, Lech. Double criminality in extradition Law. **Israel Law Review**, v. 27, 1993.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción. In CARBONELL, Miguel; VÁSQUEZ, Rodolfo (org.). **Poder, Derecho y Corrupción.** México: Siglo XXI Editores, 2003.

GITTARDI, Irene. La miccia è acesa: la Corte di cassazione fa direta applicazione dei pincipi della Carta di Nizza in materia di *ne bis in idem*. **Diritto penale contemporaneo**, n. 4/2017.

GODINHO, Rodrigo de Oliveira. **A OCDE em rota de adaptação ao cenário internacional:** perspectivas para o relacionamento do Brasil com a Organização. Brasília: FUNAG, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y processo.** I. Problemas fundamentales del derecho. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador. In **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Quartier Latin, 2014.

GUERRA, Luis López. "Ne bis in idem" em la jurisprudencia del Tribunal Europeu de Derechos Humanos. **Revista Española de Derecho Europeu**, n. 69, 9-26, 2019.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnacional Legal Orders. In: HALLIDAY, Terrence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). **Transnational Legal Orders.** Cambridge University Press, 2015.

HASELOF, Fabíola Utzig. **Como as nações prosperam:** cooperação internacional e as ações mais poderosas contra corrupção transnacional. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance, e investigação criminal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª Tiragem, 2020.

HELD, David. **Democracy and the global order:** from the modernn state to cosmopolitan Governance. Stanford: Stanford University Press, 1995.

HELFER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. **The Yale Law Journal**, 107, 1997.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal (Vol. IX).** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público.** 11 ed. São Paulo: LTR Editora Limitada, 2012.

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROSECUTORS. **Prosecutorial Guidelines for Casos of Concurrent Jurisdiction.** Making the Decision "Which Jurisdiction Should Prosecute?". The Hague: Netherlands, 2009.

ITÁLIA. **Legge 24 novembre 1981**, **n. 689.** Modifiche al sistema penale.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Europeização do Direito Internacional Privado.** Caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos, ano 4, n. 4, e ano 5, n. 5, 2003-2004, p. 91-122.

JESSUP, Philip. **Direito Transnacional.** Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

KAHN, Daniel. Responding to the Upward Trend of Multijurisdicional Cases: Problems and Solution. **DoJ Journal of Federal Law and Practice.** Outubro, 2018.

KEOHANE, Robert O; NYE JR, Joseph S. Power and Interdependece revisited. **International Organization.** Massachusetts: The MIT Press, Vol 41, n. 4, 1987.

KINDHÄUSER, Urs. Presupuestos de la corrupción punible em el Estado, la economia y la sociedade. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. **Política Criminal.** N. 3, 2007.

KINGSBURY, Benedict; KRISH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. **Law & Contemporary Problems.** Durham: Duke University Law School, vol. 68, n. 3-4. Outono/2005, p. 15-18. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>. Acesso em 23 jul. 2023.

KLITGAARD, Robert E. Tradução de Octavio Alves Velho. **A corrupção sob controle.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters.** Faculty Scholarship Series, 2006, paper 1793. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 23 jul. 2023.

KRISCH, Nico. Global governance as public authority: An introduction. **International journal of constitutional law,** v. 10, n. 4, p. 976-987, 2012.

KRISTOL, Irving. Post-Watergate morality: too good for our good?; The reforms aimed at solving today's problems are likely to constitute the problems of tomorrow.; Distinguished men and women are increasingly reluctant to enter politics. The slightest transgression, however unwitting or irrelevant to the performance of their duties, leaves their reputations stained forever. **The New York Times**, 14 nov. 1976. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1976/11/14/archives/postwatergate-morality-too-good-for-our-good-the-reforms-aimed-at.html>. Acesso em 10 mar. 2024.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Fifth Amendment.** Cornell Law School, fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment.>. Acesso em: 16 mar. 2024.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Inês Ferreira. ***Ne (idem) bis in idem*****:** proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para racionalidade do poder punitivo público. V. I. Lisboa: AAFDL, 2016.

LEÓN VILLALBA. Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas.** Sentido y alcance del princípio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*. In ARROYO ZAPATERO, Luis. NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **El princípio de *'ne bis in idem'* en el derecho penal europeo e internacional.** Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Macha, 2007.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção:** incluindo a nova Lei Anticorrupção. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOCCHI, Maria Chiara. STAFFEN, Marcio Ricardo. A estratégia de *"judicial dialogue"* transnacional no sul global sobre homofobia e penalização do homossexualismo. **Revista novos estudos jurídicos.** Vol. 28, N. 1. Jan-abr. 2023.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **El principio *non bis in idem.*** Madrid: Dykson, 2004.

LOZANO CUTANDA. Blanca. Panorámica general de la potestade sancionadora de la administración em Europa: "despenalización" y garantia. In **Revista de Administración Pública**, 121, 1990.

LOWE, Vaughan. Jurisdiction. In: EVANS, Malcom (ed.) **International law.** New York: Oxford University Press, 2003.

LUPI, André Luppi Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 123-138.

MADRUGA, Antenor. **A reciprocidade como interação entre os Estados.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/cooperacao-internacional-reciprocidade-interacao-entre-estados/>. Acesso em 3 jan. 2024.

MAIA, Carlos Rodolfo Tigre Fonseca. O princípio do "ne bis in idem" e a Constituição brasileira de 1988. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005.

MALEN SEÑA, Jorge F., **Globalizzazione, commercio internazionale e corruzione.** 2000, Bologna, trad. it., 2004.

MANACORDA, Stefano. La corruzione internazionale del pubblico agente. **Linee dell'indagine penalistica**. Napoli, 1999.

MANNOZZI, Grazia. Percezione della corruzione e dinamiche politico-criminali di contenimento e repressione del fenômeno corruttivo. In **Rivista Trimestrale di Diritto Penalle dell'Economia**, 2011.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale:** parte generale. 3. ed. Padova: Cedam, 1992.

MATTES, Heinz. **Problemas del derecho penal administrativo, historia y derecho comparado.** Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial.** 2 ed. 11 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Cooperação internacional no processo penal**: a transferência de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares de. O Brasil e o combate internacional à corrupção. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.

MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia.** Florianópolis: Conceito, 2010.

MONGILLO, Vincenzo. **La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale:** Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale «multilivello» dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

MONTALBANO, Lydia. Il trasferimento di procedimenti nella cooperazione giudiziaria in materia penale: l'impatto della normativa europea sul sistema italiano. In: **Giurisprudenza penale.** 4 Settembre 2013. Disponível em <http://www.giurisprudenzapenale.com/2013/09/04/il-trasferimento-di-procedimenti-nellambito-della-cooperazione-giudiziaria-in-materia-penale-limpatto-della-normativa-europea-sul-sistema-italiano/>. Acesso em 25 mai. 2023.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Teoria dos Jogos e Processo Penal.** Florianópolis: Empório Modara, 2017.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana (Ed.). **Recognition of Foreign Administrative Acts.** Springer, 2016.

NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa:** um debate pela perspectiva penal. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador.** 5. Ed. Madrid: Tecnos, 2012.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Anotações sobre o direito comparado. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.** Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 96-111. Nov. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/252571>. Acesso em 6 abr. 2024.

NOONAN JR., John T. **Subornos.** Trad. Elsa Martins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OCDE. **Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development.** Paris: 1960. Disponível em: <https://www.oecd.org/about/document/oecd-convention.htm>. Acesso em 27 jan. 2024.

OCDE. **Recommendation of the council on Bribery in International Business Transactions.** Paris: 1994. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/1952622.pdf>. Acesso em 29 jul. 2023.

OCDE. **Convention on Combating Bribery of Foregn Public Officials in International Business Transactions.** Paris: 1997. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0293>. Acesso em 30 jan. 2024.

OCDE. **Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Publico Officials in International Business Transactions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>. Acesso em 11 abr. 2024.

OCDE. **Our Mission.** Disponível em: <http://oecd.org/about/>. Acesso em 27 jan. 2024.

OCDE. **Estrutura Organizacional.** Disponível em: <http://oecd.org/about/structure/>. Acesso em 27 jan. 2024.

OCDE. **Lobbysts:** governments and public trust. Volume 3. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-3-9789264214224-en.htm.> Acesso em 1º jun. 2023.

OCDE. **Resolving Foreing Bribery Cases with Non-Trial Resolutions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.htm>. Acesso em 13 mar. 2024.

OCDE. **Working Group on Bribery in International Business Transactions.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdworkinggrouponbriberyininternationalbusinesstransactions.htm>. Acesso em 24 mar. 2024.

OCDE. **Working Group on Bribery in International Business Transactions.** 2022 Annual Report. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecd-working-group-on-bribery-2022-annual-report.pdf>. Acesso em 16 mar. 2024.

OCDE. **OECD Working Group on Bribery. Enforcement is the key!** 2021. Disponível em: <https://ungass2021.unodc.org/uploads/ungass2021/documents/session1/contributions/OECD_Working-Group-on-Bribery-Contribution-UNGASS-2021_.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2024.

OCDE. **OECD Working Group on Bribery Annual Reports 2006-2022.** Disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/oecdworkinggrouponbribery-annualreport.htm>. Acesso em 16 mar. 2024.

ONU. **Resolution 3/1 – Review Mechanism.** 2009. Disponível em: < https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/COSP/session3-resolutions.html>. Acesso em 23 jan. 2024.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro:** Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes e corrupção.** Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista de Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA, Luciana Maria de. **Eficácia do sistema de solução de controvérsias da OMC.** São Paulo: Aduaneiras, 2015.

PADOVANI, Tullio. Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delito, contravvenzione e illecito amministrativo. **Cassazione Penale.** 1987.

PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali i società di mercato.** Lima: EGACAL, 2015.

PAFFARINI, Jacopo. O Transjudicialismo processual e as Cortes de Justiça estatais. In: FORTES, Vinícius Borges *et al.* (Org.). **Seminário acadêmico de direito IMED:** o novo código de processo civil e os desafios para o direito e para a democracia. Carazinho: Deviant, 2015, p. 38-50.

PEGORARO, Lucio. RINELLA, Angelo. **Sistemas constitucionais comparados.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e compliance.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PALAZZO, Francesco. I critério di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. In **L'Illecito Penale Amministrativo: Verifica di um Sistema.** Padova: CEDAM, 1987.

PALIERO, Carlo Enrico. La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta ala criminalità econômica. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Penalle dell'Economia**, 1993.

PANZAVOLTA, Michele. Eurojust: il braccio giudiziario del'Unione. In COPPETTA, Maria Grazia. (Org.). **Profili del processo penale nella costituzione europea.** Torino: Giappichelli, 2005.

PARISI, Nicoletta. A institucionalização de estratégias para prevenção à corrupção: o modelo internacional e o europeu. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte n. 119, p. 397-447 jul./dez. 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PATALANO, Vincenzo. Profili problematici dela corruzione Internazionale. In: AA. VV., **Nuove strategie per la lotta al crimine organizatto transnazionale**. A cura di PATALANO, Vincenzo. Torino: Giapichelli, 2003.

PAVANI, Giorgia. PAFFARINI, Jacopo. **Un acercamento comparado al tema de la corrupción em América Latina.** No prelo.

PELLEGRINO, Francesca. *Ne bis in idem* transnazionale. In PANELLA, L.; RUGGERI, S. (Org.). *Ne bis in idem:* origini ed evoluzione del principio a livello interno e Internazionale. **Rivista telemativa – Ordine Internazionale e Diritti Umani**, jul. 2023, p. 47-61. Disponível em: <www.rivistaoidu.net>. Acesso em 17 mar. 2024.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir em bis in idem.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

PERLINGEIRO, Ricardo. Cooperação Jurídica Internacional. In **O Direito Internacional Contemporâneo,** org. Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PETERKE, Sven. LOPES, Silvia Regina Pontes. Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo: algumas observações críticas. **Verba Juris**. Ano 7, n. 7, jan./dez., 2008.

PETRILLO, Pier Luigi. **Teorias e Técnicas do Lobbying.** São Paulo: Contracorrente, 2022.

PFERSMANN, Otto. Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. In: Revue internationale de droit comparé. vol. 53, N°2, Avril-juin 2001. pp. 275-288. Tradução de Héloise Pandelon. In **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 2, n. 2, 2017.

PIETH, Mark; LOW, Lucinda; BONUCCI, Nicola. **The OECD Convention on Bribery**. A Commentary. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

PINHEIRO, Heron de Jesus Garcez. VELOSO, Roberto Carvalho. Prevenção e Enfrentamento Supranacionais à Corrupção: reflexões sobre a atuação do organismo europeu de luta antifraude. **Revista Brasileira de Direito Internacional.** Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 84-106, Jul./Dez. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Direito processual civil contemporâneo.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. III.

PINTO, Denis Fontes de Souza. **OCDE: uma Visão Brasileira.** Coleção Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. Brasília: IRBr/FUNAG, 2000.

PISANI, Mario. Criminalità organizzata e cooperazione internazionale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano, v. 41, 1998.

POSNER, Eric. **The perils of global legalism.** Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

PUERARI, Adriano Farias. **O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro.** Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016.

PUERARI, Adriano Farias. O Direito de mera ordenação social português como rumo de inspiração ao direito administrativo sancionador brasileiro. In **Direito Administrativo Sancionador Comparado.** Rio de Janeiro: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ), 2021.

RAFARACI, Tommaso. *Ne bis in idem* e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 62, n. 4, out./dez. 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2012.

RECCHIA, Nicola. Il *ne bis in idem* transnazionale nelle fonti eurounitarie. **Rivista italiana di diritto e procedura penale.** Vol. 58, n. 3, 2015, p. 1373-1411.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público.** 14 ed. Revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Bari: Laterza, 2012.

ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo:** uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas. Lisboa: AAFDL. 2014.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho Administartivo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública. In BACELLAR FILHO, Romeu Feilpe; GABARDO, Emerson; hachem, Danuel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo:** novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption: a study in political economy.** Nova York/London: Academic Press, 1978.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Political Economy of Corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Ed.) **Corruption and the Global Economy.** Washington: Institute for Internacional Economics, 1996, p. 31.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e Governo.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020.

ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general. La estrutura de la teoria del delito. Tradución de la 2. ed. alemana. Madrid: Civitas, 2007.

RUFFIA, Paulo Biscaretti di. **Direito Constitucional.** Instituições de Direito Público. 9 ed. Tradução de Maria Helena Diniz. Revisão de Ricardo Olivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Título original: *Diritto costituzionale-Istituzioni di Diritto Publico.*

RUFFO, Mario Alberto. **Diritto Penale Amministrativo.** 2ª ed., Milano: CEDAM, 2004.

SABOYA, Keity. ***Ne bis in idem*:** limites jurídico-constitucionais à persecução penal. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006.

SABOYA, Keity. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem.*** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem:** história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SABOYA, Keity. Ne bis in idem em tempos de multiplicidade de sanções e de agências e controle punitivo. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, v.1, n. 1, pp. 71-92., jul./dez. 2018.

SACCO, Rodolfo. **Introduzione al Diritto Comparato.** V Edizione. Turim: UTET, 1992.

SALINAS, Henrique. **Os limites objetivos do *ne bis in idem*.** E a estrutura acusatória no processo penal português. Lisboa: Universidade Católica Editoria, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SASSEN, Saskia. **Território, autoridade y derechos.** De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015.

SCHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constrainnt. **International Law and Justice Working Papers.** Nova York: New York University School of Law, 2010. Disponível em: <https://www.iilj.org/publications/transnational-legal-process-and-state-change-opportunities-and-constraints/>. Acesso em 18 jan. 2024.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa:** da Idade Médica à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SCHROTH, Peter W. The United States and the International Bribery Conventions. **The American Journal of Comparative Law.** Oxford: Oxford University Press, v. 50, outono/2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. As bases do processo penal transnacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 90, mai./jun. 2011.
SCOLETTA, Marcos. O princípio europeu do ne bis in idem e os modelos punitivos de "via dupla". In AMALFITANO, Chiara. D'Amico, Marilisa. LEONE, Stefania. (ed.). **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em o sistema de proteção integrada**, Torino, 2022. E Diritto Penale Contemporaneo, n. 4/2021.

SELVAGGI, Eugenio. Procedimenti paralleli, la giustizia concordata si fa strada nel sistema. In: **Guida al Diritto,** 4 de novembre 2017, Volume 24, Fasciolo 45.

SHAPIRO, Martin. Administrative law unbounded: reflections of government and Governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, n. 369, v. 08, 2000.

SILVA, Anamara Osório. **Dupla incriminação no Direito Internacional Contemporâneo:** análise sob a perspectiva do processo de extradição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SILVA, Suzana Tavares. **Direitos Fundamentais na Arena Global.** 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução da 2ª edição espanhola, Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIMON, Jan-Michel. Jurisdicción universal. La perspectiva del derecho internacional público. In BAPTISTA, Luiz Otavio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). **Doutrinas essenciais. Direito Internacional.** Vol. III. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

SLAUGTHER, Anne- Marie. A tipology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review,** Richmond, v. 29, p. 122-129, 1994-1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **The real new world order. Foreign Affairs 76**, n. 5, 1997.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New Order.** Princeton: Princeton University Press, 2004.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Sovereignty and Power in a Networked World Order. In: **Stanford Journal of International Law**, v. 40, 2004.

SMITH, Hazel. **Democracy and international relations.** Critical theories/problematic practices. London: MacMillan Press, 2000.

SOUSA, António Francisco. **Direito Administrativo Europeu.** Porto: Vida Econômica, 2016.

SPENA, Alessandro. Il 'turpe mercato'. **Teoria e reforma dei delitti di corruzione publica.** Milano, 2003.

STACY, Helen. Relational Sovereignty. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 55, n. 5, mai. 2003.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Superlegality, global law and the transnacional corruption combat. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, Jan-Abr., 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Indicadores transnacionais de corrupção ambiental: a opacidade na transparência internacional. **Revista de Direito Internacional.** Volume 17, n. 2, 2020.

STAFFEN, Márcio Ricardo. On the Authority of Transnacional Law. **Revista de Estudios Socio-Jurídicos.** 23(1), 465-482. Disponível em: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8175>. Acesso em 9 mar. 2024.

STELZER, Joana. O fenômeno da Transnacionalização da dimensão jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade.** 1 ed., 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

STEWART, Carter. The FCPA is just as relevant and necessary today as thirty-five years ago. In **Ohio State Law Journal Symposium**, 2012. Disponível em: <http://kb.osu.edu/dspace/handle/1811/71556>. Acesso em 10 mar. 2024.

STIGLITZ, Joseph E. **El malestar de la globalización.** Tradução de Carlos Rodrigues Braun. 1 ed. em espanhol. Barcelona: Penguim Random House, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC 173.448/DF**, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 07.03.2023, DJe 13.03.2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 41.557**, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15.12.2020, DJe 10.3.2021.

TEIXEIRA, Adriano. Considerações Introdutórias sobre o Crime de Corrupção Privada. In LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). **Comentários ao direito penal econômico brasileiro.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; CAVALI, Marcelo. **Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>. Acesso em: 14 ago. 2023.

TEUBNER, Gunther. Global bukowina. In TEUBNER, Gunther (ed.). **Global law without a state.** Brookfield: Dartmouth, 1997.

TEUBNER, Gunther. Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world Society. In LADEUR, Karl-Heniz. **Globalization and Public Governance.** Cambridge University Press, 2000.

TEUBNER, Gunther *et al*. **Transnational Governance and constitucionalism.** Oxford: University Oxford Press, 2004.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontexturalidade.** Tradução: Jürgen Volker Dittbrener *et al.* Piracicaba: Editora da Unimep, 2005.

THORTENSEN, Vera. OLIVEIRA, Luciana Maria de. **O sistema de Solução de Controvérsias da OMC.** Uma primeira leitura. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

TOJAL, Tarsila Fonseca. **Corrupção e Princípio de *ne bis in idem*.** Uma análise de sua persecução penal e administrativo-sancionadora. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **The Anti-Corruption Plain Language Guide**, 2009. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/publications/the-anti-corruption-plain-language-guide>. Acesso em 11 abr. 2024.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção.** 2023. Disponível em: < https://transparenciainternacional.org/en/cpi2023>. Acesso em 9 mar. 2024.

UNDERKUFFLER, Laura S. **Captured by Evil:** The Idea of Corruption in Law. New Haven: Yale University Press, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção contra a corrupção envolvendo funcionários públicos.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-

content/summary/convention-against-corruption-involving-public-officials.html>. Acesso em 23 jan. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Decisão-Quadro 2009/948/JAI** do CONSELHO de 30 de novembro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:PT:PDF> Acesso em: 25 mai. 2023.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **State of implementation of the United Nations Convention Against Corruption:** criminalization, law enforcement and international cooperation. 2. Ed. United Nations: Viena, 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/tools_and_publications/state_of_uncac_implementation.html.>. Acesso em 30 mai. 2023.

VAN ALSTINE, Michael P. Treaty Double Jeopardy: the OECD Anti-Bribery Convention and the FCPA. **Ohio State Law Journal**, [S.l.], v. 73, n. 5, p. 1321-1350, 2012. Disponível em: <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs.>. Acesso em 16 mar. 2024.

VANNINI, Alessandra Rossi. **Illecito Depenalizzato-Amministrativo.** Ambito di Applicazione. Milano: Giuffrè, 1990.

VANNUCCI, Alberto. **Atalante della'corruzione.** Torino: Edizione Gruppo Abele, 2012.

VANNUCCI, Alberto. Challenges in the study of corruption: approaches and policy implications. **Revista Brasileira de Direito,** Passo Fundo, v. 13 n. 1, p. 251-281, mar. 2017.

VELHO, Rafael Rott de Campos. **Responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção:** um reflexo de ordens jurídicas transnacionais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VILELA, Alexandra. **O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de "Recorrência" e a de "Erosão" do Direito Penal Clássico.** Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

VINCIGUERRA, Sergio. **La Riforma del Sistema Punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689.** Infrazione Amministrativa e Reato. Padova: CEDAM, 1983.

VON ALEMANN, Ulrich. The unknown depths of political theory: The case for multidimensional concept of corruption. **Crime, Law and Social Change.** V. 42, 2004.

VON BENDA-BECKMAN, Franz. Human rights, cultural relativism, legal pluralism. VON BENDA-BECKMAN, Franz; VON BENDA-BECKMAN, Keebet; GRIFFITHS, Anne. **The power of law in a transnational world.** New York: Berghahn, 2012.

WOLFE, Robert. From Reconstructing Europe to Constructing Globalization: the OECD in historical perspective. In MAHON, Rianne; McBRIDE, Stephen (eds.). **The OECD and Transnational Governance.** Vancouver: UBS Press, 2008.

WOODWARD, Richard. **The Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD).** Nova York: Routledge, 2009.

WYNGAERT, Christine van den. Double criminality as a requirement to jurisdiction. In JAREBORG, Nils (Ed.). **Double criminality:** studies in international criminal law. Uppsala: Iustus Förlag, 1989, p. 43-56.

XAVIER, Marília Barros. **O modelo brasileiro de Direito Administrativo Sancionador:** do processo civil sancionador ao *ne bis in idem*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.