

**FILIPPE LOVATO BATICH**

**Análise crítica do acordo de leniência como política criminal  
internacional para o combate a cartéis internacionais**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2017**

**FILIPPE LOVATO BATICH**

**Análise crítica do acordo de leniência como política criminal  
internacional para o combate a cartéis internacionais**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2017**

Nome: BATICH, Filipe Lovato

Título: Análise crítica do acordo de leniência como política criminal internacional para o combate a cartéis internacionais

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo como exigência parcial para  
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

*À minha família.*

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente agradeço à Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa pela oportunidade e por todo o auxílio na concepção e confecção do presente trabalho, acreditando sempre na contribuição do tema para o Direito Penal.

Aos professores da casa, em especial ao Prof. Dr. Titular Renato de Mello Jorge Silveira e Prof. Dr. Alberto do Amaral Júnior, retribuo, por meio desta pesquisa, todo conhecimento, discussões e conselhos recebidos ao longo do curso.

Pela orientação quase diária com o desenvolvimento desta pesquisa, fico imensamente grato aos Profs. Drs. Davi de Paiva Costa Tangerino e Heloísa Estellita.

Pelo suporte técnico com a pesquisa bibliográfica, agradeço aos membros da Biblioteca do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e aos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Por derradeiro, mas não menos importante, agradeço à minha família por todo o apoio e paciência pelas ausências, mais especificamente, minha esposa Camila, que sempre esteve ao meu lado, incentivando.

“[...] because, just as those who draw landscapes place themselves below in the plain to contemplate the nature of the mountains and of lofty places, and in order to contemplate the plains place themselves upon high mountains, even so to understand the nature of the people it needs to be a prince, and to understand that of princes it needs to be of the people”.

(Nicolo Machiavelli)

## RESUMO

BATICH, Filipe Lovato, *Análise crítica do acordo de leniência como política criminal internacional para o combate a cartéis internacionais*. 2017. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O objeto desta dissertação é a análise da governança internacional dos Programas de Leniência para o combate a cartéis internacionais. A Leniência é uma política criminal internacional e uma política extrapenal (política econômica) para combater cartéis internacionais. A definição do objeto do Direito Internacional Penal pode ser determinado por meio de *compliance*. O *compliance* com o Direito Internacional Penal é resultado de um processo especial envolvendo a internalização e adaptação das regras aos ordenamentos jurídicos dos Estados. O *ius puniendi* ainda é um monopólio estatal. *Soft law* é a fonte do Direito Internacional relativo à Leniência. *Soft Law* é um tipo de política criminal internacional que sugere modelos de *lege ferenda* aos Estados. Existe um alto nível de *compliance* com instrumentos de *soft law* que tratam de Leniência. Os instrumentos de *soft law* em matéria de Leniência baseiam-se no modelo americano e no dilema dos prisioneiros. A Leniência é uma política econômica e criminal que oferece a extinção ou redução da punibilidade a um membro de um cartel com fim de obter informações sobre o crime. A Leniência é uma política proporcional para a luta contra os cartéis internacionais.

Palavras-chave: Acordo de Leniência – Direito Internacional Penal - *Compliance* – Políticas criminais e Políticas Extra-Penais – Extinção da Punibilidade

## ABSTRACT

BATICH, Filipe Lovato: *Critical analysis of the leniency as an international criminal policy to fight against international cartels*, 2017, 190 p. Dissertation (Master) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The focus of this dissertation is the analyses of the international governance of Leniency Programs to fight against international cartels. Leniency is an international criminal policy and a noncriminal policy (economic policy) to fight against international cartels. The definition of the object of International Criminal can be determined through compliance. The compliance with International Criminal law is a result of a special process involving the internalization and adaptation of the rules into States legal systems. The power to impose criminal sanction stills a State monopoly. Soft law is the source of the International Law regarding Leniency. Soft Law is considered a type of international criminal policy, suggesting models of *lege ferenda* to States. There is a high level of compliance with the soft law regarding Leniency. The instruments of soft law regarding Leniency relies on the American model and in the prisoner dilemma. The Leniency is an economic and criminal policy that offers the cure or the reduction of the criminal liability to a member of a cartel in order to obtain information about the criminal offense. The Leniency is a reasonable policy to fight against international cartels.

Keywords: Leniency – International Criminal Law – Compliance – Criminal and Non-Criminal Policies – Cure of the Criminal Liability



# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2. GOVERNANÇA GLOBAL DAS NORMAS PENAS INTERNACIONAIS</b>	13
2.1 Governança do Direito Internacional Penal	18
2.2 O Direito Internacional Penal	26
2.2.1 Perda da legitimidade do <i>ius puniendi</i> estatal	27
2.2.2 Princípio da Justiça Universal e Proteção aos Direitos Humanos	30
2.2.3 Harmonização	35
2.2.4 Análise Crítica às Correntes	43
2.3 Conclusões parciais.	49
<b>3. COMPLIANCE PARA DEFINIÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO OBJETO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL</b>	53
3.1 <i>Compliance</i> no Direito Internacional	53
3.2 Teorias de <i>compliance</i> com normas de Direito Internacional	56
3.2.1 Teoria realista	57
3.2.1.1 Realismos ofensivo e defensivo	59
3.2.1.2 Realismo neoclássico ou neorealismo	62
3.2.2 Teorias Institucionais	64
3.2.2.1 Teorias Institucionais Gerenciais	65
3.2.2.2 Processo legal transnacional	68
3.2.3 Normativistas ou Legalistas	70
3.2.4 Liberais	75
3.3 <i>Compliance</i> no Direito Internacional Penal	79
3.4. Conclusões parciais	90

<b>4. A GOVERNANÇA E O <i>COMPLIANCE</i> ÀS NORMAS INTERNACIONAIS QUE TRATAM DO ACORDO DE LENIÊNCIA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA</b>	92
4.1 Fontes	92
4.1.1 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico	96
4.1.2 Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento	100
4.1.3 <i>International Competition Network</i>	104
4.2 Recepção das normas pelos Estados	106
4.3 O papel da <i>soft law</i> na governança internacional dos acordos de leniência	111
4.3.1 O conceito de <i>Soft Law</i>	112
4.4 <i>Soft law</i> como instrumentos de política criminal	119
4.4.1 Política criminal internacional	122
4.4.2 Características de política criminal internacional	124
4.5 Conclusões parciais	125
<b>5. A ADEQUAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO POLÍTICA CRIMINAL</b>	127
5.1 O acordo de leniência	127
5.1.1 Origem	127
5.1.2 Reflexos do sistema norte-americano	134
5.1.3 Lógica econômico-política do acordo de leniência	138
5.1.4 Natureza Jurídica	144
5.2 Ponderação sobre a aplicação do acordo de leniência para o combate a cartéis internacionais	154

5.2.1 Governança contemporânea do acordo de leniência para o combate a cartéis internacionais	157
5.2.2 Proporcionalidade do acordo de leniência como política criminal	157
5.3 Conclusões parciais	164
<b>6. CONCLUSÃO</b>	168
<b>REFERÊNCIAS</b>	174
<b>DOCUMENTOS CONSULTADOS</b>	186
<b>ANEXO A</b>	189

## 1. INTRODUÇÃO

Não foi somente a economia que se globalizou, mas sim toda a sociedade e, conseqüentemente, o Direito Penal. Este último enfrenta dilemas entre como manter sua concepção clássica de *ultima ratio* e adaptar a sua dogmática e exercer o *ius puniendi* (poder eminentemente estatal) em um mundo que requer o combate a crimes transnacionais.

Dentro deste contexto, organismos internacionais emanam instrumentos que recomendam a criminalização e a cooperação na persecução de novas condutas típicas com o fim de combater à criminalidade, que também se globalizou. Porém, um instituto foge a tal regra: o acordo de leniência.

Como se verá adiante, o acordo de leniência é uma forma de combate a crimes de cartel que, principalmente a partir do presente século, tornou-se comum em muitos ordenamentos jurídicos, em decorrência de políticas advindas tanto de tradicionais, quanto novas, organizações transnacionais.

É um instituto que visa atrair membros de cartéis por meio de benefícios, dentre eles o afastamento de sanções penais, para que adotem posturas colaborativas com as autoridades públicas. Para ser efetivo, a experiência internacional demonstra que a incorporação de uma série de disposições legais, por parte dos Estados, faz-se necessária.

O objetivo da presente pesquisa é analisar a governança internacional do acordo de leniência, como ferramenta eficaz ao combate de cartéis internacionais. Contudo, para tal fim, a presente pesquisa enfrentou diversas dificuldades advindas das barreiras de compatibilidade entre o Direito Internacional e o Direito Penal.

Apesar de atualmente se entender que o Direito Penal é um sistema aberto, que incorpora orientações de natureza político criminal, parece que a dogmática pouco analisou o impacto de políticas criminais ou extrapenais internacionais no ordenamento jurídico de cada Estado.

Ademais há uma carência de estudos que tratem da governança e da incorporação de normas internacionais de Direito Penal que não resultem na criação de novos tipos penais, mas, que, pelo contrário, determinem o afastamento da pena restritiva de liberdade para situações especiais, revestidas de punibilidade.

O primeiro desafio encontrado, tratado pelo Capítulo 1, foi o de conceituar o que é Direito Internacional Penal para determinar suas fontes, sistemática e princípios que devem regê-lo. Nesse sentido, há uma divergência doutrinária sobre qual é o objeto do Direito Internacional Penal, levando a diferentes concepções doutrinárias sobre sua dogmática.

O Capítulo 2 aborda o conceito de *compliance* com as normas de Direito Internacional que tratam de assuntos criminais como forma de interpretação sobre o que é Direito Internacional Penal. Especificamente, verifica-se como deve ser realizada a incorporação de tais normas pelos ordenamentos jurídicos internos para que elas sejam eficazes e, conseqüentemente, produzam efeitos.

A governança internacional do acordo de leniência, englobando suas fontes em nível internacional (organismos internacionais e o tipo de normas por eles produzidas) e o efeito que tais normas internacionais produzem será o objeto de análise do Capítulo 3.

Por derradeiro, no Capítulo 4 será realizada uma análise crítica sobre o acordo de leniência a partir de suas origens, alterações que levaram a ser mais eficaz, a lógica por trás de sua sistemática, sua natureza jurídica e, principalmente, para se ponderar se o acordo de leniência é um instrumento proporcional para alcançar os fins que almeja.

## 2. GOVERNANÇA GLOBAL DAS NORMAS PENAIS INTERNACIONAIS

A Governança Global<sup>1</sup> estuda a complexa organização da sociedade mundial contemporânea e as formas como as relações internacionais de poder são exercidas por múltiplos atores<sup>2</sup>, sendo objeto tanto das ciências jurídicas quanto das relações internacionais.

Três aspectos podem ser apontados como causas do desenvolvimento da Governança Global nos últimos anos<sup>3</sup>: (i) o espectro transnacional, e até mesmo global, dos problemas enfrentados pela sociedade contemporânea; (ii) a alteração do número e da natureza dos atores internacionais; e (iii) as percepções sobre as limitações de medidas internacionais que governam o planeta. Tais fatores também influenciaram a elaboração de instrumentos normativos penais internacionais.

A partir da década de 1970, os avanços tecnológicos e de comunicação favoreceram o reconhecimento de que a solução de alguns problemas estava além do poder e da capacidade de um único Estado, dependendo da interação e integração de estratégias conjuntas entre Estados para sua mitigação. “Na era moderna, pessoas, mercadorias, capital, tecnologias, informação e comunicações, bem como riscos aparecem ser as únicas partes

---

<sup>1</sup> “Por um lado, a governança global se demonstrou tanto difundida quanto útil para descrever o crescimento complexo da forma em que o mundo está organizado e o exercício da autoridade bem como um meio rápido

































Porém, o Direito Internacional Penal difere do Direito Internacional Público em razão de uma característica única: a origem tripartida tanto do Direito Internacional Humanitário quanto dos Direitos Humanos bem como do Direito Penal doméstico<sup>66</sup>.

Segundo Kai Ambos<sup>67</sup>, o Direito Internacional Penal teria sido, recentemente, robustecido pelo o Estatuto de Roma e pela criação da Corte Penal Internacional, que consolidou um sistema de Direito Penal da comunidade internacional, e pela estipulação de um ordenamento jurídico-penal novo e autônomo<sup>68</sup>. Um verdadeiro microssistema autônomo<sup>69</sup>.

As normas do Estatuto de Roma não apenas ampliaram o âmbito de regulação do Direito Internacional Penal, como também de seus fundamentos jurídicos materiais e de outras zonas acessórias ao Direito Penal, como a execução penal, a cooperação internacional e a assistência judiciária necessária para a persecução dos delitos nele tipificados bem como o próprio processamento das infrações. De acordo com Jorge Bacelar Gouveia, podem-se extrair três elementos fundamentais do Estatuto de Roma<sup>70</sup>: (i) formal, que trata de seus princípios e normas; (ii) material, que define os tipos penais dos crimes internacionais e as respectivas penas; e (iii) funcional, constituído pelas instituições internacionais responsáveis pela aplicação e fiscalização das regras, bem como pelas cortes internacionais.

Os principais expositores dessa corrente apontam quatro elementos para que uma conduta típica seja definida como integrante do Direito Internacional Penal e não seja

---

<sup>66</sup> CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 5.

<sup>67</sup> A ideia de que o Estatuto de Roma é o instrumento que consolidou o Direito Internacional Penal também é verificada na doutrina portuguesa, em especial no estudo de GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito internacional penal: uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>68</sup> AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. esp. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 35.

<sup>69</sup> A posição de autonomia própria para o Direito Internacional Penal de acordo Kai Ambos está caracterizada em outras obras, em que o autor extrai uma sistemática própria do Estatuto de Roma, como se vê em AMBOS, Kai. *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008 e AMBOS, Kai. *¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional: dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional*. Trad. Ezequiel Malarino e Carolina Aguilera Marinovic. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho da Universidad Externado de Colombia, 2013.

<sup>70</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito internacional penal: uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 66.

confundida como uma norma de Direito Internacional Público ou de Direito Penal doméstico<sup>71 e 72</sup>:

i. Tipicidade: violação apenas de duas fontes normativas dispostas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, quais sejam, as normas costumeiras internacionais e os tratados internacionais. Os tratados internacionais apenas podem ser fontes de Direito Internacional Penal somente quando seus textos tiverem uma característica de Direito Consuetudinário Internacional, qual seja, seus efeitos não sejam limitados entre alguns poucos Estados ou somente entre as partes que celebraram o tratado, precisando ter natureza multilateral;

ii. Bens Jurídicos: as normas devem tutelar valores comuns a toda comunidade internacional, de forma a vincularem todos os indivíduos e os próprios Estados e seus agentes;

iii. Jurisdição Universal<sup>73</sup>: é necessária a existência de um interesse universal na persecução da conduta como crime, ou seja, sua persecução criminal deve ser regida pelo princípio da Justiça Universal. De acordo com esse princípio, caso estejam presentes certas condições, os autores das condutas tuteladas pelo Direito Internacional Penal podem ser processados e punidos por qualquer Estado, de acordo com as normas internacionais. A “lógica moral da justiça universal é que violações à direitos humanos são tão prejudiciais que todas as pessoas e governos são

---

<sup>71</sup> Op. cit., p. 20.

<sup>72</sup> LEE, Win-chiat. International crimes and universal jurisdiction. In: MAY, Larry; HOSKINS, Zachary (Eds.). *International criminal law and philosophy*. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 24 e CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 20.

<sup>73</sup> Para Ana Isabel Pérez Cepeda “El principio de justicia universal, que cuenta ya con una praxis jurisprudencial y tiene una transcendencia en el pensamiento jurídico y político, determina la obligación general para todos los Estados de castigar a los responsables de los crímenes internacionales más graves, independientemente de la nacionalidad de sus autores, del lugar donde hayan sido cometidos y no siendo necesaria existencia de vínculo efectivo con el Estado que intenta reprimir el delito la aplicación del principio pone en marcha un complejísimo entramado jurídico-penal-procesal-internacional que tiene a la Humanidad como sujeto de derechos y que ha significado un salto cualitativo muy importante en la protección jurisdiccional de los derechos humanos en la aldea global”. (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El principio de justicia universal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.); BENITO SÁNCHEZ, Demelsa (Ed.). *El principio de justicia universal: una propuesta de lege ferenda*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013, p. 9).

moralmente outorgados, licenciando cortes nacionais a agir como procuradoras do sentimento internacional”<sup>74</sup>; e,

iv. Sujeito Ativo Especial: é quando o autor do delito agiu no exercício de uma função pública ou oficial e goza de imunidade contra a persecução criminal em relação a tais atos nos Estados em que eles foram perpetrados.

A macrocriminalidade ou o objeto do Direito Internacional Penal diferenciaria-se qualitativamente das formas ordinárias de criminalização e também das formas especiais, como o terrorismo e os crimes de colarinho branco, devido às condições políticas de exceção e ao papel ativo que ela (macrocriminalidade) desempenha dentro de um determinado Estado<sup>75</sup>.

No Brasil, essa corrente é representada por Cláudia Perrone-Moisés. Segundo seu entendimento, o Direito Internacional Penal guarda estreita violação à violações e a consequente sanção aos direitos humanos e humanitários<sup>76</sup>. Tais crimes não estão tipificados em um instrumento singular, pois “a comunidade internacional foi aos poucos definindo os crimes em tratados que ora regulam determinados crimes, ora estabelecem tribunais internacionais de caráter penal”<sup>77</sup> e, conseqüentemente não existiria uma maneira de determinar quais condutas são tipificadas como crime. Pare ela, a origem do Direito Internacional Penal remontaria os crimes julgados pelo Tribunal de Nuremberg, pois, em tal momento, se verificou que “existem certas exigências fundamentais da vida na sociedade internacional e que as violações das regras relativas a tais exigências constituem crimes internacionais”<sup>78</sup> que tutelariam a paz e a dignidade do ser humano, interesses fundamentais a todos os Estados.

## 2.2.2 Princípio da Justiça Universal e Proteção aos Direitos Humanos

<sup>74</sup> STACY, Helen. Criminalizing culture. In: MAY, Larry; HOSKINS, Zachary (Orgs.). *International criminal law and philosophy*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 79.

<sup>75</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El principio de justicia universal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.); BENITO SÁNCHEZ, Demelsa (Ed.). *El principio de justicia universal: una propuesta de lege ferenda*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013, p. 44-45.

<sup>76</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional penal: imunidades e anistias*. Barueri: Manole, 2012, p. 5.

<sup>77</sup> Op. cit., p. 5.

<sup>78</sup> Op. cit., p. 6.

Como adiantado anteriormente, o princípio da justiça universal<sup>79</sup>, ou jurisdição universal, é caracterizado pela obrigação geral de todos os Estados de punir os responsáveis por crimes internacionais<sup>80</sup>.

É uma cooperação *ad hoc* na persecução de crimes por Estados, já que se algum deles tem qualquer dificuldade de realizar a persecução e punição de fatos definidos como crimes internacionais dentro de sua jurisdição, outro Estado pode substituí-lo em tal função, criando um sistema que inibiria falhas no combate dessa categoria de delitos. Entretanto, quais seriam os crimes internacionais para quem defende a sua aplicação?

Para esta corrente, o Direito Internacional Penal é composto por uma série de disposições internacionais estabelecidas tanto pelo Direito Consuetudinário ou acordada por outro meio que resulte na incriminação de certos tipos de condutas, variando desde os chamados crimes de guerra até delitos comuns, mas cuja persecução é de interesse internacional<sup>81</sup>.

A forma de persecução criminal da conduta tipificada pelo Direito Internacional Penal não está relacionada com a sua conceituação, podendo ela ser executada tanto por organizações internas ou externas quanto por um determinado Estado. Segundo Bassiouni<sup>82</sup> a persecução do crime internacional está submetida ao princípio da justiça universal, a partir do momento em que os Estados signatários se comprometem a tipificar, em seus ordenamentos, tal conduta como crime e, conseqüentemente, a realizar a persecução penal contra seus autores ou, alternativamente, conceder sua extradição. Seriam características comuns aos interesses internacionalmente tutelados pelo Direito Internacional Penal:

“1) la conducta incriminada suele ser una conducta individual, incluso cuando el hecho ha sido cometido por pequeños grupos; 2) el móvil de la misma es de orden privado o económico, no político;

---

<sup>79</sup> Segundo Ana Isabel Pérez Cepeda “[...] el concepto de ‘justicia universal’, comprende: en un sentido amplio, el ejercicio de la jurisdicción penal internacional por crímenes internacionales tanto por tribunales nacionales como por tribunales supranacionales y mixtos y en un sentido estricto, se trata de la jurisdicción extraterritorial ejercitada por los tribunales nacionales”. (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Principio de justicia penal universal versus principio de jurisdicción penal internacional*. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Ed.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 62).

<sup>80</sup> Sobre a aplicação do princípio da Justiça Universal destaca-se o trabalho de O’KEEFE, Roger. Universal jurisdiction: clarifying the basic concep. *Journal of International Criminal Justice*, set. 2004. Disponível em: < <http://jicj.oxfordjournals.org/content/2/3/735.full.pdf+html> >. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>81</sup> CHERIF BASSIOUNI, M. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*. Trad. Jose L. de La Cuesta Arzamendi. Madri: Tecnos S.A., 1984, p. 53.

<sup>82</sup> Op. cit., p. 69.



3) supone un daño a las personas o intereses privados; 4) implica a más de un Estado en su preparación o ejecución; 5) el interés que afecta es un asunto que concierne a todos o a un número sustancial de Estados, y consiguientemente, los Estados comparten el interés de su prevención, control y represión; 6) para conseguir estos resultados la cooperación internacional parece esencial; 7) la conducta en cuestión constituye, por lo general, un delito para el Derecho interno”<sup>83</sup>.

Para Bassiouni, os delitos comuns atentatórios contra interesses internacionalmente protegidos seriam tipificações de condutas de vital importância para a sociedade mundial que vêm sendo progressivamente tuteladas pelo Direito Consuetudinário Internacional e, mais recentemente, por tratados. Esses últimos impõem ao Estado signatário a necessidade de adotar o compromisso de persecução contra os autores, por meio de seu direito interno ou que o Estado extradite o criminoso ao Estado que assim requeira (incluindo o princípio da justiça universal) ou, então, que submeta tal indivíduo à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional<sup>84</sup>.

De acordo com Bassiouni<sup>85</sup>, existe um modelo que normalmente é seguido para a formulação de norma de Direito Internacional Penal. Primeiramente, a conduta é tipificada como crime pelos ordenamentos jurídicos dos Estados. Posteriormente, por influência doutrinária ou de encontros de organismos internacionais, inicia-se uma consciência universal sobre a necessidade de tutela penal em nível internacional da conduta. Em seguida, é elaborado um projeto ou um tratado que busca apenas declarar que a referida conduta atenta ou viola o Direito Internacional. Por fim, editam-se um ou mais instrumentos legais adicionais, prescrevendo determinações mais específicas ao primeiro, com o fim de se declarar que a conduta ou comportamento em questão devem ser tipificados como um crime internacional.

Zapatero<sup>86</sup>, principalmente levando em consideração o contexto espanhol, aponta que o princípio da jurisdição universal vem sendo amplamente debatido nos últimos anos. Sua concepção originária está fundamentada no princípio da solidariedade internacional, que busca proteger valores essenciais da humanidade e combater a impunidade em relação à lesão a tais valores. Para Zapatero, o princípio da jurisdição universal tem como fim complementar o princípio da territorialidade, ou seja, uma forma subsidiária das jurisdições

---

<sup>83</sup> Op. cit., p. 69.

<sup>84</sup> Cabe destacar que o trabalho ora analisado é anterior ao Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

<sup>85</sup> Op. cit. p., 69.

<sup>86</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *Código de derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2008, p. 23.

nacionais. Sua aplicação denota importantes conflitos políticos, principalmente em relação aos seus limites, sendo que se deve buscar um equilíbrio entre os Estados, caso contrário um ou alguns deles pode se converter em uma “polícia mundial”.

Ana Isabel Pérez Cepeda e Demelsa Benito Sánchez<sup>87</sup>, entendem que a obrigação de persecução universal está vinculada aos crimes internacionais mais graves, independentemente da nacionalidade de seus autores e do local em que foi cometido. Seria uma resposta aos fatos que os Estados entendem como reprováveis, mas que não foram cometidos em seus territórios, estando, *a priori*, submetidos à jurisdição de outros Estados.

De acordo com elas, houve uma evolução temporal do rol de delitos suscetíveis ao princípio da jurisdição universal<sup>88</sup>, resultando em uma expansão que incluiu crimes de natureza distinta daqueles cuja persecução requer uma cooperação entre os Estados, sendo divididos em duas categorias de acordo com os bens jurídicos tutelados.

O primeiro grupo de delitos são os chamados *crímenes internacionales de primer grado o crímenes internacionales em sentido estricto*<sup>89</sup>. Esta categoria engloba todas as condutas que afetam (expõem a perigo ou lesem) bens jurídicos vinculados com a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade, ou seja, bens jurídicos que pertençam a toda comunidade internacional e não são patrimônio de um Estado específico. Todos Estados teriam a obrigação de combater e punir criminalmente essas condutas, já que as normas que as tipificam possuem efeitos *erga omnes* e *jus cogen*. Nesse sentido, elas não possibilitariam a aplicação de institutos de direito interno que proibam a extradição de seus autores ou que lhes garantam qualquer tipo de imunidade legal.

---

<sup>87</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El principio de justicia universal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.); BENITO SÁNCHEZ, Demelsa (Ed.). *El principio de justicia universal: una propuesta de lege ferenda*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013, p. 9.

<sup>88</sup> “Históricamente el primer problema se presentó en relación con delitos que se llevan a cabo en espacios internacionales, entendiéndose por tales los sometidos a la soberanía de un Estado. Así la piratería marítima apareció como un comportamiento cuya represión va más allá de las fronteras de los Estados, pues la realización de la misma normalmente tenía lugar en alta mar, lugar sobre el que ningún Estado ejerce su soberanía”. (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Acerca de la internacionalización del derecho penal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 33).

<sup>89</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El principio de justicia universal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.); BENITO SÁNCHEZ, Demelsa (Ed.). *El principio de justicia universal: una propuesta de lege ferenda*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013, p. 10.

Para Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, esses delitos seriam a primeira linha de internacionalização do Direito Penal. Valores como a paz, a integridade da comunidade internacional são bens jurídicos que possuem significado internacional e de titularidade de toda humanidade, pois são vinculados a Direitos Humanos e demandam uma resposta penal e processual penal imediata<sup>90</sup>. Conforme seu entendimento, “la respuesta penal frente a estos delitos constituye la base de un derecho penal internacional que reposa en último término en el valor de la Declaración de Derechos Humanos”<sup>91</sup>.

A segunda categoria de delitos internacionais é a dos *crímenes internacionales de segundo grado*, *crímenes internacionales en sentido amplio* ou simplesmente *crímenes transnacionales*. Tratam dos delitos que afetam bens jurídicos cuja tutela necessita da cooperação internacional de mais de um Estado, porque: (i) ou eles acontecem em locais em que nenhum Estado possui jurisdição, como no caso da pirataria; (ii) ou transpassam a fronteira de um determinado Estado, como no caso da lavagem de dinheiro e tráfico internacional de entorpecentes. Logo, para a proteção desses bens jurídicos é necessária uma política criminal coordenada entre os Estados.

Aos *crímenes internacionales en sentido estricto* deve-se aplicar o princípio de justiça universal absoluta. Ao ser incorporado no ordenamento jurídico doméstico de cada Estado<sup>92</sup>, não se pode impor limitações aos seus Tribunais caso forem instados a se manifestar sobre fatos que afetam bens jurídicos que pertencem a toda humanidade<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Acerca de la internacionalización del derecho penal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 23.

<sup>91</sup> Op. cit., p. 28.

<sup>92</sup> “O status dos tratados no Direito interno é determinado por duas diferentes técnicas constitucionais, mencionadas neste estudo como 'incorporação legislativa' e 'incorporação automática'. Em alguns Estados as previsões de tratados ratificados não se transformam em leis internas, ao menos que sejam adotadas como legislação pelos métodos ordinários. O ato legislativo que edita a lei como norma interna é um ato inteiramente distinto do ato de ratificação do tratado. Neste caso, as previsões do tratado não se tornam direito interno. Este método, conhecido como 'incorporação legislativa' é acolhido, dentre outros, pelo Reino Unido, pelos países do *Commonwealth* e pelos países escandinavos. Em outros Estados, que possuem um sistema diferente, os tratados ratificados se transformam em lei interna em virtude da ratificação. Este método é chamado 'incorporação automática' e é o método adotado, dentre outros, pela França, Suíça, países Baixos, Estados Unidos e alguns países latino-americanos, africanos e asiáticos. É importante observar que em muitos Estados, a promulgação ou a publicação dos tratados podem também ser atos necessários para que eles entrem em vigor no Direito Interno”. (LEARY, Virginia. *International labor conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. Boston: Martinus Nijhoff, 1982, p. 36).

<sup>93</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Acerca de la internacionalización del derecho penal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 10-11.

Para os *crímenes transnacionales*, deve ser aplicado o princípio da justiça universal limitada ou relativa, no qual o legislador tem que buscar um limite para que um determinado Estado possa analisar e processar os fatos criminosos<sup>94</sup>. Ou seja, caberá certa discricionariedade de acordo com a política criminal adotada<sup>95</sup>.

Por fim, segundo Ana Isabel Cepeda<sup>96</sup>, uma norma imperativa de Direito Internacional Público não é uma fonte imediata de Direito Internacional Penal que possa ser aplicada automaticamente por meio do princípio da justiça universal. A lei nacional, assim como a norma internacional, deve incluir a incriminação universal para o crime, garantindo seu efeito *jus cogen*.

### 2.2.3 Harmonização

Ao tratar dos instrumentos de Direito Internacional, responsáveis pela internacionalização do Direito Penal, Joachim Vogel dispõe que não existe um conceito claro do que é harmonização<sup>97</sup>. Para realizar tal conclusão, ele se baseia no pensamento Tiedmann, que divide a harmonização em três fenômenos distintos: assimilação, padronização e unificação.

Assimilação é o processo pelo qual os Estados devem proteger seus interesses próprios por meio de agrupamentos ou uniões. Todavia, essa forma de união não gera harmonização legislativa. Estudando a aplicação das normas internacionais dentro da União Europeia, Vogel aponta que a harmonização também não significa padronização ou unificação. Citando Delmas-Marti, Vogel propõe que a harmonização conduz à redução das diferenças, mas sem impor regras idênticas, com o fim de que cada ordenamento jurídico nacional mantenha sua própria identidade. Seria uma forma de adaptação<sup>98</sup>, por meio da criação de “standard mínimos”<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> Op. cit., p. 11.

<sup>95</sup> O que se difere das normas de aplicação de Direito Penal comum aos ordenamentos jurídicos, como no caso do artigo 7º do Código Penal brasileiro.

<sup>96</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Principio de justicia penal universal versus principio de jurisdicción penal internacional*. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Ed.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 62.

<sup>97</sup> VOGEL, Joachim. Por un código penal europeo. *Iter Criminis*: revista de ciencias penales, México, n. 9, p. 316-317, jan./mar. 2004.

<sup>98</sup> Op. cit., p. 317.

<sup>99</sup> VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. *Revista Penal*. Valencia, n. 22, p. 163, jul. 2008.

Analisando o processo de harmonização decorrente de disposições específicas da União Europeia, Vogel aponta duas formas de harmonização no tocante às sanções. Primeiro, quando os membros desse bloco regional devem estabelecer punibilidades mínimas ou básicas sobre algumas tutelas específicas. Esta seria uma forma de harmonização extensiva. Segundo, apesar de não se contar com exemplos práticos, também é possível um processo de harmonização restritivo, situação em que instrumentos jurídicos determinam a redução de penas ou mesmo a descriminalização de uma determinada conduta entre os Estados.

Vogel também aponta dois tipos de harmonização<sup>100</sup> ao classificar a internalização dos instrumentos normativos internacionais nos ordenamentos jurídicos de cada Estado. A primeira é a harmonização negativa ou limitada, responsável por fixar padrões mínimos obrigatórios internacionalmente, tratando de garantias penais e processuais penais. Trata-se de convenções de direitos humanos como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos etc. A harmonização positiva ou extensiva supõe que, por meio de instrumentos internacionais, os Estados se comprometam a sancionar determinadas condutas e criar ferramentas que facilitem a persecução e tais condutas. Nessa segunda categoria de harmonização estariam novos delitos como lavagem e dinheiro, relacionados ao terrorismo dentre outros.

Segundo Vogel<sup>101</sup>, a harmonização não seria um fim si mesmo, mas sim aquilo que a harmonização legislativa persegue. Não se trata apenas de um mero *compliance* com as normas do sistema da União Europeia que tratam da harmonização, pois há fins político-criminais. O primeiro seria o de tutelar o modelo de mercado comum por meio do Direito Penal. O segundo, é o de se evitar a criação “ilhas de impunidade”, blindando de forma igualitária os cidadãos que formam a União Europeia, o que necessita também de uma forte cooperação entre os Estados membros para a persecução de tais condutas. Por derradeiro, também há um fim político, de consolidar o poder da Comunidade e da União em relação aos Estados membros.

---

<sup>100</sup> Op. cit., p. 163.

<sup>101</sup> VOGEL, Joachim. Por un código penal europeo. *Iter Criminis*: revista de ciencias penales, México, n. 9, p. 320-321, jan./mar. 2004.

Para Delmas-Marty<sup>102</sup>, a harmonização pode ocorrer tanto em escala regional quanto internacional e envolve um processo trifásico. A primeira fase trata como critério de elaboração das normas descreverá o grau de integração normativa, que pode se dar de forma vertical (como ocorre no âmbito da União Europeia, onde existe condições mínimas para a harmonização) ou horizontal (relacionada à noção de complementariedade). A segunda fase trata da aplicação, principalmente à sua vinculação (*compliance*). A aplicação não depende apenas da regulamentação. Normalmente, de acordo com a autora, a regulamentação se dá por meio de *hard law* e a aplicação por meio de *soft law*<sup>103</sup>. A terceira e última fase engloba o controle das normas e eventuais sanções ao seu descumprimento.

Dentro do processo proposto por Delmas-Marty, existem três tipos de controle: (i) o supranacional, como ocorre no caso do Tribunal Penal Internacional; (ii) o nacional, quando a harmonização implica a integração da norma ao ordenamento jurídico de um determinado Estado; e, (iii) transnacional, quando organismos internacionais avaliam seus estados membros.

Conclui ela que a combinação de processos e modelos de controle geraria modelos de harmonização, quais sejam, aqueles que utilizam uma lógica vertical, que gerariam uma unificação ou um universalismo das normas; e aqueles revestidos com uma lógica horizontal, que resulta em modelos de cooperação e auto regulação; e, os com uma lógica mista, que possui uma certa flexibilidade, no qual se encontra a harmonização (*stricto sensu*).

Klaus Tiedemann, desde a década de 1990, apontava algumas teses sobre as características e o alcance dos fatores que geram a harmonização do Direito Penal no contexto da União Europeia, sendo que tais ideias, com as devidas restrições, podem ser transportadas para o âmbito internacional: (i) o ordenamento jurídico penal em geral penal, em geral, é suscetível à harmonização, sendo que esta pode ocorrer tanto de forma geral (como em relação a um código), quanto específica (alguns tipos específicos); (ii) busca a implementação de padrões mínimos com o fim de se alcançar a harmonização dos ordenamentos jurídicos; (iii) sua necessidade e efeitos dependem apenas parcialmente de

---

<sup>102</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. Introducción: objetivos y metodología. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 36-39.

<sup>103</sup> A conceituação e distinções entre *hard law* e *soft law* serão abordadas no capítulo 3.

normas internacionais e mais de um Direito Penal material isonômico, pois estão vinculadas à princípios como reciprocidade e dupla incriminação; (iv) depende do estabelecimento de instituições internacionais cujas ações acarretam repercussões nos ordenamentos jurídicos nacionais<sup>104</sup>.

Para Zapatero, a “universalização da justiça penal, a globalização da criminalidade e a harmonização das normas penais demandam uma nova forma de se fazer direito comparado”<sup>105</sup>, que pode ser obtido pela “hibridação das normas” impostas, preferencialmente de forma vertical. Seriam três os fatores que desencadearam o processo de harmonização<sup>106</sup>. O primeiro e mais importante foram as Guerras Mundiais, como uma reação aos massacres e crimes contra a humanidade em tais conflitos. O segundo é chamado por Zapatero de “crise de criminalidade”, criminalidade essa decorrente de fenômenos modernos como migração, globalização, 11 de setembro, ou seja, de eventos que impactaram e impactam o cotidiano dos cidadãos em todo o mundo. O terceiro fator são as inovações tecnológicas, entendidas como meios fabulosos que auxiliam a criminalidade organizada.

Maíra Rocha Machado parte da concepção que “é possível identificar distintas situações nas quais á um crime é conferido o status de internacional”<sup>107</sup>, pois a doutrina ainda não apontou um denominador comum a condutas suscetíveis de punição que possam ser classificadas como integrantes do Direito Internacional Penal.

Segundo seu trabalho, o crime internacional pode ser pautado: (i) tanto em relação ao seu aspecto comportamental, ou geográfico, tratando-se das condutas que atravessam, ou podem atravessar, fronteiras territoriais; (ii) quanto no aspecto normativo, contemplando as condutas tipificadas em estruturas normativas de Direito Internacional Público ou emanadas organizacionais supranacionais, como tratados ou convenções:

---

<sup>104</sup> TIEDEMANN, Klaus; CANCIO MELIÁ, Manuel. La armonización del derecho penal en los estados miembros de la Unión Europea. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, v. 49, n. 2, p. 390-391, mai/ago. 1996.

<sup>105</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do direito penal: idéias e processo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 18, n. 84, p. 64, mai./jun. 2010.

<sup>106</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis. La armonización internacional del derecho penal: hechos, actores y procesos en los caminos de la armonización. *European Inklings (EUi)*, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/EyC+32+Armonizaci%C3%B3n+Penal+DIG.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>107</sup> MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 20.

“Apesar da ausência de uma definição institucional, de quais são os crimes internacionais ou dos critérios para estabelecê-los, há, efetivamente, uma série de fatos e problemas que recebem, hoje, um tratamento de crime e de internacional. A fórmula mais genérica possível de abarcar esse conjunto de problemas é composta por dois elementos: (i) a existência de uma questão qualquer, à qual se poderia atribuir ou não a condição de crime, e (ii) o envolvimento de dois ou mais Estados em algum momento do longo percurso que atravessa um fato qualquer para se tornar crime”<sup>108</sup>.

Segundo ela, o conceito de Direito Internacional Penal pode ser alcançado por meio dos processos de “uniformização”, “harmonização” e “unificação”<sup>109</sup>, pelos quais se pode traçar uma relação entre os instrumentos internacionais e os ordenamentos jurídicos singulares de cada Estado<sup>110</sup>.

A unificação consiste em substituir direitos formalmente distintos, tantos os emanados individualmente pelos Estados quanto por organismos internacionais, por uma fonte de direito única ou corpo único de disposições. Em outras palavras, disposições legais que seriam exatamente iguais em todos os ordenamentos jurídicos.

A uniformização se caracteriza pela inserção de regras idênticas no ordenamento jurídico de cada Estado, mas não únicas, uma vez que elas são incorporadas a cada um dos ordenamentos jurídicos e devem se adaptar a cada um deles.

Harmonização é uma equivalência de regras nacionais ou da aplicação de normas jurídicas nacionais, respeitando-se as características especiais de cada ordenamento jurídico nacional e podendo ser caracterizada pelo interesse comum de cada ordenamento em tutelar certo bem jurídico, mas de forma autônoma.

Tendo como inspiração a teoria do jurista francês Antonie Jeammaud, Maíra traça pontos de diferenciação para os três processos, sendo que:

“A harmonização e uniformização pressupõem, ao contrário da unificação, a manutenção da diversidade formal dos direitos nacionais, nas matérias referentes. A harmonização, por sua vez, se distingue das outras duas em razão de não conduzir a essa unidade de teor normativo buscada pela uniformização de certos segmentos dos direitos nacionais ou pela adoção de regra(s) de direito única(s). De forma esquemática, teríamos: unificação = regras únicas; uniformização = regras distintas

<sup>108</sup> Op. cit., p. 21.

<sup>109</sup> No mesmo sentido, Jesús-María Silva Sánchez: “El objetivo fundamental del Derecho Penal de la globalización es, como de ha indicado AL principio, eminentemente práctico. Se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a La delincuencia transnacional, que evite La conformación de paraísos jurídico-penales.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Local, v. 24, n. xx, p. 66, out./dez. 1998).

<sup>110</sup> MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 25-26. Assim como qualifica Mireille Delmas-Marty.



(decorrentes da introdução das regras ao ordenamento nacional), mas idênticas; e harmonização = regras distintas, mas equivalentes”<sup>111</sup>.

Os três processos normalmente ocorrem por meio de etapas comuns: (i) elaboração de um instrumento internacional; e (ii) recepção desse instrumento internacional nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Logo, assim como tratado por Ana Isabel Pérez Cepeda, o instrumento internacional por si só, não gera efeitos<sup>112</sup>, mas deve ser incorporado, internalizado, ao ordenamento jurídico doméstico.

Para Silva Sánchez, “o Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado”, porém, com uma característica fundamental: possui uma flexibilização em relação às garantias político-criminais, substantivas e processuais<sup>113</sup>, pois, como mencionado anteriormente, é norteador por finalidades práticas em detrimento de aspectos teóricos.

Esse novo Direito Penal, também visa dar uma resposta universal e harmônica à criminalidade transnacional, mas, com uma diferença: deve ser focada nos preceitos da Parte Geral<sup>114</sup>.

A posição de unificação da Parte Geral do Direito Penal permeia a obra de Silva Sánchez. Diferentemente da posição majoritária da doutrina<sup>115</sup>, não busca conceituar o

---

<sup>111</sup> Op. cit., p. 26-27.

<sup>112</sup> Op. cit., p. 27.

<sup>113</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. Trad. 2. ed. esp. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 97-98.

<sup>114</sup> “Desde logo, poder-se-iam julgar suficientes os processos de harmonização das legislações nos preceitos correspondentes (das quais a integração europeia já oferece alguns exemplos). Sem embargo, essa alternativa, nada obstante necessária e importante, não resulta suficiente. É preciso, também, homogeneizar as regras legais da Parte Geral que determinam essencialmente a aplicação que deve corresponder a tais preceitos específicos”. (Op. cit., p. 105-106).

<sup>115</sup> É o que se verifica no entendimento do mentor de Silva Sánchez, Santiago Mir Puig: “A teoria do delito é obra da doutrina jurídico-penal e constitui a manifestação mais característica e elaborada da ‘dogmática’ do Direito Penal. Possui como objetivo teórico mais elevado a busca dos princípios básicos do Direito penal positivo, e sua articulação em um sistema unitário. [...] Desde os anos 70 reconhece-se que a construção teórica do delito deve partir da função político-criminal do Direito penal (funcionalismo). Mas a política criminal depende de cada modelo de Estado. Importa, pois, desvelar claramente a vinculação axiológica da teoria do delito e de seus conceitos a uma determinada concepção filosófica-política do Direito penal como incumbência do Estado”. (MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112-113). Em princípio José de Figueiredo Dias busca incorporar elementos de direito internacional como fonte. “O direito penal é ainda hoje essencialmente direito intra-estadual, que encontra a sua fonte formal e orgânica na produção legislativa estadual e é aplicado por órgãos nacionais. Todavia, a partir da última década do séc. XX assistiu-se a um prodigioso incremento da relevância do direito internacional em matéria penal. Existem, desde logo, múltiplas

pensamento dogmático jurídico-penal tão somente por meio da análise dos instrumentos normativos integrantes de um ordenamento jurídico. Afasta tanto o modelo de ordenamento jurídico-penal fundado na Constituição (um claro exemplo de sistema jurídico-penal fechado), quanto a posição de que o direito penal tem como fim para a realização dos direitos humanos<sup>116</sup>, os quais estariam incorporadas ao pensamento dogmático jurídico-penal.

No artigo “Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional”<sup>117</sup>, Silva Sánchez parte da experiência única ocorrida no continente europeu por meio da constituição da Comunidade Europeia que, posteriormente, deu origem à União Europeia, apontando uma tendência de harmonização e uniformização<sup>118</sup> das legislações penais para responder à problemas globais. Entretanto, as construções supranacionais de homogeneização do Direito Penal não objetivavam a padronização da dogmática jurídico-penal, mas apenas de condutas típicas.

Silva Sánchez parte da premissa de que a característica supranacional do Direito Penal não estaria vinculada à harmonização e uniformização das legislações penais dos Estados, por meio de instrumentos normativos internacionais, mas por um ponto comum da dogmática jurídica: as estruturas lógico-objetivas que dão ensejo ao sistema dogmático, como as teorias sobre ação, culpabilidade e autoria. A isonomia entre os Estados, na

---

normas de direito internacional (v.g. na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção Européia dos Direitos Humanos, no pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos) de conteúdo jurídico-penal e de relevo indiscutíveis para a aplicação do direito penal. [...] A verdade porém é que, em todos estes casos, tanto as normas, como os princípios de direito internacional penal vigoram na ordem jurídica portuguesa – ao lado ou mesmo acima das leis ordinárias – não por si mesmos, mas em último termo (mesmo em face de uma teoria como a da “adopção”, segundo a qual o direito internacional não se transforma em direito interno) por força da credencial constante do art. 8º da CRP” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 10-11).

<sup>116</sup> Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni: “[...] se entendemos que o direito penal (a legislação penal) tem por fim último a realização dos Direitos Humanos, de maneira a possibilitar de modo mais ou menos satisfatório a existência (ou coexistência) não podemos deixar de perguntarmo-nos, quando estabelecemos cada limite de proibição ou de reprovação, de punibilidade ou de pena, se esse entendimento compatibiliza com o fim geral do direito penal, ou seja, com a segurança jurídica, entendida esta na forma a bens jurídicos (que em definitivo são Direitos Humanos)”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 163-164).

<sup>117</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 34-38, out./dez. 1995.

<sup>118</sup> Utilizando como base o trabalho de Jeammaud, Maíra Rocha Machado ensina que: “Uniformização, por sua vez, consiste em inserir nos direitos nacionais regras idênticas, mas não únicas, uma vez que elas são incorporadas a cada um dos direitos nacionais. [...] No âmbito da internacionalização da produção do direito penal, a compreensão dos processos de harmonização e uniformização impõe atentar às duas etapas por meio das quais esses processos se desenvolvem. A primeira etapa refere-se à elaboração de um instrumento internacional e a segunda, à recepção desse instrumento nos ordenamentos jurídicos internos”. (MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 26-27).

definição de tais conceitos, dentro da dogmática jurídico-penal, seria mais que um fenômeno transnacional; seria universal, tendo como ponto de referência os valores culturais comuns das constituições ocidentais:

“Trata-se, fundamentalmente, de enfocar de modo realista los conceptos y categorías del sistema mediante el que atribuimos responsabilidad penal, mostrando su, en la base, innegable carácter cultural, de filosofía social y política. A partir de ahí, debe intentarse introducir criterios racionales que permitan la argumentación (y, con ello, el control) en un terreno en el que, demasiadas veces y con demasiado poco fundamento, se apela únicamente al texto de la ley o a la naturaleza de las cosas”<sup>119</sup>.

Em outro artigo, “El Derecho Penal ante la globalización y la integración supranacional”<sup>120</sup>, Silva Sánchez retoma a ideia central do artigo anterior, defendendo que uma harmonização das condutas criminosas, sem uma especial atenção à dogmática jurídico-penal, não é suficiente:

“Es preciso además, homogenizar las reglas legales de la Parte General que determinan esencialmente la aplicación que haya de darse a tales preceptos específicos. Es más, seguramente lo anterior también resulta insuficiente si no se trabaja de modo simultáneo en una construcción supranacional relativamente homogénea del sistema del Derecho penal, de los conceptos y categorías de la teoría jurídica del delito, así como de los principios y garantías político-criminales fundamentales”<sup>121</sup>.

A homogeneização da parte geral do Direito Penal da globalização traria uma série de dificuldades de ordem prática para ser alcançada, já que a incorporação de normas de direito internacional pode encontrar: (i) os desafios de ordem constitucional ou jurisdicional por parte dos Estados para incorporá-las; ou (ii) a dificuldade de não poder ser transportada para o âmbito internacional, pois os organismos internacionais não detêm o *ius puniendi* para aplicar sanções penais, mesmo contra o novo tipo de delinquência que é objeto de instrumentos normativos internacionais.

As características especiais do direito penal da globalização levam a constatação de que ele, na verdade, não pode ser classificado como Direito Penal, ao menos se for levada em consideração a acepção dogmática jurídico-penal clássica. Trata-se de uma manifestação de um Direito Penal de segunda velocidade, que renuncia as características dogmáticas

---

<sup>119</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 36, out./dez. 1995.

<sup>120</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 65-78, out./dez. 1998.

<sup>121</sup> Op. cit., p. 69.

clássicas do Direito Penal de primeira velocidade, dentro da concepção do autor, com uma ressalva:

“En cambio, una ciencia penal de rasgos teleológico-valorativos, si bien puede ser supranacional, independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, no puede independizarse de las culturas, de los sistemas de representaciones valorativas: tiene, por tanto, obvios condicionantes espacio-temporales”<sup>122</sup>.

Por derradeiro, Silva Sánchez aponta alguns institutos dogmáticos comuns ao Direito Penal da globalização, como a imputação baseada em probabilidade, e não mais em resultados naturalísticos; a intensificação do uso da responsabilidade comissiva por omissão (infração do dever de vigilância); o uso de elementos dogmáticos sobre a intenção da gente importados do *common law*, como a *recklessness*; o fim da distinção entre autoria e participação; e analisa o comportamento princípios políticos criminais da legalidade, culpabilidade e proporcionalidade no direito penal da globalização.

#### 2.2.4 Análise Crítica às Correntes

A vinculação do Direito Internacional Penal a alguns bens jurídicos e sujeitos especiais, principalmente os constantes no Estatuto de Roma, não condiz com o fenômeno de internacionalização do Direito Penal que ocorreu nos últimos anos.

Os riscos transnacionais que enfrentam os Estados e a comunidade internacional não estão apenas vinculados às lesões contra o Direito Humanitário, apesar de sua tutela também ser necessária tanto internacionalmente quanto em nível doméstico. Pelo contrário, em razão dos novos riscos globais enfrentados pela sociedade contemporânea e pelo crescimento da criminalidade organizada, na grande maioria dos casos, há outros importantes bens jurídicos violados que, em escala, podem afetar milhões ou até bilhões de vítimas como os tutelados pelos crimes econômicos<sup>123</sup>, ambientais, tráfico de entorpecentes etc.

Apesar da importância de se combater a impunidade de agentes estatais amparados por aparatos políticos e por imunidades penais locais, inclusive permitindo-se sua

<sup>122</sup> Op. cit., p. 70.

<sup>123</sup> “[...] la delincuencia de la globalización es *económica*, en sentido amplio, (o, en todo caso, lucrativa, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos)”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 67, out./dez. 1998).

persecução penal por cortes especiais, em um mundo em que 25% dos Estados são comandados por regimes ditatoriais e outros 30% não refletem totalmente os valores de uma sociedade democrática<sup>124</sup>, os possíveis crimes cometidos por tais agentes representam apenas uma pequena parcela das condutas típicas cometidas pela criminalidade organizada.

Assim, como o Direito Internacional Penal está intrinsecamente conectado com o fenômeno da globalização e este decorre de fenômenos e relações que ocorreram principalmente em nível privado, como demonstrado anteriormente, a internacionalização do Direito Penal também deve criminalizar condutas que lesem bens jurídicos que estejam relacionadas à globalização, ou seja, atividades internacionais criminais que também ocorram à margem dos aparatos estatais.

Ademais, essas posições deixam de apreciar uma gama enorme de instrumentos tanto advindos de tratados quanto emanados por organismos internacionais que influenciam o Direito Penal doméstico e internacional e tampouco os riscos advindos de uma sociedade cosmopolita globalizada, em que novos atores, que não se confundem com os que compõem o aparato estatal, podem produzir.

Do mesmo modo, definir o objeto do Direito Internacional Penal por meio dos tipos de persecução em relação ao bem jurídico tutelado, como desejam os que defendem a Justiça Universal, não parece ser o meio mais correto.

O ponto de diferenciação fundamental do Direito Penal das demais áreas jurídicas é a regulação de condutas sancionadas com penas<sup>125</sup>. Logo, o Direito Internacional Penal

---

<sup>124</sup> Dados relativos ao ano de 2014, disponibilizados pela organização não-governamental FREEDOM HOUSE. *An eighth year of decline in political rights and civil liberties*. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2014?gclid=CL3yqfflm8MCFdgJgQodvFQAvA#.VLq8j205CUk>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

<sup>125</sup> “El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, S.L, 1997, p. 41). “O Direito penal, por via da integração de fatos e valores, estatui os comportamentos delituosos, descrevendo as condutas que ofendem valores a serem respeitados, e impondo a omissão destas condutas sob a ameaça de uma pena [...]”. (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.59). “Chama-se direito penal ao conjunto das normas jurídicas que ligam a certos comportamentos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privatistas deste ramo de direito. A mais importante dessas consequências – tanto do ponto de vista quantitativo, como do qualitativo (social) – é a pena”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 3).

também deve guardar como característica principal instrumentos jurídicos internacionais que associem condutas com penas para não ser confundido com outras áreas do direito.

Com isso, não se quer afirmar que as normas de Direito Internacional Penal buscam impor, diretamente, sanções aos indivíduos que cometam ações típicas que lesem bens jurídicos importantes à comunidade internacional cuja persecução ocorre por meio de cortes internacionais ou por Estados com jurisdições *erga omnes*.

Pelo contrário, as normas de Direito Internacional, incluindo-se o Direito Internacional Penal, regulam principalmente as relações entre Estados e Organizações Internacionais<sup>126</sup> e também, em razão dos Direitos Humanos, indivíduos<sup>127</sup>. Nenhum desses atores possui, diretamente, o *ius puniendi*, para aplicar penas, como ocorre nos ordenamentos domésticos de cada Estado, pois o Direito Internacional é um sistema descentralizado, fundado no consenso e não na imposição<sup>128</sup>.

O mero critério jurisdicional não pode ser elemento a definir o Direito Internacional Penal. Esta hipótese poderia incluir no Direito Penal a análise de condutas estranhas à sua natureza. Portanto, é o Direito penal que define a atuação do Direito Processual Penal e não o contrário:

“Sem o Direito Penal material não ficaria claro o que deve ser buscado no processo, quais dados o processo tem que recolher. O Direito Penal material deixa claro que estes são os dados relativos à punibilidade e à determinação da pena e quais são, e formula, como nós vimos, as suas indicações de

---

<sup>126</sup> “O direito internacional contemporâneo compromete as regras e normas que regulam a conduta dos Estados e de outras entidades que, a qualquer momento, são reconhecidas como dotadas de personalidade internacional, ex. Organizações internacionais e, em certa medida, os indivíduos nas suas relações mútuas”. (WALLACE, Rebecca M. M.; MARTIN-ORTEGA, Olga. *International law*. 7. ed. Londres: Sweet & Maxell, 2013. p. 2. Tradução livre.).

<sup>127</sup> Sobre o tema destaca-se a citação à Lous Henkin feita por Flávia Piovesan: “O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Esse direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 31).

<sup>128</sup> “Os principais participantes do sistema legal internacional, os Estados, são igualmente soberanos. O Direito Internacional não é imposto aos Estados – não há um Poder Legislativo internacional. O sistema legal internacional é descentralizado. Ele é fundamentado essencialmente no consenso e no consentimento dos Estados para assumirem obrigações que limitam seus comportamentos”. (WALLACE, Rebecca M. M.; MARTIN-ORTEGA, Olga. *International law*. 7. ed. Londres: Sweet & Maxell, 2013, p. 4. Tradução livre).

busca de modo mais ou menos concreto, preciso e compreensível. O Direito penal material proporciona ao processo Penal as caixas que ele tem que preencher”<sup>129</sup>.

Por fim, é importante destacar a crítica de Silva Sánchez em relação aos órgãos supranacionais responsáveis pela persecução penal, no caso da aplicação do princípio da justiça universal:

“Por un lado, ni la asimilación, ni la armonización legislativas garantizan en ningún caso la homogeneidad de las respuestas, aparte de plantear dificultades de índole constitucional. Ello ni siquiera se garantiza con la adopción de tratados de unificación sectorial del Derecho penal, que no pueden abordar su aplicación uniforme por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. En fin, la atribución del *ius puniendi*, tanto en su dimensión legislativa como jurisdiccional, a instancias supranacionales tropieza, al menos por el momento, con los déficits democrático de las instituciones surgidas de los procesos de integración, cuanto más si se trata de otro tipo de instancias supranacionales. En la medida en que las penas que se impongan sean privativas de libertad (no tanto si se trata de penas pecuniarias o de penas privativas de derechos) no parece posible hoy por hoy atribuir a órganos de instituciones supranacionales el ejercicio del *ius puniendi* contra la delincuencia de la globalización”<sup>130</sup>.

Ademais, jurisdição universal absoluta consiste na autorização de jurisdições nacionais para processarem e julgarem qualquer pessoa acusada pelo cometimento de graves crimes internacionais, independentemente de seus autores se encontrem fisicamente dentro da jurisdição em que serão julgados.

De acordo com Cassese, o sistema de jurisdição universal absoluta seria falho por quatro motivos<sup>131</sup>: (i) se o acusado não comparecer ao território ou não for extraditado para julgamento, a jurisdição continuará impotente, pois não terá como impor eventual condenação; (ii) caso o acusado seja julgado à revelia, terá direitos fundamentais violados. Adicionalmente, sua ausência prejudicaria o contraditório e a ampla defesa durante a produção de provas; (iii) na hipótese de todos os países adotarem o princípio da jurisdição universal absoluta, haveria o risco de apreciações divergentes pelas cortes nacionais sobre o mesmo fato, com a possibilidade de decisões díspares; e (iv) o juiz que exerce esse tipo de jurisdição acaba cumulando funções políticas e diplomáticas, violando o princípio das separações de poderes comum à maioria dos Estados.

<sup>129</sup> HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 172.

<sup>130</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 66, out./dez. 1998.

<sup>131</sup> CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre a soberania dos estados e justiça penal internacional? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Sílvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, p. 15-19.

Em uma abordagem crítica<sup>132</sup>, após realizar uma breve digressão histórica sobre o tema, Juarez Tavares aponta uma tendência atemporal: dos Estados estenderem a sua jurisdição penal para fatos cometidos fora de suas fronteiras, sendo que nessa extensão poderia ser encontrada uma criminalidade internacional ou transnacional<sup>133</sup>. Para ele, para se tipificar delitos internacionais, não basta rotulá-los como tais e impor-lhes uma jurisdição universal. O ponto fundamental para sua legitimidade é a universalização de seus elementos cognitivos e normativos<sup>134</sup>, que partem de um processo de criminalização doméstico:

“Em relação à chamada criminalidade transnacional, por força do princípio da dupla incriminação, por um lado e da defesa, por outro, o que se sedimenta não é a adoção de um conceito comum entre os Estados quanto a fatos delitivos, mas simples manifestação de processos internos de criminalização, que podem ou não coincidir. Se fossem fatos, por si sós, transnacionais, não haveria necessidade da edição de normas sobre a extraterritorialidade das leis penais nacionais, nem da sua subordinação a condições objetivas de perseguibilidade. Já que no que toca aos fatos definidos como delitos internacionais no Estatuto de Roma, embora a extensão da definição de algumas figuras delituosas, como, por exemplo, dos crimes de guerra, possa induzir à ideia de que se está criando, por meio daquele estatuto, uma série de tipos novos, não coincidentes com aqueles contidos nas respectivas legislações locais e, portanto, supranacionais, o que se observa é que em todas elas há nítidos conteúdos ilícitos que refletem procedimentos legislativos nacionais”<sup>135</sup>.

As formulações de instrumentos legais internacionais ou de cooperação jurídica representariam mais uma expectativa política dos interesses dos órgãos que as emanaram do que normativa<sup>136</sup>. Esta só se verifica na ratificação ou na incorporação de tais normas pelos ordenamentos jurídicos domésticos, levando em conta suas particularidades.

Assim, não existiria uma criminalidade transnacional ou internacional *per se*, mas um processo de criminalização nacional que pode, ou não, seguir definições de políticas internacionais. Em alguns casos, a internalização de alguns tipos penais específicos pode levar à delegação da jurisdição<sup>137</sup>, como no caso do Estatuto de Roma, apesar de ela ser subsidiária à doméstica.

---

<sup>132</sup> TAVARES, Juarez. Criminalidade nacional, transnacional e internacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 118.

<sup>133</sup> Segundo o autor, a criminalidade transnacional é aquela “[...] que suscita a extensão extraterritorial da jurisdição de um Estado, quanto a internacional, ou seja, aquela decorrente das definições do Estatuto de Roma ou em tratados ou convenções internacionais”. (Op. cit., p. 119).

<sup>134</sup> Op. cit., p. 118.

<sup>135</sup> Op. cit., p. 119-120.

<sup>136</sup> No mesmo sentido, Hans Joachim Hirsch: “La elección del tipo de delitos que deben ser previstos en orden a una normativa jurídico-penal supranacional es una decisión política”. (HIRSCH, Hans Joachim. *Internacionalización del derecho penal y de la ciencia del derecho penal: ciencia del derecho penal nacional y universal*. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo, estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32).

<sup>137</sup> Op. cit., p. 122.



Resumidamente, instrumentos de Direito Internacional Penal não passariam de uma forma de comunicação simbólica<sup>138</sup>, uma fonte mediata, que exprime uma determinada vontade política que busca influenciar os ordenamentos jurídicos dos Estados.

Porém, Juarez Tavares não aborda a relação do Direito Internacional Penal em relação às outras fontes do Direito Internacional, principalmente o Direito Consuetudinário<sup>139</sup>, que não é uma mera expectativa política, já que sua reiterada aplicação por parte dos Estados, reflete, diretamente, aspectos cognitivos e normativos, principalmente em sistemas jurídicos de *common law*.

Aliás, instrumentos de Direito Internacional podem ter efeitos cognitivos universais, como no caso dos Direitos Humanos:

“[...] a proteção nacional de direitos humanos é frequentemente deficiente; os direitos humanos internacionais são concebidos de forma a demandar dos Estados que remediem estas deficiências (...). As normas, as políticas e as instituições dos direitos humanos internacionais, portanto, não substituem as leis e instituições nacionais; mas preveem uma proteção internacional adicional para esses direitos assegurados no plano interno”<sup>140</sup>.

Em relação à teoria que trata da “uniformização”, “harmonização” e “unificação” do Direito Penal, nota-se que ela se limita em descrever a governança atual das normas internacionais relacionadas ao Direito Penal, mas não descreve a causa de tal processo. Sem analisar o porquê dos Estados incorporarem tais normas em seus ordenamentos, ou seja, sem analisar as forças que lhe dão ensejo, para se verificar seus limites e potenciais, a formulação se mostra incompleta.

No mesmo sentido, uma unificação, uniformização ou harmonização por meio das partes gerais, parece bem distante. Primeiro, por que se nota que esse fenômeno se dá pela aderência de tipos penais, em especial tipos penais de delitos econômicos. Segundo, a maior aproximação da sistemática do Direito Penal da globalização à conceitos comuns normalmente aplicáveis ao sistema penal do *common law*, como próprio Silva Sánchez

---

<sup>138</sup> Op. cit., p. 124.

<sup>139</sup> “Direito internacional é formado primeiramente por um de dois caminhos: Por meio da prática dos Estados (direito custodimário) e por meio de acordos celebrados entre Estados (tratados)”. (WALLACE, Rebecca M. M.; MARTIN-ORTEGA, Olga. *International law*. 7. ed. Londres: Sweet & Maxell, 2013, p. 4. Tradução livre).

<sup>140</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 36.

aponta, confronta-se com o fato de que a Parte Geral que dispõe sobre os delitos dispostos no estatuto de Roma, que estão sob a jurisdição subsidiária do Tribunal Penal Internacional, é baseada em conceitos do Direito Penal continental. E, levando-se em consideração aspectos práticos - que é o cerne do Direito Internacional Penal segundo o autor - é de se notar, como no caso brasileiro, que essa parte geral prevista no estatuto de Roma não foi capaz de influenciar os julgados tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal<sup>141</sup>.

Vogel também tece importantes críticas ao sistema de harmonização europeu<sup>142</sup>. A primeira delas é que normas de Direito Internacional Penal são fruto de um déficit democrático, já que são negociados por representantes dos Estados, em reuniões não públicas, ou seja, por representantes alheios às casas parlamentares. A segunda, trata da ausência de uma discussão sobre a harmonização restritiva, sendo que os instrumentos apenas tratam de modelos de expansão do Direito Penal. Por fim, critica os modelos de harmonização, que trazem a criação de tipos penais “modernos” que usam conceitos como perigo abstrato, formas de imputação que encontram problemas na integração com o direito penal clássico. Isso também acarreta na criação de dificuldades para a integração e o reconhecimento recíproco entre os Estados-membros.

Um outro ponto a ser verificado é que o conceito de Direito Internacional Penal deve abarcar todas as normas internacionais, que, direta e indiretamente, são fontes de Direito Penal, não podendo se limitar aos sistemas fechados como no caso do Tribunal Penal Internacional ou de fontes formalmente dispostas (por exemplo, o artigo 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça), como se verificará posteriormente.

### 2.3 Conclusões parciais

O Direito Internacional Penal é um fenômeno recente, relacionado a uma nova organização da criminalidade, ligada à globalização e à intensificação das relações

---

<sup>141</sup> Pesquisando o site de ambos os tribunais, indexando-se o Decreto 4.388/2002, não foram encontrados julgados que utilizam a Parte Geral do estatuto de Roma para fundamentar as posições nos Ministros (pesquisa realizada em 07.07.2016).

<sup>142</sup> VOGEL, Joachim. Por un código penal europeo. *Iter Criminis*: revista de ciencias penales, México, n. 9, p. 313-349, jan./mar. 2004.

supranacionales da sociedade contemporânea, mas com raízes no passado, como no caso do combate contra a pirataria em águas internacionais.

A doutrina vem estudando e explicando com bastante homogeneidade as causas e os fatos que suportam o aumento do número de instrumentos vinculados à nova criminalidade transnacional. Porém, como restou claro: há uma grande divergência na definição de seu objeto: o que é realmente o Direito Internacional Penal?<sup>143</sup>

Sem uma definição clara e amplamente aceita sobre quais normas integram Direito Internacional Penal e como se dá sua aplicação prática, estudos que visam definir seus princípios por meio da formulação de uma parte geral<sup>144</sup> podem ter sua importância bastante reduzida ou limitada.

---

<sup>143</sup> Cherif Bassiouni tenta explicar essa divergência com base nos enfoques dados aos estudos de Direito internacional penal: “La historia Del Derecho Penal Internacional puede de manifiesto que se trata de un ordenamiento que pretende regular la actividad de diversos participantes en diversos ámbitos, empleando estructuras y estrategias diversas basadas sobre valores diferentes, pero todo ello, en orden a alcanzar una serie de fines conectados a los valores generalmente compartidos. Así, pues, su denominador común es la protección de ciertos intereses que representan valores comúnmente compartidos por la sociedad mundial. En cuanto disciplina científica, sin embargo, el Derecho penal Internacional es el resultado de la convergencia de dos ramas fundamentales del derecho y, en consecuencia, se ve afectado por una importante dicotomía en sus premisas doctrinales de base. Precisamente, son las divergencias doctrinales existentes entre el Derecho internacional y el Derecho penal las que han determinado que el Derecho Penal internacional se configure como una ‘personalidad dividida’, característica que ha dificultado su desarrollo. A este respecto, basta constatar que el Derecho Internacional es un sistema jurídico construido sobre la presunción de consenso y sumisión voluntaria de sus principales sujetos (Estados), cuyas relaciones se establecen en pie de igualdad, sin que ninguna autoridad superior aplique los mandatos del sistema, y que, de otra parte, el Derecho Penal, en todos los Derechos internos, supone procesos de toma de decisión de modo vertical, apoyado sobre medidas coercitivas en orden a la aplicación de los mandatos del sistema. Las diferencias entre los dos sistemas son demasiado bien conocidas y no necesitan ser recordadas. Se diferencian en sus fines, enfoque, métodos y resultados. Ello explica en gran medida la falta de cohesión y sentido de dirección tan manifiesta en todo el desarrollo de Derecho penal Internacional. Consecuencia directa de estas situaciones que los autores que tratan de estos temas se distinguen por su enfoque, terminología, metodología, así como por la diferente valoración de objeto y funciones de Derecho Penal Internacional, según, cuál sea la premisa doctrinal elegida (en función de los principios de base sobre los que se apoyen). Así, los internacionalistas tenderán a analizar al Derecho Penal internacional en base a las obligaciones asumidas por vía acordada y las prácticas consuetudinarias internacionales de los Estados, en orden al cumplimiento de los mandatos del Derecho Penal Internacional a través de sus sistemas penales internos. Y, se otro lado, los penalistas tratarán de construir un modelo de ejecución internacional paralelo al sistema penal interno y se preocuparán de la codificación de las normas penales internacionales y su aplicación a través de un sistema internacional de justicia penal”. (CHERIF BASSIOUNI, M. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*. Trad. Jose L. de La Cuesta Arzamendi. Madri: Tecnos S.A., 1984, p. 77-78).

<sup>144</sup> Como é o objetivo de Cassese (CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013); Kai Ambos (AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. esp. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005); Bassiouni (CHERIF BASSIOUNI, M. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*. Trad. Jose L. de La Cuesta Arzamendi. Madri: Tecnos S.A., 1984); e Jesús-maria Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 34-38, out./dez. 1995).

Parece-nos claro que limitar o Direito Internacional Penal ao sistema criado por meio da Convenção de Roma, que instituiu os crimes sob jurisdição suplementar do Tribunal Penal Internacional, é retirar dessa ciência a análise da elaboração de uma série de normas internacionais que influem na tipificação de diversos delitos nos ordenamentos estatais.

Não se pode negar que nos últimos anos os ordenamentos jurídicos nacionais vêm sofrendo grande influência de instrumentos normativos emanados de antigos e novos atores da nova governança internacional e que tais normas buscam uma harmonização (*lato sensu*) de tipos penais entre os Estados, passando por um processo de unificação, universalização ou harmonização (*stricto sensu*).

Assim, de acordo com Roger O’Keefe<sup>145</sup> não existe um consenso sobre o significado de crime internacional, mas, com certeza, esse conceito não é unitário como propõem as correntes acima analisadas.

Uma forma de tentar se resolver esse impasse é utilizar um critério que vem sendo ultimamente estudado pelo Direito Internacional Público e pela ciência das Relações Internacionais ligado ao viés de aplicação das normas internacionais: *compliance*, já que, segundo Silva Sánchez “la globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad”<sup>146</sup>.

Assim, por meio do *compliance*, ou seja, a verificação se há ou não a incorporação da norma internacional de Direito Penal ao respectivo ordenamento jurídico nacional pode ser uma solução para se delimitar o objeto do Direito Internacional Penal. Em outras palavras, Direito Internacional Penal seria formado pelas normas de Direito Penal emanadas por organismos internacionais e que são devidamente observadas pelo Estado.

O próximo capítulo verificará se por meio das teorias que buscam entender o *compliance* às normas de Direito Internacional, é possível identificar um ponto em comum em relação à observação de preceitos criminais pelos Estados e, assim, identificar o objeto do Direito Internacional Penal, para, posteriormente, analisar, se identificar a forma como

---

<sup>145</sup> O’KEEFE, Roger. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2015., p. 47.

<sup>146</sup> El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 66, out./dez. 1998.

ocorre a internalização das normas internacionais que tratam do uso do acordo de leniência pelos Estados.

### 3. COMPLIANCE PARA DEFINIÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO OBJETO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

#### 3.1 *Compliance* no Direito Internacional

O conceito de *compliance* pode ser extraído do verbo inglês *to comply*<sup>147</sup>. Por sua vez, *to comply* possui raízes etimológicas no italiano *complire*, no espanhol *cumplir* e no latim *compliere*, tendo o significado comum de completar, realizar o que é devido<sup>148</sup>. Assim, o verbo *to comply* significa cumprir, executar, obedecer, observar, satisfazer o que lhe foi imposto. Nessa linha, *compliance* seria “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”<sup>149</sup>.

Embora a terminologia *compliance* se aplique, de forma ampla, a diversas áreas de relevância para o Direito, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, no Brasil o termo se fortaleceu nos últimos anos como tema em discussão no Direito Penal, mais especificamente no Direito Penal Econômico e Administrativo Sancionador<sup>150</sup> e <sup>151</sup>. Por aqui, esse termo se relaciona ao cumprimento de normas legais e éticas, por meio de uma autorregulação, cujo descumprimento, por parte dos indivíduos que detêm os deveres de regulação, podem até resultar em eventual responsabilidade criminal por omissão, nos termos do artigo 13, § 2º do Código Penal<sup>152</sup>.

---

<sup>147</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance: direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

<sup>148</sup> Informações obtidas por meio do aplicativo do dicionário Merriam-Webster.

<sup>149</sup> MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008, p. 15.

<sup>150</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

<sup>151</sup> "Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros". (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 25, p. 591-626, 2013).

<sup>152</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *El derecho penal económico en la era compliance*. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013.

Esse processo de autorregulação teve como um de seus principais marcos a Lei 9.613/98, ao dispor, em seu artigo 9º e seguintes, que determinados setores da economia passaram ter a obrigação de instituir programas de combate à lavagem de dinheiro e ao combate ao terrorismo e seu financiamento<sup>153</sup>.

Atualmente é amplamente tratado como “criação e implementação de mecanismos, controles e procedimentos internos voltados ao combate a corrupção”<sup>154</sup>, concepção esta que restou positivada com o advento da Lei 12.846/2013<sup>155</sup> e posteriormente se estendeu a outras áreas, como a econômica com a elaboração pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE - do Guia para Programas de *Compliance* etc.

Em termos gerais, lei e *compliance* estão conceitualmente ligados. A lei busca garantir *compliance* para suas normas e regras, ou seja, regras criam comportamentos pelos quais se espera *compliance*<sup>156</sup>. Transportando esse conceito para o Direito Penal, percebe-se que ele reflete, guardadas as devidas proporções, a posição e Günther Jakobs ao definir que “bem jurídico-penal é a eficácia fática das normas que garantem que se pode esperar o respeito aos bens jurídicos”<sup>157</sup>, ou seja, o Direito Penal busca a proteção que garantirá *compliance* às normas.

---

<sup>153</sup> Autorregulamentação que é mundialmente baseada nas recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo.

<sup>154</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167.

<sup>155</sup> Antes do diploma legal, tais programas anticorrupção já eram adotados por: (i) empresas estrangeiras no Brasil, principalmente de origem norte-americana; e (ii) empresas brasileiras com ações negociadas nos Estados Unidos da América. Em ambos casos, em decorrência da legislação americana chamada *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, que sanciona criminalmente tais empresas e seus diretores caso tenham conhecimento de atos de corrupção envolvendo atos de corrupção com agentes públicos nos países em que atuam. Mais recentemente, também se destaca o *UK Bribery Act*.

<sup>156</sup> RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 538.

<sup>157</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gernécia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 78-79. Continua Jakobs: “A eficácia fática da norma é um assunto que diz respeito tanto ao autor quanto à vítima; o agente precisa respeitar a norma, a vítima precisa estar tão segura em sua expectativa de que a norma será respeitada [compliance] a ponto de poder orientar seu comportamento por essa expectativa”. (Op. cit., p. 80).

Porém, o presente estudo se utilizará do conceito de *compliance* voltado ao Direito Internacional<sup>158</sup>, que possui um significado especial: o *fulfillment*, isto é, o compromisso de um Estado ou dos Estados para com as normas emanadas por organismos internacionais, principalmente para implementá-las, dentro de seus respectivos ordenamentos jurídicos.

O compromisso com as normas internacionais, por não serem originárias do ordenamento jurídico nacional, deve ser relacionado a mais dois conceitos próprios, quais sejam, implementação e efetividade, pois trata da observância a aplicação por atores dotados de soberania própria e não submetidos a um poder central sancionador.

De acordo com Raustialla e Slaughter<sup>159</sup>, implementação é o processo que coloca em prática compromissos internacionais. Esse processo pode ocorrer por meio de uma série de eventos, tais como a aprovação ou incorporação de normas internacionais à legislação local; a criação de instituições (nacionais e internacionais) e o *enforcement* das regras<sup>160</sup>. Nesse caso, *enforcement* deve ser entendido como “o agrupamento de procedimentos e ações utilizadas por um Estado para assegurar que organizações ou pessoas, potencialmente aptas a não cumprirem possam retornar a cumpri-las e/ou serem punidas”<sup>161</sup>.

Por sua vez, efetividade é um conceito definido como: (i) grau que uma regra induz mudanças de comportamentos; ou (ii) a capacidade que a norma possui para se entender um problema; ou (iii) o atingimento de objetivos políticos<sup>162</sup>. Nesse sentido, ressalta Brown e Jacobson que, *compliance* inclui implementação, mas é mais que isso, “englobando a combinação factual do comportamento de um Estado com as normas internacionais;

---

<sup>158</sup> Há farta literatura, especialmente na Espanha, sobre o *compliance* do Direito Penal Empresarial. Esse tema não deve ser, todavia, confundido com a questão do *compliance* às normas internacionais por parte dos Estados e, por esta razão, não será analisada nesse trabalho.

<sup>159</sup> RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 539.

<sup>160</sup> No mesmo sentido: “Implementação é definido para significar que todas as leis, regulamentos etc que uma parte adota para alcançar o *compliance* de acordo com o *enforcement* nacional, tem uma gama de definições distintas. Ela define *compliance* como o estado de conformidade com a obrigação, imposto por um Estado”. (MERKOURIS, Panos; FITZMAURICE, Malgosia. *Environmental compliance mechanisms*. Oxford Bibliographies Online, 2012, p. 03. Tradução livre).

<sup>161</sup> Op. cit., p. 03.

<sup>162</sup> RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 539.



compliance se refere à possibilidade dos países de fato aderirem às provisões de acordos e a implementação das medidas que eles instituíram”<sup>163</sup>.

Em suma, o processo de implementação considera as ações adotadas por um determinado Estado para o *compliance* de normas internacionais. Já efetividade está relacionada à carga semântica que a norma possui para gerar *compliance*.

Levando-se em consideração os conceitos de implementação e efetividade, verifica-se que regras ou regimes legais podem ser efetivos mesmo com um baixo nível de implementação, enquanto altos níveis de implementação podem tanto indicar altos níveis de efetividade quanto padrão de não efetivos. Logo, *compliance* pode ocorrer sem qualquer esforço ou ação governamental ou de entidades reguladoras, por exemplo, quando compromissos internacionais coincidem com práticas e costumes já aplicados ou seguidos internamente, sendo sua conformidade automática. Ainda, pode ocorrer também por razões não relacionadas com acordos internacionais ou por fatores sem controles institucionais<sup>164</sup>.

O ponto chave a ser analisado é se a mera existência ou ausência de *compliance* pode indicar qual é o impacto da norma internacional em relação ao comportamento dos Estados. Assim, o estudo de *compliance* deve focar nas normas que tratam do design institucional das normas internacionais (implementação) para garantir a efetividade delas.

### 3.2 Teorias de *compliance* com normas de Direito Internacional

Existem diversas teorias para justificar o fenômeno de *compliance* das normas internacionais por parte dos Estados. Buscam tais teorias integrar conceitos oriundos tanto das ciências jurídicas quanto dos estudos de Relações Internacionais<sup>165</sup>, explicando os

---

<sup>163</sup> WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A framework for analysis. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. (Eds.). *Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords*. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 4. Tradução livre.

<sup>164</sup> Por exemplo, o fim da União Soviética teve como efeito ao *compliance* com diversos acordos ambientais, inexistente até então pelos seus países membros.

<sup>165</sup> RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 538-539. Assim também Markus Burgstaller: “De fato, cada teoria de *compliance* pega emprestado elementos das mais diversas correntes filosóficas. Naturalmente, existem diversos outros fatores e ciências - como as teorias da Relação internacional ou da sociologia - que influenciam autores a escreverem sobre *compliance*. Mas teorias de Relações Internacionais, por sua vez, pode ser traçada considerando-se o cenário político. Apesar disso, posteriormente,

fatores resultantes ou não da observância das normas por parte dos Estados<sup>166</sup>, sendo, que desde a antiguidade<sup>167</sup>, sempre houve interesse na compreensão do funcionamento das normas e seu papel na governança internacional.

Para o presente estudo, destacam-se as seguintes correntes doutrinárias contemporâneas<sup>168</sup>: realistas, institucionalistas, normativas e liberais, bem como seus principais expositores, que tentam explicar o *compliance* como normas internacionais, dentro do cenário comum identificado por Harold Hongju Koh (H.H. Koh):

“A era pós-Guerra Fria aparece como sendo do Direito Internacional, atores transnacionais, foruns de decisão e modelos de regulação se transformam em formas híbridas fascinantes. O Direito Internacional agora abarca uma seleção complexa de costume, normas positivadas, normas declarativas e *soft law*, que busca não simplesmente a ratificação de uma prática existente, mas para torná-la mais importante. Em razão da soberania ter perdido a sua importância, decisões globais que tratam de funções hoje são executadas por um complexo conjunto de nações-estados, organizações intergovernamentais, alianças regionais, organizações não governamentais e regimes e redes informais. O sistema se transformou em *neomonistic*, como novos canais abertos para a interpenetração de leis internacionais e locais por meio de decisões judiciais, regras e atos executivos. Novas formas de solução de conflitos, atos executivos, decisões administrativas são responsáveis pelo fortalecimento, e a legislação emergiu como parte de um processo transnacional legal que influencia nas condutas nacionais, transformar os interesses nacionais, e ajudar a constituir e reconstituir as identidades nacionais. Nos últimos cinco anos, esses desenvolvimentos fizeram com que a questão de *compliance* retornasse às manchetes dos jornais sobre teoria internacional”<sup>169</sup>.

### 3.2.1 Teoria realista

A teoria realista busca analisar o comportamento dos Estados, com base em incentivos, para o *compliance* de normas internacionais. Uma estratégia de incentivo eficaz

---

será dado um pequeno resumo de como a doutrina de Relações Internacionais estrutura suas teorias de *compliance*. Organizando e categorizando as teorias de *compliance* resulta em diversos resultados possíveis". (BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 95. Tradução livre).

<sup>166</sup> “As normas, por si só, não são suficientes para provocar *compliance*, elas devem formar um nexo de interações entre os países visando promover o cumprimento para ser eficaz. A adesão às normas não é o efeito da ação coercitiva, mas está ligada à legitimidade e é o resultado de um processo correto. A falta de *compliance* não é resultado de uma ação intencional, mas de outros fatores, como falta de informação ou falta de capacidade”. (MERKOURIS, Panos; FITZMAURICE, Malgosia. *Environmental compliance mechanisms*. Oxford Bibliographies Online, 2012, p. 05. Tradução livre).

<sup>167</sup> Para uma compreensão sobre a evolução do Direito Internacional Penal destaca-se o estudo realizado por KOH, Harold Hongju. *Why do nations obey international law? Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997.

<sup>168</sup> Diversos autores classificam as teorias de *compliance*. Markus Burgstaller as divide em realistas, institucionalistas e normativas (BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004). Por sua vez, H. H. Koh as classifica como racional instrumental, relações internacionais liberais e construtivistas (KOH, Harold Hongju. *Why do nations obey international law? Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997).

<sup>169</sup> Op. cit., p. 2630-2631. Tradução livre.

é fundada em uma análise racional dos interesses próprios de um determinado Estado em relação aos demais. “A teoria realista sobre o comportamento internacional é fundamentada na percepção da estrutura de custos e benefícios, gerada por uma interação estratégica”<sup>170</sup>.

Henkin<sup>171</sup>, já em meados de 1960, acreditava que o comportamento das nações, em regra, é o de *compliance* com as normas internacionais de forma rotineira, sendo que a não observância seria uma exceção: quase todas as nações observem quase todos os princípios do Direito internacional e quase todas suas obrigações na maioria do tempo. Por sua vez, “tais exceções chamariam mais a atenção dos estudiosos do tema do que para o *compliance* em si, que seria a regra”<sup>172</sup>. De acordo com os realistas, a causa para o comportamento positivo em face das normas internacionais invoca fatores como reputação, reciprocidade, política doméstica entre outros, ou seja, razões que extrapolam aspectos legais<sup>173</sup>.

Devido a essas diversas variações que influenciam o cumprimento das normas internacionais pelos Estados, seria muito difícil desenvolver uma teoria sobre *compliance*. Assim, Henkin “ofereceu ao invés de um argumento de *compliance*, em conjunto uma vasta gama, mas altamente superficial, análise de fatores relevantes. Apesar disso, seu trabalho cria padrões sobre o período e se mantém como princípio basilar para os doutrinários de *compliance*”<sup>174</sup>.

Para os realistas em geral, o ponto de indução ao *compliance* tem uma única motivação: o interesse nacional. Por sua vez, o interesse nacional pode se dar em uma infinita gama de dimensões como interesses econômicos, políticos, históricos, sociais, bélicos etc. Ou seja, baseia-se em fatores internos que podem variar ou não ao decorrer do tempo.

---

<sup>170</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 96. Tradução livre.

<sup>171</sup> HENKIN, Louis. *How nations behave: law and foreign policy*. 2. ed. Nova Iorque: Columbia University Press, 1979.

<sup>172</sup> No mesmo sentido, NEUHOLD, Hanspeter. The foreign-policy "cost-benefit-analysis" revisited. *German yearbook of international law*. [s. l.], v. 42, p. 84-124, 1999.

<sup>173</sup> De acordo com H. H. Koh, Henkin foi o melhor expositor da *International Legal Process School* que defendia as normas internacionais por meio do utilitarismo e racionalismo: “Partindo da presunção que nações agem deliberadamente e racionalmente, depois de ponderarem cuidadosamente e pesando precisamente todos os fatos relevantes, Henkin aponta que excepcionalmente ocorrem atos não racionais, o livre arbítrio das nações observa as obrigações internacionais a não ser que a violação acarrete em uma vantagem maior que o seu custo.” (KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? *Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997. Tradução livre).

<sup>174</sup> RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 540.

Consequentemente, no âmbito internacional, ocorre uma interação racional dos múltiplos interesses das diferentes nações, que pode ser de cooperação ou de confronto em que pesa muito as relações de poder.

Conforme ensina Burgstaller<sup>175</sup>, a teoria realista pode se manifestar de acordo com três correntes: ofensiva, defensiva e neoclássica.

### 3.2.1.1 Realismos ofensivo e defensivo

Tanto o realismo ofensivo quanto o defensivo partem do preceito de que as relações interestatais estão configuradas de acordo com o estado natural, ou anárquico, seguindo o modelo *hobbesiano*<sup>176</sup> que é marcado pela ausência de um poder soberano. Diante da ausência de um poder central, as teorias realistas ofensiva e defensiva estabelecem que o poder deve ser utilizado nas relações entre os Estados.

De acordo com o realismo ofensivo, a insegurança derivada da anarquia permitiria aos Estados agir visando a maximização de seus interesses. Entretanto, esse modo de agir pode levar a conflitos de interesses em relação a outros Estados. A teoria realista ofensiva parte da premissa que as relações internacionais resultam das atuações estatais ofensivas para que cada Estado garanta sua posição por meio da demonstração de sua força. Ou seja, o Estado precisa agir pró-ativamente para garantir seus interesses, construindo alianças, entrando em conflito e obtendo mais recursos para assegurar posição de liderança. Segundo Burgstaller:

“Essa versão do realismo essencialmente argui que as diferenças domésticas entre estados nações são relativamente sem importância, principalmente porque pressões do sistema internacional são fortes e simples o bastante para resultarem Estados similares se comportarem de forma isonômica,

<sup>175</sup> “Tradicionalmente, realistas argumentam que o estado pratica uma ação por causa das vantagens para seu interesse nacional, mas não é necessário afirmar que o interesse nacional por si mesmo serve para justificar comportamentos internacionais. Por outro lado, uma variante dessa forma tradicional de realismo, denominada normativo realismo, é a representação de que o interesse nacional fundamenta o comportamento internacional. Nesse sentido, pode-se distinguir entre realismo ofensivo e defensivo e realismo neoclássico”. (BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 98. Tradução livre).

<sup>176</sup> Nesse sentido, Hobbes entende que a anarquia demanda um desejo de Governo: “Que a condição de simples natureza, isto é, de absoluta liberdade, como é a daqueles que não são súbditos nem soberanos, é anarquia e condição de guerra; que os preceitos pelos quais os homens são levados a evitar tal condição, são as leis da natureza; que um Estado sem poder soberano não passa de uma palavra sem substância e não pode subsistir” (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional - CSA da Moeda, 1999, p. 279).

independendo de suas características e estruturas internas. De acordo com essa posição, políticas externas são o resultado de um conjunto de Estados lutando pela melhor posição, tendo como cenário uma dada configuração de poder. Para se entender por qual razão um Estado se comporta de certa maneira, particularmente porque há *compliance* das normas internacionais em alguns casos e não há em outros casos, realistas ofensivos sugerem que se deve examinar as capacidades relativas e seu cenário externo, pois tais fatores serão paulatinamente traduzidos em políticas externas e a forma como os Estados escolhem em impor seus próprios interesses. Assim, a única regra aplicável para o Estado é a racional, já que não existe justiça e moral nas relações entre fronteiras”<sup>177</sup>.

Então, para os realistas ofensivos, uma boa estratégia para que um determinado Estado imponha racionalmente seus interesses dentro das relações internacionais é obter poder, da maneira mais intensa possível, com o fim de chegar a um patamar de hegemonia em relação aos demais Estados, garantindo sua própria sobrevivência, não importando qual tipo de poder, isto é, se econômico, bélico, reputacional etc.

Para Mearshimer, as relações entre poder e Estado podem ser explicadas por meio de cinco fatores ou pressupostos<sup>178</sup> que visam a obtenção de uma hegemonia: (i) o poder nas

---

<sup>177</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 97. Tradução livre.

<sup>178</sup> “Existe uma simples estrutura realista explicando a causa de os Estados competirem entre si pelo poder. É fundamentada em 5 simples pressupostos sobre a sistemática internacional. Nenhum de tais pressupostos sozinhos apontam que os Estados pretendem obter poder em detrimento do outro. Mas quando eles estão unidos, eles encenam um mundo com uma segura competição sem fim.

O primeiro pressuposto é que grandes poderes são os atores principais na política mundial e eles operam em um sistema anárquico. Assim, não é possível dizer que o sistema é caracterizado pelo caos ou pela desordem. Anarquia é um princípio ordenado; simplesmente significa que não há uma autoridade central ou um juiz supremo acima dos Estados. O antônimo de anarquia é hierarquia, que é o princípio basilar de políticas domésticas.

O segundo pressuposto é que todos os Estados detêm alguma capacidade bélica. Cada Estado, em outras palavras, tem o poder de causar danos em seus vizinhos. Claro que essa capacidade varia entre os Estados, para cada Estado varia no decorrer do tempo.

O terceiro pressuposto é o que um Estados nunca pode estar certo sobre as intenções dos demais Estados. Estados, de forma derradeira, desejam ter conhecimento se demais Estados estão determinados a usarem suas forças para alterarem o balanço de poder (Estados revisionistas), ou se eles estão satisfeitos o bastante com o balanço que eles não têm interesse em usar suas forças para alterá-los (Estados *status quo*). O problema, contudo, é que é quase impossível discernir a intenção de outro Estado com um alto grau de certeza. Diferentemente de capacidades militares, intenções, não podem ser empiricamente verificadas.

Intenções estão nas mentes dos tomadores de decisão e são especialmente difíceis de discernir. Alguém pode responder que políticos tornam públicas suas intenções por meio do discurso e documentos políticos, que podem ser analisados. O problema com tal argumento é que políticos as vezes mentem sobre ou escondem suas verdadeiras intenções. Mas mesmo se podendo determinar a intenção de outro Estado hoje, não há meios de se determinar suas intenções futuras. É impossível se conhecer quem estará à frente da política externa de um estado daqui cinco ou dez anos, muito menos se eles terão intenções agressivas. Isto não é para se afirmar que Estados podem estar certos que seus vizinhos têm ou terão objetivos revisionistas. Pelo contrário, o argumento é que políticos nunca podem estar certos se eles estão lidando com estados revisionistas ou Estados *status quo*.

O quarto pressuposto é que o objetivo principal é a sobrevivência. Estados buscam manter a integridade de seus territórios e a autonomia da ordem de suas políticas internas. Eles podem buscar outros objetivos como prosperidade e proteção aos direitos humanos, mais esses objetivos sempre serão colocados de lado para a sobrevivência, porque se um Estado são sobrevive, ele não pode perseguir tais objetivos.

O quinto pressuposto é que estados são atores racionais, o que quer dizer que eles são capazes de inventarem estratégias para maximizar suas perspectivas de sobrevivência. Isso não é negar que eles erram de tempos em

relações internacionais opera em um ambiente anárquico, sem uma autoridade central ou ente acima dos Estados, ou seja, sem qualquer tipo de hierarquia, comum aos sistemas domésticos; (ii) todo Estado possui capacidade bélica, que varia no decorrer do tempo; (iii) não há certeza sobre as intenções dos demais Estados (de seus tomadores de decisão), não se sabendo quando um outro Estado utilizará sua capacidade bélica contra outro Estado; (iv) o principal interesse de um Estado é sua sobrevivência, mantendo sua independência e seu território; e (v) os Estados tendem a ser entes racionais, sempre buscando manter sua sobrevivência.

Por sua vez, o realismo defensivo assume que a ausência de um poder soberano é benéfica na regulamentação das atividades estatais, sendo que condutas ofensivas por parte de um Estado geram mais insegurança nas relações estatais do que segurança. Ou seja, as relações estatais não são naturalmente permeadas por conflitos. Logo, o Estado deve agir por meio de percepções e não por meio de atos positivos, os quais apenas devem ser utilizados contra ameaças externas, de maneira a balancear tal ameaça e retornar à condição original de segurança.

Um dos principais expositores da corrente defensiva é Kenneth Waltz. Para ele, o balanço do poder, que leva a paz, é muito delicado, sendo que Estados que buscam maximizar seus poderes se tornam uma ameaça aos demais, passando a ser objeto de sanções internacionais:

“Mantem-se a paz por um delicado balanço de restrições internas e externas. Estados que possuem um excedente de poder são tentados a usá-lo e Estados fracos temem que eles façam isso. [...] O poder desbalanceado, não importando quem o cause, é um perigo potencial para os demais. Um Estado poderoso pode, e o Estados Unidos faz, pensar que está sempre em busca da paz, justiça, bem-estar mundial. Esses termos, porém, são o habitat das preferências dos poderosos, que podem conflitar com as preferências dos demais. Na política internacional, poderes contra os quais se é difícil combater repelem e controlam os demais que tentam agir contra eles”<sup>179</sup>.

A distinção entre os realistas ofensivos e defensivos não é fácil, pois o cerne entre as duas correntes é bem parecido: os Estados sempre buscam poder em suas relações internacionais, mas com finalidades diferentes. Para os ofensivos, o poder serve para se

---

tempos”. (MEARSHIMER, John J. Structural realism. In: DUNNE, Tim; KURKI, Milja; SMITH, Steve (Eds.). *International relations theories: discipline and diversity*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 73).

<sup>179</sup> WALTZ, Kenneth N. Structural realism after the cold war. *International Security*. [s. l.], v. 25, n. 1, p. 13-28, Summer 2000. Tradução livre.

chegar a uma posição de denominação, enquanto que para os defensivos serve para balancear as relações interestatais.

### 3.2.1.2 Realismo neoclássico ou neorealismo

Os realistas neoclássicos entendem que os Estados respondem à anarquia existente (não mais hobbesiana), buscando o controle e dando forma as relações internacionais, sempre de maneira racional. “A predição empírica central dos realistas neoclássicos é que a longo prazo a quantidade relativa de fonte de poder material que os países possuem se adaptará à magnitude e ambição de suas políticas externas”<sup>180</sup>. Assim, se sua influência no ambiente internacional aumenta, o Estado buscará aumentar essa influência cada vez mais. Por outro lado, caso a influência diminua, o Estado deverá moldar seu ambiente novamente, sempre visando o médio e longo prazo.

Hanspeter Neuhold analisa o comportamento dos Estados com base em incentivos estratégicos<sup>181</sup>, levando em conta uma ponderação racional de custos e benefícios, para verificar se há ou não *compliance* com normas internacionais. Assim como Henkin, Neuhold entende que, apesar de não existirem organismos internacionais que garantam o *enforcement* de normas internacionais, seus níveis de *compliance* estão cada vez maiores. Portanto, a atenção a tais normas, dentro de uma ponderação de custo-benefício, tende a ser positiva.

Para que um Estado não observe uma norma internacional, Neuhold aponta três variáveis importantes para uma ponderação de custo-benefício racional: (i) a magnitude e consequência das sanções existentes para seu descumprimento; (ii) a probabilidade de as sanções serem impostas de fato; e (iii) as possibilidades da violação ser detectada. Paralelamente, a ponderação também deve observar fatores domésticos, pois a violação ou falhas em sua implementação podem ensejar reações políticas internas negativas, o que afastaria eventual intervenção internacional.

---

<sup>180</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 98. Tradução livre.

<sup>181</sup> “Aqueles enfrentados por governos racionais auto-interessados à luz do comportamento esperado dos outros”. (NEUHOLD, Hanspeter. The foreign-policy “cost-benefit-analysis” revisited. *German yearbook of international law*. [s. l.], v. 42, p. 84-124. 1999. p., 88).

Por fim, aspectos psicológicos também devem ser considerados, já que os indivíduos que lidam com a política internacional de um Estado tendem a ter um conhecimento maior das normas internacionais do que as domésticas, podendo resultar a um descumprimento inconsciente das normas locais. Sobre a ponderação desses fatores (internacional, doméstico e psicológico), conclui Neuhold que nenhuma norma pode se contrapor aos

“[...] interesses e prioridades nacionais – que são conceitos difíceis de se descrever de qualquer modo – definidos de forma diferente por diferentes governos e comparado com as possíveis perdas, especialmente quando pela probabilidade das variáveis implicam em mais uma dificuldade para análise”<sup>182</sup>.

Em síntese, a teoria realista aponta que para obtenção de uma decisão racional, além do próprio jogo de poder entre os Estados, uma série de fatores externos e internos deverão ser considerados. Por exemplo, Neuhold aponta que os custos internacionais devem ser considerados em uma decisão racional: a dimensão bilateral do prejuízo causado à vítima da violação e as possíveis retaliações; o custo de se ter como única alternativa o uso ilegal da força (e como as alianças internacionais podem tomar contramedidas contra tal ação); a dimensão multilateral (como perda de benefícios advindos de tratados, de obtenção de financiamentos internacionais etc.); a dimensão comunitária do Direito Internacional, principalmente no tocante à violações dos Direitos Humanos; e os custos domésticos que, mesmo em países não democráticos podem dar margem a serem explorados por opositoristas<sup>183</sup>.

Logo, as expectativas de *compliance* com normas internacionais variam de caso para caso, além de serem inconstantes com o decorrer do tempo. Somam-se a essa inconsistência as combinações de pressões realizadas por um ou mais Estados e a resistência dos Estados e alianças de Estados que são contra seus interesses.

Nota-se que as teorias realistas não são aptas a indicar como as principais variantes que compõem a decisão racional comportar-se-ão, impossibilitando prever a atuação dos Estados. Uma conclusão de custo-benefício, que possui um viés econômico, não leva em conta questões ou pressões, políticas, histórias e sociais. Portanto, há inúmeras

---

<sup>182</sup> NEUHOLD, Hanspeter. The foreign-policy "cost-benefit-analysis" revisited. *German yearbook of international law*. [s. l.], v. 42, p. 124, 1999. p. 124.

<sup>183</sup> Op. cit., p.123 e 124



possibilidades, cujas repercussões que deveriam ser consideradas<sup>184</sup> não possibilitam a verificação da racionalidade como um todo em uma determinada decisão.

Assim, partir do pressuposto de que as relações interestatais ocorrem em um ambiente anárquico, hobbesiano ou não, além dos Estados, que são protagonistas, a decisão não pode deixar de lado a influência das *NGO's*, principalmente após a segunda guerra mundial, bem como as alianças militares e blocos políticos e econômicos que também se proliferam. Além disso, as relações internacionais também devem considerar os indivíduos e entes privados dentro de seus arranjos. Ou seja, a proliferação de atores nas relações internacionais a serem considerados nas decisões dificultam a verificação de sua racionalidade.

A teoria realista também encontra dificuldades ao explicar os benefícios que os Estados teriam para cumprir a normas internacionais que criam obrigações custosas, como no caso daquelas que tratam da proteção ao meio ambiente ou as que visam garantir direitos humanos, pois elas normalmente apenas trazem obrigações e poucos benefícios aos Estados, principalmente Estados não democráticos e pobres.

Por fim, a teoria realista também é uma ferramenta falha para a análise de relações e situações concretas, de acordo com Peter Rudolff (Rudloff):

“Os debates sobre casos particulares e as motivações dos Estados não são fáceis de resolver. Por exemplo, a Primeira Guerra Mundial permanece como uma das mais importantes guerras na história recente e desentendimentos ainda existem se se tratou de um conflito em última instancia causado por uma postura ultra agressiva da Alemanha ou pela quebra no balanço de poder. Dada a falta de consenso em um caso tão importante, seria a geração de descobertas gerais empíricas sobre motivações subjacentes pelo exame dos principais poderes de políticas externas possível?”<sup>185</sup>.

### 3.2.2 Teorias Institucionais

Assim como os neorealistas, os institucionalistas também partem da premissa de que os atores internacionais agem racionalmente, em um ambiente anárquico, mas com a diferença de que eles podem se unir para estabelecerem instituições com capacidade

---

<sup>184</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 97.

<sup>185</sup> RUDLOFF, Peter. Offensive realism, defensive realism, and the role of constraints. *The Midsouth Political Science Review*, [s. l.], v. 14, p. 48, dez. 2013.

normativa a fim de regularem as atividades interestatais. Além disso, para eles os Estados não são os únicos protagonistas desse espaço e dessas relações, já que as organizações internacionais também são responsáveis pelas interações em nível internacional. A existência de tais instituições afasta o estado anárquico na relação entre os Estados pregados pelos realistas<sup>186</sup>.

Essa normatização<sup>187</sup> não possui as mesmas características de normas domésticas na acepção kelseniana<sup>188</sup>, qual seja, a existência de um órgão capaz de impor uma sanção em caso de descumprimento. No direito internacional cabe aos órgãos (instituições) que emanam as normas criarem incentivos para gerar *compliance*.

Arranjos políticos e cooperações entre Estados são importantes instrumentos a incentivar o *compliance*, aumentando a reputação do Estado no cenário das relações internacionais. Em síntese, para os institucionalistas a política mundial “passou a ser institucionalizada, tanto por meio de organizações internacionais formais e regras e normas codificadas (regime internacional) e também por padrões de comportamento menos formais reconhecido pelos participantes como reflexo de regras, normas e convenções existentes”<sup>189</sup>.

### 3.2.2.1 Teorias Institucionais Gerenciais

Abram Chayes e Antonia Chayes (Chayeses)<sup>190</sup> partem da premissa empírica de que os instrumentos normativos internacionais de sanção são ineficazes nas relações entre Estados<sup>191</sup> e, conseqüentemente, não interferem no *compliance*. Para essa corrente, as

<sup>186</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. Liberal international relations theory and international economic law. *The American University International Law Review*, v. 10, n. 2, p. 725-726, 1995.

<sup>187</sup> Inclusive, essa normatização se dá tanto por *hard law* e por *soft law*, as quais serão tratadas ao se analisar as normas internacionais existentes que tratam do acordo de leniência (capítulo 3).

<sup>188</sup> “Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 37).

<sup>189</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 100. Tradução livre.

<sup>190</sup> CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

<sup>191</sup> “[...] a autoridade sancionadora raramente é prevista por tratado, raramente usada quando prevista, e provavelmente ineficaz quando usada”. (Op. cit., p. 32-33).

normas internacionais florescem das interações dos Estados com as instituições internacionais e sua observância parte desse princípio.

Isso decorre tanto do fato de muitos instrumentos internacionais não possuírem previsões de sanções, quanto pela ineficácia de mecanismos de sanção (em função dos custos envolvidos e falta de legitimidade, já que todos Estados estão em um mesmo nível hierárquico). Logo, o direito internacional não pode se basear em um sistema de *enforcement* de suas normas, mas em um processo de interação para se restabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, sendo considerado um sistema de gerenciamento (“*managerial*” ou gerencial)<sup>192</sup>. De acordo com os Chayeses “três fatores – eficiência, interesse nacional e o regime normativo – geram uma propensão geral para estados-nações em cumprirem com normas de tratados”<sup>193</sup>.

Para os Chayeses, a propensão ao *compliance*, com as normas internacionais, dar-se-á por três motivos: (i) as normas internacionais são originadas em um sistema de relações internacionais e, portanto, os Estados teriam uma predisposição em segui-las; (ii) deve existir uma burocracia interna para garantir a aplicação da norma internacional, não podendo sua implementação ser custosa; e (iii) existe um sentimento de que normas induzem ao seu cumprimento - que pode ser comprovado empiricamente - principalmente em razão de todo o processo (ritual) que é despendido para que elas vigorem<sup>194</sup>. Assim, ao invés da força, o *compliance* ocorre por meio de justificações, discursos e persuasão que visam a manutenção da reputação do Estado.

Para tanto, a comunicação entre os Estados deve ser transparente e isonômica, ou seja, todos os Estados devem acessar a todas informações sobre os atos normativos, com a

---

<sup>192</sup> “A teoria é ‘gerencial’ da forma que rejeita sanções e outras duras formas de *enforcement* em favor do gerenciamento coletivo de desempenho. Essa interpretação junto com outros temas da literatura do Direito Internacional junto com a influência da teoria das Relações Internacionais”. (RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 542. Tradução livre).

<sup>193</sup> KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? *Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997, p. 2635. Tradução livre.

<sup>194</sup> Op. cit., p. 542-543.

efetiva compreensão de seu conteúdo, procedimentos estipulados e eventuais entidades que serão responsáveis por sua supervisão (organismos internacionais ou *NGOs*)<sup>195</sup>.

Segundo os Chayeses, o nível de *compliance* pode ser facilmente verificado por meio de relatórios<sup>196</sup>. Assim, os primeiros sinais de descumprimento das normas internacionais podem ser rapidamente detectados. Os relatórios também possuem a função de tornar público arranjos domésticos utilizados para a observância de normas internacionais que podem ser aproveitados, com a devida plasticidade, por outros Estados.

Por fim, com transparência e relatórios periódicos, os Estados que estão vinculados a um determinado diploma legal possuem ferramentas para verificarem os níveis de *compliance* e, caso necessário, realizarem inspeções por meio de organismos internacionais ou *NGOs* para corrigirem eventual desvio.

Ou seja, o gerenciamento que leva ao *compliance* com normas internacionais depende de um discurso transparente com o seguinte método (regime), observadas as fases a seguir:

“(1) obtenção de dados sobre a situação e partes sobre regulação; (2) identificação do comportamento que origina questões significantes sobre *compliance*; (3) diagnóstico das causas do aparente comportamento desviante; (4) exame da capacidade parte que não cumpri para seguir com suas obrigações; (5) oferecer assistência técnica para corrigir qualquer fragilidade; (6) a ameaça ou invocação de mecanismos de soluções de disputa; (7) as vezes, a conclusão de que normas de tratados de vem ser modificadas para acomodarem a conduta desviante”<sup>197</sup>.

Considerando-se as premissas acima, o desrespeito às normas internacionais, está relacionado à ambiguidade e a vagueza dos tratados (falta de transparência); e às limitações dos Estados em implementar as obrigações, ou seja, por um gerenciamento falho<sup>198</sup>.

H.H. Koh entende que a teoria dos Chayeses falha em quatro pontos<sup>199</sup>: (i) o modelo gerencial e o *enforcement* não podem se excluir, mas devem se complementar para assegurar

---

<sup>195</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004., p. 142. KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? *Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997, p. 2636.

<sup>196</sup> Op. cit., p. 142.

<sup>197</sup> KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? *Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997, p. 2638. Tradução livre.

<sup>198</sup> Op. cit., p. 2635.

<sup>199</sup> Op. cit., p. 2639-2641.

*compliance* integral com normas internacionais; (ii) não haveria quebra de reputação de um Estado sem se criar um sistema de interpretação; (iii) não aborda a maneira como a norma internacional deve ser internalizada; e (iv) não aborda como seria o *enforcement* das normas pelo sistema gerencial, já que as normas internacionais são diferentes entre si.

Por meio de uma análise mais criteriosa, nota-se alguns outros pontos falhos na teoria gerencial dos Chayeses<sup>200</sup>, além dos apontados por H.H. Koh. O primeiro é que a teoria não considera a hipótese de um Estado, deliberadamente, não observar uma norma internacional. Paralelamente, não há evidências empíricas que uma conduta desviante é resultado de ambiguidade ou falta de transparência de atos normativos, principalmente quando ela ocorre pelos Estados com boas capacidades econômicas e meios de representação democráticos.

Há de se considerar que a teoria gerencial parte de um certo padrão isonômico entre os Estados, não encontrado na prática, já que os interesses das nações econômica e militarmente mais poderosas podem se sobrepor aos dos demais (posição realista).

Por derradeiro, a questão de supervisão e elaboração de relatórios por organismos internacionais e *NGOs*, defendida pelos Chayeses, como mecanismo de controle de *compliance*, pode ser desafiada em razão da ausência de legitimidade dessas entidades para realizar tais atividades, principalmente das *NGOs*.

### 3.2.2.2 Processo legal transnacional

Outro importante representante da corrente institucionalista é Harvard, H. H. Koh<sup>201</sup>. Na elaboração de sua teoria, denominada *transnacional legal process*, buscou explicar o *compliance* às normas internacionais por meio de um processo cujo resultado chama de “obediência”. Esse processo é composto por 3 fases<sup>202</sup>: interações, interpretações e internalização.

---

<sup>200</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 144-152.

<sup>201</sup> KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? *Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997.

<sup>202</sup> “Um ou mais atores transnacionais provocam uma interação (ou uma série de interações) com outro, que força uma interpretação ou enunciação da norma global aplicável para a situação. Isso acontecendo, a parte movente procura não somente coagir a outra parte, mas internalizar a nova interpretação da norma internacional dentro do ordenamento jurídico da outra parte. O objetivo é vincular a outra parte em obedecer a interpretação como parte de sua cultura interna. Seria um processo legal transnacional normativo, dinâmico e constitutivo.

Atores internacionais (não somente Estados) interagem e, ao interagirem, interpretam normas que regulam aquela determinada interação. Posteriormente, as normas e suas interpretações são incorporadas aos ordenamentos internos dos Estados. Por meio dessa incorporação, os Estados acabam por obedecer às normas internacionais. Além disso, o processo proposto por Koh gera normas que serão aptas a guiar futuras interações internacionais, formando um ciclo apto a reconstituir os interesses e identidade dos atores que participaram da interação:

“Como atores transnacionais governamentais e não governamentais repetidamente interagem por meio de processo legal transnacional, eles geram e interpretam normas internacionais e buscam internalizar tais normas domesticamente. Considerando-se que tais normas são internalizadas com sucesso, elas se tornam determinações futuras para que as nações obedeçam. Os estudiosos da sociedade internacional parecem reconhecer que esse processo ocorre, mas dedicaram poucos estudos para o ‘cinto de transmissão’, pelo qual normas geradas pela sociedade internacional infiltram nas sociedades domésticas”<sup>203</sup>.

Esse ciclo, constante e virtuoso, gera padrões de comportamentos que incidem sobre instituições e redes interestatais, criando normas de conduta externas (atos legais) e interpretações específicas que, normalmente, são internalizadas pelos Estados por meio de atos do poder Executivo, novas legislações e decisões judiciais (permeando os três poderes de um Estado). A internalização também resulta na proteção das decisões tomadas no âmbito das interações internacionais contra mudanças políticas internas. O resultado final é a obediência, anteriormente mencionada<sup>204</sup>; a estabilidade na identificação dos atores das relações internacionais; e a reconstrução dos interesses nacionais, sendo que o procedimento tende apenas a se expandir, criando uma série de redes<sup>205</sup>.

---

A transação gera uma norma legal que regulará interações transnacionais futuras entre as partes; transações futuras internalizarão tais normas; e, eventualmente, a repetida participação no processo irá auxiliar a reconstrução dos interesses e até a identidade dos participantes no processo”. (Op. cit., p. 2246. Tradução livre).

<sup>203</sup> Op. cit., p. 2651. Tradução livre.

<sup>204</sup> “Considera-se que esse processo legal transnacional, esse ciclo repetido de interações, interpretações e internalização, em que o Direito Internacional adquiriu sua ‘cola’, que estados-nações adquiriram suas identidades e que nações passam a obedecer ao Direito Internacional sem a percepção de seus interesses próprios. Traçando-se o movimento do âmbito externo para o interno considerar o uma vez indesejável *compliance* com a norma externa passa a ser uma obediência habitual internalizada, o fator chave é a participação repetida no processo legal transnacional. Essa participação ajuda a reconstruir o interesse nacional, estabelecer a identidade dos atores como aqueles que obedecem à lei e desenvolver as normas que farão parte do tecido de uma emergente sociedade internacional”. (Op. cit., p. 2655. Tradução livre).

<sup>205</sup> “Caso atores transnacionais obedeçam ao Direito Internacional como resultado de repetidas interações com outros atores no processo transnacional legal, o primeiro passo é garantir que mais atores participem. É aqui que a expansão do papel de organizações intergovernamentais, não governamentais, entidades de direito privado e empreendedores transnacionais da moral merecem um estudo cuidadoso”. (Op. cit., p. 2656. Tradução livre).

Mas como isso ocorreria na prática? H. H. Koh aponta, ao analisar as relações internacionais dos direitos humanos, que o primeiro passo é o convidar os atores para participarem do processo de interação, tanto estatais quanto para estatais (*NGO's* e entes privados). O segundo passo é a criação de fóruns para interpretação das normas, como cortes ou comissões internacionais. Por derradeiro, o processo de internalização<sup>206</sup> pode ocorrer de três formas: (i) social, no qual a legitimidade pública garante a sua obediência; (ii) política, quando a elite política aceita a norma internacional; e (iii) legal, por meio da incorporação da norma ao ordenamento jurídico doméstico<sup>207</sup>.

Burgstaller<sup>208</sup> aponta que H.H. Koh possui alguns pontos em aberto em sua teoria, tais como a falta de explicação sobre a maneira como as normas são internalizadas e como são tratados os conflitos entre normas internacionais e domésticas. E, com a impossibilidade de se explicar a internalização, observam-se falhas na compreensão sobre a ocorrência do *compliance*. O outro ponto em aberto é que não há menção sobre a qualidade de formação da norma e seu impacto no processo que leva à obediência. Assim como no caso dos Chayeses, a teoria não leva em conta as diferenças de poder que cada Estado possui dentro do cenário internacional, muitas vezes extremamente relevantes, principalmente ao se considerar o poder econômico.

### 3.2.3 Normativistas ou Legalistas

A terceira corrente tem como base correntes filosóficas, principalmente aquelas vinculadas a Emmanuel Kant, em seu ensaio “A paz perpétua”.

---

<sup>206</sup> Sobre a importância da internalização na teoria de Koh: “A implicação central do argumento de Koh é que *compliance* é guiado pela eficácia da lei doméstica; o que gera *compliance* com uma norma internacional é a sua transformação como norma nacional. Enquanto essa análise parece colocar a política e instituições domésticas em uma posição central, Koh argumenta que a efetividade da internalização depende primeiramente nas características da norma em questão, não por atributos domésticos do Estado em questão”. (RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 544. Tradução livre).

<sup>207</sup> KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? *Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997, p. 2656.

<sup>208</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 157.

Nesse ensaio de Kant, a paz perpétua entre os Estados apenas pode ser obtida por meio do direito (direito cosmopolita)<sup>209</sup>, que seria resultado da formação de uma comunidade ou federação entre os povos, sem fins bélicos<sup>210</sup> - resultado preferível a se ter uma monarquia universal resultante de conflitos bélicos - sendo que uma violação ao direito, principalmente se ocorre contra a humanidade, dar-se-ia de forma universal ou cosmopolita<sup>211</sup>. Essa aproximação “leva à convivência na paz, a qual se gera e garante não através do enfraquecimento de todas as forças, como acontece no despotismo (cemitério da liberdade), mas mediante o seu equilíbrio, na mais viva emulação”<sup>212</sup>.

A causa de a união entre os Estados que resultaria no Direito Cosmopolita, dar-se-ia pelo espírito do comércio e pelo poder do dinheiro, já que não haveria como estes coexistirem com a guerra. Apesar de existirem alianças para os conflitos bélicos, estas seriam instáveis, sendo que apenas as alianças comerciais trariam o cenário ideal para que o Direito Cosmopolita floresça<sup>213</sup>. Inclusive, tais pactos federativos não poderiam ser alcançados em períodos bélicos onde reina o despotismo<sup>214</sup>.

---

<sup>209</sup> “Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição”. (KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projecto filosófico*. Trad. Artur Morão. Covilhã: LusoSofia Press, 2008, p. 22. (Col. Textos Clássicos de Filosofia)).

<sup>210</sup> “Ora, vimos antes que uma federação de Estados, cujo propósito é simplesmente evitar a guerra, constitui o único estado jurídico compatível com a sua liberdade. Por conseguinte, a consonância da política com a moral só é possível numa união federativa (que é igualmente necessária e está dada a priori, segundo os princípios do direito), e toda a prudência política tem como base jurídica a instauração dessa federação na sua máxima amplitude possível; sem tal fim, toda a habilidade política é ignorância e injustiça velada. – Esta pseudopolítica tem a sua própria casuística, a despeito da menor escola jesuítica – a *reservatio mentalis*: redigir os tratados públicos com expressões tais que se possam ocasionalmente interpretar como se quiser (por exemplo, a diferença entre *status quo de fait* e de *droit*), em vantagem própria; – o probabilismo: atribuir subtilmente más intenções aos outros, ou converter a probabilidade de um possível desequilíbrio seu em fundamento jurídico para a submissão de outros Estados pacíficos; – por fim, o *peccatum philosophicum* (*pecatillum, bagatelle*): considerar como uma bagatela facilmente perdoável a conquista de um Estado pequeno, se por esse meio um Estado muito maior for favorecido em vista de um pretens mundo melhor”. (Op. cit., p. 50-51).

<sup>211</sup> “Para Kant o acordo prévio de Estados em uma real configuração permitiria o cumprimento de princípios que ordenariam Tratados visando à ‘paz’, o que poderá gerar um novo e mais justo ordenamento jurídico”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance: direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42).

<sup>212</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projecto filosófico*. Trad. Artur Morão. Covilhã: LusoSofia Press, 2008, p. 30. (Col. Textos Clássicos de Filosofia)

<sup>213</sup> Op. cit., p. 30.

<sup>214</sup> “Mas, no tocante às relações exteriores dos Estados, não se pode exigir a um Estado que tenha de renunciar à sua constituição, ainda que despótica (que é, porém, a mais forte em relação aos inimigos exteriores), enquanto corre o perigo de ser imediatamente devorado por outros Estados; por isso, com essa finalidade deve permitir-se também o adiamento da execução até melhor oportunidade”. (Op. cit., p. 37).



Para se chegar ao resultado de paz perpétua, Kant dispõe que os governos devem buscar não somente esforços das autoridades legisladoras, mas também se socorrerem dos conselhos de filósofos<sup>215</sup> e seguir o caminho do Direito Internacional, que seria um sistema com o propósito de se assegurar a paz e construir a Justiça e a democracia, sendo os Direitos Humanos o ponto central do sistema. Conclui que a paz perpétua não é o fim de cada Estado, mas produto do conceito de dever jurídico, da obrigação moral, da própria razão pura:

“Esta proposição quer apenas dizer que as máximas políticas não devem derivar do bem-estar ou da felicidade de cada Estado, guardadas como consequência da sua aplicação, portanto não derivam do fim que cada Estado para si estabelece como objeto (do querer), como princípio supremo (mas empírico) da sabedoria política, mas do puro conceito do dever jurídico (da obrigação moral, cujo princípio a priori é dado pela razão pura), sejam quais forem as consequências físicas que se pretendam”<sup>216</sup>.

Sobre o pensamento de Kant, vale destacar a análise de H. H. Koh:

“Kant aponta não para um governo mundial, mas para sociedade guiada pelo estado de direito internacional entre os Estados soberanos, na qual os vínculos mais fortes existentes entre os indivíduos criam um interesse mútuo que se sobrepõe às fronteiras. Kant acredita que esses vínculos internacionais criariam uma moral interdependente e resultar em grandes possibilidades de paz por meio de acordos internacionais [...] A tradição filosófica kantiana tanto nas relações internacionais quanto no Direito Internacional aplica para as relações internacionais o que Kant denomina “o comprometimento a três tipos básicos de direito”. Primeiro, a “Liberdade contra autoridades arbitrárias, também chama de liberdade negativa”; segundo, “os direitos necessários à proteção e promoção da capacidade e oportunidade para a liberdade, as liberdades positivas; e um terceiro direito liberal, que é direito democrático à participação ou representação, como necessário para a garantia dos dois direitos anteriores”<sup>217</sup>.

A transposição das ideias de Kant faz com que a teoria normativa parta do pressuposto de que as normas são aptas, por si só, a influenciarem e induzirem o comportamento dos Estados. Para os normativistas, a premissa de Henkin, já mencionada, de quase todas as nações observem quase todos os princípios do Direito internacional e quase todas suas obrigações na maioria do tempo “ocorre por meio de um senso moral e ético,

---

<sup>215</sup> “Parece, porém, minimizar a autoridade legisladora de um Estado, ao qual naturalmente se deve atribuir a máxima sabedoria, procurar conselho nos seus súbditos (os filósofos) sobre os princípios do seu comportamento em relação aos outros Estados; no entanto, é muito aconselhável fazê-lo. O Estado convidará, pois, tacitamente os filósofos (fazendo disso, portanto, um segredo), o que significa tanto como deixá-los falar livre e publicamente sobre as máximas gerais da condução da guerra e do estabelecimento da paz (pois eles farão isso por si mesmos, sempre que não lhes for proibido); e a coincidência dos Estados entre si acerca deste ponto não precisa também de nenhuma razão especial com este propósito, mas reside já na obrigação mediante a razão humana universal (moral e legisladora)”. (Op. cit., p. 32).

<sup>216</sup> Op. cit., p. 43.

<sup>217</sup> KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? *Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997, p. 2610.

derivado de um sentimento de justiça, que reveste atos normativos que sejam originados com lealdade ou *fairness*”<sup>218</sup>.

Um dos principais expositores dessa escola é Thomas M. Franck<sup>219</sup>, que, levando em consideração os pensamentos de Ronald Dworkin, entende a legitimidade da norma como ponto central para se obter *compliance*.

Assim como em qualquer ordenamento jurídico, também há *fairness* nas normas internacionais, resultando em *compliance*. No sistema internacional, *fairness* é obtida por meio da elaboração da norma, seguindo o devido processo, ou seja, um sistema ou ritual pré-acordado pelos atores internacionais e, que, ao final, a norma resultante de tal processo seja justa em relação aos seus custos e benefícios<sup>220</sup> (uma espécie de justiça distributiva que deve estar de acordo com as expectativas dos atores internacionais para gerar *compliance*)<sup>221</sup>. Entretanto, enquanto a *fairness* da justiça distributiva varia de caso a caso, e com o decorrer do tempo, a justiça vinculada ao *due process* é sempre constante.

A partir da observância dos dois tipos de *fairness*, mesmos os atores mais poderosos podem respeitar regras desprovidas de sanção, pelo fato dessas normas serem dotadas de legitimidade<sup>222</sup>.

Um ponto que diferencia a teoria de Franck das demais é o fato de que ele realiza um corte epistemológico ao não tentar justificar a existência das normas internacionais, pois, de fato, elas existem há tempos. Para ele, uma teoria deve analisar o conteúdo de tais normas e sua efetividade e justiça e não suas origens.

<sup>218</sup> *Fairness*, nesse caso, está vinculado á teoria de Dworkin, para quem *fairness* “é uma matéria de estrutura de correção de um sistema, a estrutura, que projeta influência sobre as decisões políticas de forma corretas”. (DWORKIN, Ronald M. *Law’s empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 404. Tradução livre).

<sup>219</sup> FRANCK, Thomas M. *Fairness in the international law and institutions*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

<sup>220</sup> O que é muito semelhante ao que é proposto pelos racionalistas: “Assim como os racionalistas, Frank defende que as nações obedecem às normas quando os benefícios para seu cumprimento excedem os custos”. (KOH, Harold Hongju. *Why do nations obey international law? Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997, p. 2642. Tradução livre).

<sup>221</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 122.

<sup>222</sup> Para Frank, legitimidade é uma “[...] propriedade da regra ou do órgão legislador que por si só leva ao caminho do *compliance* para aqueles endereçados normativamente em razão desses endereçados acreditarem que a regra ou a instituição passou a vigorar e operar de acordo com dos princípios gerais do devido processo”. (FRANCK, Thomas M. *Fairness in the international law and institutions*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002, p. 26).

Ao analisarem a teoria de Franck, Raustalia e Slaughter apontam que conceito de legitimidade pode ser definido por meio de quatro elementos<sup>223</sup>: (i) clareza textual, para que as obrigações derivadas da norma sejam transparentes<sup>224</sup>, sendo aptas a comunicar sua intenção sem ruídos de comunicação; (ii) uma validação simbólica, por meio de um ritual (devido processo); (iii) coerência com as demais normas para que possa ser aplicada sem conflitos; e (iv) aderência dentro de um plano hierárquico de um ordenamento.

A teoria normativista enfrenta alguns problemas quando diante de pontos práticos. Ela não considera o fato de que a hierarquia, no ordenamento jurídico internacional, não é igual à dos ordenamentos domésticos, como demonstram os instrumentos de *soft law e hard law*. Em relação ao *soft law*, não existe um devido processo, como ocorre em relação ao *hard law*, que tem a Convenção de Viena como Direito dos Tratados, de 1969, a qual estabelece o processo legislativo para convenções e tratados.

Outro ponto não abordado pela teoria de Franck é o papel de órgãos interestatais, *NGO's* e entes privados no processo de formação das normas e a maneira como a participação deles pode influenciar a obtenção do *fairness*. Como tais órgãos induziriam um devido processo se, em tese, eles próprios não estariam submetidos ao *fairness*, pois não há normas que regulem o comportamento desses atores na elaboração de atos normativos internacionais?

A teoria de Franck não considera as diferenças do poder que cada Estado detém de também poder atuar na legitimidade da norma, pois um Estado mais poderoso, ou alguns Estados (como no caso do Conselho de Segurança da ONU), podem impô-las aos mais fracos, minando sua legitimidade, ou essa legitimidade pode ser recusada pelo mais fraco, como vemos atualmente nas sanções impostas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas contra a Coreia do Norte<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 541.

<sup>224</sup> Assim como entendem os Chayeses.

<sup>225</sup> BORGER, Julian. 'Flagrant disregard': UN condemns north Korean missile launches. *The Guardian*. set. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/sep/06/grave-violation-un-strongly-condemns-north-korean-missile-launches>>. Acesso em: 11 set. 2016.

Além disso, outra crítica que se faz é que o conceito de *fairness*, cultural e cronologicamente, possui muitas variações o que pode reduzir a legitimidade da norma<sup>226</sup>.

### 3.2.4 Liberais

A teoria liberal tem como objetivo explicar as ações que os Estados realizam e não o que eles deveriam realizar:

“Alterando-se das estruturas e fontes para a substância, a concepção Liberal do Direito Internacional foca nos interesses dos Estados mais do que o poder dos Estados. Ela conceitua ameaças para a ordem internacional, ou obstáculos para a cooperação internacional, em termos de conflitos dos interesses estatais”<sup>227</sup>.

Ensina Moravcsik<sup>228</sup> que os três pilares da teoria liberal são: (i) as motivações dos atores sociais; (ii) a relação entre o Estado e a sociedade civil; e (iii) as circunstâncias pelas quais os Estados desenvolvem suas estratégias e tomam decisões no sistema internacional. Assim, a teoria Liberal tem como foco “os Estados como agentes dos interesses individuais de grupos, significando que o Direito projetado para alcançar resultados internacionais específicos não possui o Estado como objeto, mas sim os indivíduos e grupos que os Estados devem representar”<sup>229</sup>.

A premissa fundamental desta teoria é que os Estados e as próprias relações internacionais têm seus interesses derivados da governança entre grupos domésticos e transnacionais da sociedade civil, que defendem interesses sociais, econômicos e políticos próprios, tanto de maiorias, quanto de minorias, principalmente em sociedades democráticas e pluralísticas<sup>230</sup>.

<sup>226</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 135.

<sup>227</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. Liberal international relations theory and international economic law. *The American University International Law Review*, v. 10, n. 2, p. 730, 1995. Tradução livre.

<sup>228</sup> MORAVCSIK, Andrew. Liberalism and international relations theory. *Center for International Affairs*. Harvard University. Working Paper n. 92-6, 1992.

<sup>229</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. Liberal international relations theory and international economic law. *The American University International Law Review*, v. 10, n. 2, p. 729, 1995. Tradução livre.

<sup>230</sup> “Uma sociedade pluralista, aquela com um balanço dinâmico entre muitos, sobrepondo-se e balanceando formas de fidelidade social e política será a mais resistente a conflitos internacionais. Mesmo sob governos republicanos, uma distribuição não igualitária de propriedade, riscos, informação e outros bens sociais pode permitir que pequenos grupos promovam conflitos internacionais como sendo da sociedade como um todo”. (MORAVCSIK, Andrew. Liberalism and international relations theory. *Center for International Affairs*. Harvard University. Working Paper n. 92-6, 1992, p. 26. Tradução livre).

Logo, diferentemente dos realistas, não apenas os Estados são atores das relações internacionais, cujas soluções são alcançadas por meio do poder que cada um deles possui. Para os liberais, os Estados atuam no âmbito internacional “a relação entre tais atores sociais e os governos representando os interesses daqueles [atores sociais] em vários níveis de completude”<sup>231</sup>. Moravcsik traça um excelente panorama sobre a teoria liberal e todas as suas implicações:

“A premissa fundamental da teoria política Liberal é que políticos estão inseridos em um contexto social, que de forma decisiva restringe os propósitos e possibilidades de governo. Analiticamente a sociedade prescinde ao Estado e as relações domésticas entre estado e sociedade constituem o ponto central da política. Sociedade, de acordo com os Liberais, é formada por indivíduos humanos com interesses e identidades autônomos, que buscam a formação de grupos privados, organizações e arranjos para impor seus objetivos sociais e políticos. A ordem social e política resultam de interações agregadas de tais indivíduos, que geralmente atuam sem um plano consciente”<sup>232</sup>.

Os interesses individuais ou coletivos, uma vez delimitados, devem ser protegidos racionalmente<sup>233</sup> pelo Estado, já que este, em último lugar, representa segmentos sociais<sup>234</sup> nas relações internacionais. Logo, a forma de governo terá reflexo direto nas relações internacionais e nos interesses a serem protegidos por um determinado Estado, bem como a forma que o Estado adotará para tal fim. Ditaduras tendem a representar interesse individuais ou de uma pequena classe dominante, que impõem seus desejos em uma sociedade e, da mesma forma, tendem a utilizar mecanismo semelhantes para impô-los no âmbito internacional. Por outro lado, democracias seriam aptas a representar interesses internacionais, mesmo de minorias, ou até mesmo levar em consideração a influência de outros atores, como *NGO's*, que venham a defender os interesses de tais minorias.

---

<sup>231</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. Liberal international relations theory and international economic law. *The American University International Law Review*, v. 10, n. 2, p. 728, 1995. Tradução livre.

<sup>232</sup> MORAVCSIK, Andrew. Liberalism and international relations theory. *Center for International Affairs*. Harvard University. Working Paper n. 92-6, 1992, p. 07. Tradução livre.

<sup>233</sup> Assim como no caso dos realistas.

<sup>234</sup> “[...] uma concepção liberal do Direito Internacional é focada nos Estados como agentes de interesses individuais e de grupo. Isso significa que a lei destinada a alcançar resultados internacionais específicos não tem como sujeitos os Estados, mas sim os indivíduos e grupos que os Estados representam”. (SLAUGHTER, Anne-Marie. Liberal international relations theory and international economic law. *The American University International Law Review*, v. 10, n. 2, p. 729, 1995. Tradução livre). No mesmo sentido, Andrew Moravski “A segunda suposição central da teoria liberal das relações internacionais é que todos os governos representam algum segmento da sociedade doméstica, cujos interesses se refletem na política do Estado. Consistente com a visão de que a sociedade, entendida como um agregado de indivíduos autônomos e grupos voluntários, é anterior ao Estado, as teorias liberais políticas atribuem um lugar central às instituições domésticas que ligam Estado e sociedade”. (MORAVCSIK, Andrew. Liberalism and international relations theory. *Center for International Affairs*. Harvard University. Working Paper n. 92-6, 1992, p. 09. Tradução livre).

As formas de governo também influenciam a como o Estado tutelar os interesses preliminarmente delimitados pela sociedade civil. Países democráticos tendem a formar alianças para defender seus interesses em conjunto, por meio da cooperação, sendo que o papel estatal dependerá, diretamente, de quanto o interesse negociado no âmbito internacional é importante para o grupo civil dominante que controla o governo. Estados autoritários buscaram impor seus interesses no âmbito internacional por meio de ameaças ou pela própria força bélica. Portanto, “a concepção Liberal de Direito Internacional foca nos interesses dos Estados mais do que os seus poderes. Conceitua ameaças à ordem internacional ou obstáculos à cooperação internacional em termos de conflitos de interesses dos Estados”<sup>235</sup>.

O terceiro pilar acima descrito se refere ao comportamento dos Estados e, conseqüentemente, as relações e conflitos internacionais, que em última análise, refletem a natureza das preferências de um determinado governo e, dentro da cadeia lógica Liberal, de determinado grupo ou aliança ou indivíduos, democrática ou autoritariamente determinados<sup>236</sup>. Por conseqüência, devido à concentração de poderes por grupos internos, as normas internacionais acabam por serem controladas por cortes de justiça nacionais mais do que internacionais, pois aquelas possuem total legitimidade para verificar se as normas estão ou não de acordo com os interesses do governo local.

Burgstaller diferencia a teoria realista das demais, apontando que esta teoria busca estabelecer um sistema normativo que leva em consideração o impacto de diversos fatores que não objeto das demais teorias, quais sejam, indivíduos, corporações, *NGO's* de todos os tipos, ideologias políticas e econômicas, ideias, interesses, identidades e interdependência, fatores que influenciam nas preferências de um Estado. “Para os Liberais, a configuração das preferências estatais influencia a política mundial – não como a configuração de capacidades apontadas pelos realistas e não a configuração de informações e instituições como defendem os institucionalistas”<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. Liberal international relations theory and international economic law. *The American University International Law Review*, v. 10, n. 2, p. 729, 1995.

<sup>236</sup> MORAVCSIK, Andrew. Liberalism and international relations theory. *Center for International Affairs*. Harvard University. Working Paper n. 92-6, 1992, p. 10.

<sup>237</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 165-166. Tradução livre.

Mas, afinal, qual é a razão para os Estados não cumprirem as obrigações internacionais para os Liberais? O que os leva ao não *compliance*?

De acordo com a teoria Liberal, essa situação ocorre quando há mudança nas variáveis de interesses individuais ou coletivos de um Estado, ou mudança do tipo de governo do Estado. Outra justificativa para conflitos é a ocorrência de uma concentração social e política de poder que permite ao governo provocar conflitos e se impor sobre outros Estados, principalmente os mais fracos<sup>238</sup>.

Slaughter e Raustalia propõem que a teoria Liberal busca uma prevenção de não *compliance* por medidas a serem adotadas *ex ante*, diferentemente das tradicionais que seriam *ex post*. As medidas *ex ante* seriam baseadas em mudanças nos processos de decisão internos ou na prevenção do *no compliance*, sendo que tais processos já foram adotados em políticas internas<sup>239</sup>.

As críticas que se fazem à teoria liberal<sup>240</sup> partem do fato de que haveria indicação empírica que Estados pluralistas, que defendem valores republicanos e democráticos, cumpram mais as obrigações internacionais que outros Estados que não tenham incorporado valores liberais. Outro ponto, é que deixar a questão de interpretação e sanção ao descumprimento das normas para as cortes locais, retira qualquer possibilidade de *enforcement* de atores externos, que não possuam relação com um determinado governo de um Estado.

As teorias acima demonstram que há diversos vieses para se explicar o *compliance* e *non compliance* como normas internacionais. Porém, nenhuma delas parece apta a explicar o fenômeno de *compliance* como Direito Internacional Penal, já que todos os autores que tratam de tal tema não aprofundaram seus estudos sobre esse tipo especial de norma. As teorias de *compliance* tentam explicar outros fenômenos como normas internacionais econômicas, Direitos Humanos, tratados que versem sobre meio-ambiente etc.

---

<sup>238</sup> MORAVCSIK, Andrew. Liberalism and international relations theory. *Center for International Affairs*. Harvard University. Working Paper n. 92-6, 1992.

<sup>239</sup> RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 552.

<sup>240</sup> BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004, p. 183.

### 3.3 *Compliance* no Direito Internacional Penal

De acordo com Roger O’Keefe, as normas de Direito Internacional Penal podem ser classificadas em duas categorias<sup>241</sup>: condutas criminalizadas por normas internacionais (*crimes under international law*) e condutas típicas de acordo com normas internacionais (*crimes pursuant international law*).

A primeira categoria (*crimes under international law*), pode ter como fonte tanto tratados, como ocorre nos tipos penais descritos nos artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto de Roma, quanto no direito consuetudinário internacional, como se verifica nos crimes de genocídio e crime contra a humanidade<sup>242</sup>. Tratam-se de delitos previstos nas fontes tradicionais de direito internacional (artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça) cuja persecução cabe primordialmente ou subsidiariamente às cortes de natureza internacional<sup>243</sup>.

No caso dos tratados, para que ele gere efeitos para um determinado Estado, é necessária a realização de três passos básicos: que o Estado seja parte, que o Estado tenha subscrito<sup>244</sup> o documento e, principalmente que ocorra a ratificação do tratado<sup>245</sup> e <sup>246</sup>. Apenas após a ratificação, ou seja, a formal incorporação da norma ao ordenamento jurídico internalização é que ela passa a ter efeitos legais.

<sup>241</sup> O’KEEFE, Roger. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 61-62.

<sup>242</sup> “En el DPI la principal función de la costumbre está en establecer la prohibición de determinadas conductas. Así, los tipos penales son la principal clase de precepto jurídico-penal que origina el Derecho consuetudinario en el ámbito internacional. Los crímenes de genocidio e de lesa humanidad muestran su naturaliza consuetudinaria, sin perjuicio de estar ya actualmente positivados en diversos instrumentos internacionales y legislaciones nacionales. Sin embargo, esta distinta situación que se vive en la órbita internacional no puede hacernos olvidar que se presentan los mismos problemas que señalábamos respecto al Derecho penal nacional: la indeterminación del hecho punible y de su pena o marco penal”. (MONTIEL, Juan Pablo. La "mala costumbre" de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional. In: MONTIEL, Juan Pablo (Ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madri: Marcial Pons, 2012, p. 405).

<sup>243</sup> Por sua vez, tais cortes podem ser permanentes ou *ad hoc*.

<sup>244</sup> “A assinatura torna autêntico o texto convencional, impedindo que qualquer das partes possa unilateralmente reabrir as negociações. Assinado o compromisso, o Estado não pode contrariar as finalidades do trato, impossibilitando a concretização do objeto nele estipulado antes que o instrumento entre em vigor. Esta obrigação decorre do princípio da boa-fé que fundamenta o direito dos tratados”. (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 52).

<sup>245</sup> THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014, p. 37-38. No mesmo sentido, WALLACE, Rebecca M. M.; MARTIN-ORTEGA, Olga. *International law*. 7. ed. Londres: Sweet & Maxell, 2013, p. 10.

<sup>246</sup> “O direito internacional não disciplina o procedimento de ratificação dos tratados, que é matéria a ser regulada pela ordem jurídica interna. O propósito que orienta a conduta do legislador nacional nesse particular é permitir o reexame do acordo antes que o Estado venha a comprometer-se no plano internacional”. (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 53).



O mesmo ocorre em relação ao costume<sup>247</sup>. Para que uma regra de costume seja considerada fonte de direito internacional, é necessária sua prática por parte de um Estado, ou seja, que essa prática seja comum ao seu comportamento (*opinio juris*); e que tal prática ocorra compulsoriamente, e não de forma discricionária<sup>248</sup>. Assim, no tocante ao Direito Penal, a norma deve ser incorporada ao ordenamento jurídico pelos passos acima descritos – não importando se estamos diante de um sistema de *common law* ou *civil law* - e que possua efeitos dentro do ordenamento jurídico.

No caso das condutas criminalizadas por normas internacionais não se está diante de um fenômeno de harmonização, mas sim de verdadeira unificação, porque as normas de um tratado ou convenção devem ser aceitas de forma integral, sendo que nem sempre é possível que um Estado adotar reservas<sup>249</sup> e <sup>250</sup>. Da mesma forma, o Estado não pode alegar que se está diante de uma prática que não já faz parte do costume, possua negação ao direito consuetudinário não afasta sua aplicação<sup>251</sup>.

<sup>247</sup> Sobre a possibilidade do costume ser fonte de Direito Penal vide MONTIEL, Juan Pablo. La "mala costumbre" de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional. In: MONTIEL, Juan Pablo (Ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madri: Marcial Pons, 2012, p. 399-434.

<sup>248</sup> “O costume manifesta-se apenas quando dois elementos estiverem presentes:

- o elemento material constituído pela repetição constante e uniforme de determinados atos durante certo período; e

- o elemento psicológico, ou seja, a convicção de que tais atos correspondem à execução de uma obrigação jurídica” (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.132).

<sup>249</sup> “O descontentamento em relação a certas cláusulas do compromisso negociado acompanha a celebração de muitos tratados plurilaterais. O desacordo, contudo, não é de tal ordem que leve à rejeição integral do ajuste, mas afeta apenas disposições particulares nem sempre essenciais. Para evitar que resistências pontuais impedissem a vinculação estatal, concebeu-se um artifício para superar esse inconveniente, que procurou compatibilizar, ao mesmo tempo, a participação generalizada e a preservação dos interesses nacionais. A reserva é, nessa perspectiva, a declaração unilateral de vontade que exclui ou modifica o efeito jurídico de algumas disposições do tratado em face daquele que a formulou”. (Op. cit., p. 59).

<sup>250</sup> Sobre as divergências relacionadas às reservas a tratados, destaca-se: REDGWELL, Catherine. Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties. *British Yearbook of International Law*, [s. l.], v. 64, n. 1, p. 245-282, nov. 1994; MILANOVIC, Marko; SICILIANOS, Linos-Alexander. Reservations to treaties: an introduction. *The European Journal of International Law*. [s. l.], v. 24, n. 4, p. 1055-1059, 2013; BARATTA, Roberto. *Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded?* *European Journal of International Law*. [s. l.], v. 11, n. 2, p. 413-425, 2000.

<sup>251</sup> “Uma diferença importante entre o Direito de Costume e a o Direito derivado de tratados é que, como já observado, em princípio o Direito e Costume é aplicável para todos os Estados sem exceção, enquanto o Direito advindo de tratados é aplicável apenas às partes de um tratado em particular. Um Estado que fundamenta uma disputa em uma norma de tratado tem que estabelecer que a outra parte da disputa está vinculada pelo tratado; no caso da disputa ser baseada em uma norma geral de costume, em princípio é suficiente estabelecer que a norma existe no Direito de Costume e que não há necessidade de mostrar para a outra parte expressamente à aceitou ou participou da prática da qual a norma deriva”. (THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014, p. 56).

A segunda categoria (*crimes pursuant international law*) é mais abrangente. Engloba condutas criminais previstas em tratados e convenção; direito consuetudinário (como o caso de pirataria no passado); e, outros tipos de normas não listadas artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, como no caso de recomendações e sugestões de modelos legais emanados por organismos internacionais. A característica comum à esta categoria é que cabe a cada Estado a persecução de tais delitos, sendo possível incorporar as normas levando em consideração as adaptações necessárias para a compatibilidade com seus ordenamentos internos e, principalmente, internalizar as normas da forma que lhe for mais politicamente conveniente, resultando, portanto, em uma forma de harmonização<sup>252</sup>.

Para Delmas–Marty existem duas concepções de crimes internacionais: (i) todas as infrações previstas e delineadas por alguma norma internacional (normas formais); e (ii) ofensas que atentem contra toda a humanidade, pertencentes a uma sociedade de cunho internacional, que busca um direito penal comum a todos os Estados<sup>253</sup>.

Para Cláudia Perrone, os crimes do Direito Internacional Penal podem ser classificados em duas categorias distintas. A primeira seriam os crimes que tutelam bens sob a perspectiva de uma comunidade internacional, como os crimes contra a paz, crimes de guerra, contra a humanidade genocídio etc, tidos sob a jurisdição de tribunais internacionais ou internacionalizados<sup>254</sup>. A segunda categoria<sup>255</sup> trata de condutas que atentam contra a segurança de Estados determinados, mas que colocam em risco a ordem pública internacional, como o narcotráfico e o terrorismo, porém neste caso a jurisdição em relação a tais condutas cabe exclusivamente ao Estado por competência repressiva universal<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> Sobre as diferenças entre unificação e harmonização vide DELMAS-MARTY, Mireille. Introducción: objetivos y metodología. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

<sup>253</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. A influência do direito comparado sobre a atividade dos tribunais penais internacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, p. 111 e 113.

<sup>254</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional penal: imunidades e anistias*. Barueri: Manole, 2012, p. 6.

<sup>255</sup> Op. cit., p. 6-7.

<sup>256</sup> “A competência repressiva universal é um sistema que confere aos tribunais de todos os Estados, nos quais se encontrarem os autores de infrações consideradas particularmente graves, a possibilidade de conhecer o caso, qualquer que seja o lugar do cometimento da infração, a nacionalidade do autor ou da vítima. Com o objetivo de avaliar a negligência ou falta desempenho do Estado, no qual e encontra o autor presumido da infração, de leva-lo à justiça, as convenções internacionais muitas vezes impõem às partes a obrigação e extraditar, se não de julgar (aut dedere aut judicare)”. (Op. cit., p. 70).

Apesar da distinção entre essas duas categorias de normas, uma característica comum do *compliance* - dentro dos aspectos implementação e efetivação acima expostos - emerge em ambas: para serem efetivas, qualquer norma de direito penal necessita ser internalizada (implementada) em cada ordenamento jurídico<sup>257</sup> ou por meio da ratificação, ou por meio da prática costumeira ou com a elaboração de novas normas internas com base em recomendações de organismos internacionais.

As fontes de Direito Internacional Penal devem se tornar parte de cada ordenamento jurídico nacional, de acordo com suas normas internas (*rule of law*)<sup>258</sup>. Não basta um relatório ou um tratado recomendar a tipificação e determinada conduta. Da mesma forma, como a persecução da norma de costume cabe ao Estado, ela deverá ser realizada em acordo com suas normas internas. Portanto, a norma, para ser revestida de caráter penal, deverá ser devidamente internalizada por um Estado, como ensina Joachim Vogel:

“En el moderno Estado constitucional la legitimidad se asegura por medio de la legalidad. Esto significa, n lo que aquí interesa, que los mecanismos de evaluación de los sistemas penales deben tener un sólido fundamento tanto en el Derecho inter – o supranacional como en el Derecho nacional. Un fundamento así ofrece en especial el Derecho internacional público tras la ratificación (por ello hay que aplaudir que cada vez más los convenios o tratados con contenido penal prevean regulaciones expresas para la evaluación). Pero también puede bastar el Derecho secundario o terciario de las organizaciones inter-o supranacionales, si la implantación de un mecanismo de evaluación de los sistemas penales se realiza intra uires”<sup>259</sup>.

Raustalia e Slaughter, citando H. H. Koh, discorrem que a obediência à norma é resultado de sua internacionalização e incorporação a um determinado ordenamento, quando ocorre sua adaptação aos valores do sistema nacional. Esse procedimento em que se obtém *compliance* com uma norma internacional por meio da eficácia do ordenamento nacional não se aplica a todos os tipos de normas<sup>260</sup>. Porém, parece que se adapta muito bem no caso do Direito Internacional Penal.

<sup>257</sup> Op. cit., p. 36-39.

<sup>258</sup> Seria um devido processo internacional e doméstico, como já discorrido por KOH (item 2.2.2.2).

<sup>259</sup> VOGEL, Joachim. Evaluación de los sistemas penales: contribución a una política criminal racional. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; PRIETO DEL PINO, Ana María; SOTO NAVARRO, Suzana (Eds.). *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 266.

<sup>260</sup> RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 544.

De acordo com Bassiouni<sup>261</sup>, existe um modelo que normalmente é seguido para a formulação de norma de Direito Internacional Penal. Primeiramente, a conduta é tipificada como crime pelos ordenamentos jurídicos dos Estados. Posteriormente, por influência doutrinária ou de encontros de organismos internacionais, inicia-se uma consciência universal da necessidade de tutela penal em nível internacional da conduta. Em seguida, é elaborado um projeto ou um tratado que, inicialmente, busca apenas declarar que a referida conduta atenta ou viola o Direito Internacional. Por fim, editam-se um ou mais instrumentos legais adicionais, prescrevendo determinações mais específicas ao primeiro, com o fim de se declarar que a conduta ou comportamento em questão devem ser tipificados como um crime internacional.

Uma das causas para essa forma especial de *compliance*, por meio da internalização, dá-se pela forte interligação que a soberania estatal, mesmo que diminuta na nova governança mundial, possui com o Direito Penal, já que apenas o Estado singular possui o *ius puniendi* em seu território:

“O poder para definir ações como crimes e a institucionalização do processo de criminalização estão intimamente amarrados com o poder de legislar e a identidade do Estado-nação. Similarmente, a habilidade de obediência às normas penais pela coerção é igualmente entrelaçada com o pleito dos Estados à soberania e seu monopólio sobre o uso legítimo da força. Consequentemente, o Direito Penal e a Justiça Criminal representam símbolo preeminentes e centrais da soberania estatal e dizem respeito à capacidade do Estado de regular sua população e atividades dentro de suas fronteiras. O controle penal, assim, é intrinsecamente ligado à questão da identidade nacional e a autodeterminação”<sup>262</sup>.

Klaus Tiedmann aponta que o Direito Penal é um dos ramos de direito que mais reflete a soberania nacional, que apenas poderia ser renunciada parcialmente e em casos específicos<sup>263</sup>. Ainda cabe somente ao Estado utilizar legitimamente a força contra seus

<sup>261</sup> CHERIF BASSIOUNI, M. *Derecho penal internacional: proyecto de código penal internacional*. Trad. Jose L. de La Cuesta Arzamendi. Madri: Tecnos S.A., 1984, p. 69.

<sup>262</sup> CRAWFORD, Adam. International and comparative criminal justice and urban governance. In: CRAWFORD, Adam (Ed.). *International and comparative criminal justice and urban governance: convergence and divergence in global, national and local settings*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011, p. 1. Tradução livre.

<sup>263</sup> “Y es que el Derecho Penal expresa de modo más intenso que otras materias jurídicas la soberanía nacional, soberanía a la que solo se renuncia con disgusto, aunque esta renuncia sea meramente parcial, y de este modo -al menos en amplios sectores- el Derecho Penal se presenta como Derecho político (1), que muestra una vinculación especialmente fuerte a la tradición y a la conciencia de determinados valores, vinculación que, sin embargo, también se refiere a emociones y temores fundamentales”. (TIEDEMANN, Klaus; CANCIO MELIÁ, Manuel. La armonización del derecho penal en los estados miembros de la Unión Europea. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, v. 49, n. 2, p. 386, mai/ago. 1996).

<sup>263</sup> Op. cit.

cidadãos. Não existe um pleno *ius puniendi* internacional, pois tanto nos crimes sob a jurisdição dos Tribunais Internacionais *ad hoc* quanto na jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional não se nota algum ente detentor do *ius puniendi*.

Em estudo que busca analisar o *ius puniendi* no âmbito do Direito Internacional Penal, em especial no tocante aos crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, Kai Ambos<sup>264</sup> discorre que o Direito Internacional Penal carece de um poder punitivo supranacional sendo que a partir de tal constatação parte para verificar se tal ramo carece de *ius puniendi*.

Inicialmente, Kai Ambos aponta que os Estados não somente são chamados para aplicarem seu Direito Penal Doméstico, mas também o Direito Internacional Penal. Nesse segundo caso, o poder é delegado por meio de um tratado, resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas ou em um regime especial de ocupação. Trata-se de situações formais que resultam em um *ius puniendi*. Dada a ausência de um ordenamento estatal para exercer o *ius puniendi*, estar-se-ia diante de uma forma de *lege ferenda* que não é revestida de validade inerente ao direito positivo, mas sim com legitimidade de justiça. Tal legitimidade estria vinculada à ideia kantiana de dignidade da pessoa e à paz eterna<sup>265</sup> que os Estados devem buscar a tutela universal por meio do Direito Penal, ou seja, os Estados possuem o dever de tutelar direitos humanos fundamentais, que são valores internacionais, não importando onde as violações ocorram. Consequentemente a comunidade internacional passaria a ser titular de tal *jus puniendi*, podendo utilizá-lo contra “Estados injustos” não existindo, portanto, um monopólio deste poder sancionador. Conclui Kai Ambos que:

“El sistema de justicia penal internacional, si bien no llega a constituir por sí mismo un verdadero orden jurídico, se asienta en este orden basado en valores; su *ius puniendi* es derivado de personas autónomas unidas en una sociedad mundial: *ubi societas ibi ius puniendi*”<sup>266</sup>.

<sup>264</sup> ¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional: dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional. Trad. Ezequiel Malarino e Carolina Aguilera Marinovic. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho da Universidad Externado de Colombia, 2013.

<sup>265</sup> Como já visto anteriormente no item 2.2.3

<sup>266</sup> AMBOS, Kai. ¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional: dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional. Trad. Ezequiel Malarino e Carolina Aguilera Marinovic. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho da Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 50.

Porém, mesmos nos casos em que esse *ius puniendi* é delegado às cortes internacionais, tais permissões devem ser internalizadas por meio da adesão à trados ou por meio do costume internacional. Nesse sentido, destaca-se alguns ordenamentos, como o português no qual “confere jurisdição aos tribunais portugueses para conhecerem de certos crimes contra o direito internacional (os crimina iuris gentium), mesmo que as condutas visadas não sejam puníveis à luz da lei positiva interna”<sup>267</sup>.

A outra causa deriva de um princípio de Direito Penal comum a todos os ordenamentos: a legalidade. “Como todos sabemos, una de las principales funciones que desempeña el principio de legalidad en los sistemas penales modernos consiste en determinar el conjunto de fuentes que están obligados a aplicar los jueces”<sup>268</sup>.

Por sua vez, os juízes, em decorrência do princípio da legalidade<sup>269</sup> apenas podem processar, julgar e condenar indivíduos por meios de normas de direito aprovadas pelo povo, ou seus representantes, mesmo que essas normas ingressem no ordenamento jurídico por meio de ratificação ou promulgação de lei; por meio de leis ou de costume, quanto aplicável, sendo que essa característica também é comum aos sistemas de *common law*<sup>270</sup>, como aponta Joachim Vogel:

“El principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege) forma parte del núcleo duro tradicional del derecho penal europeo tanto en el sentido de la filosofía del derecho, como en el de su

<sup>267</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 178.

<sup>268</sup> MONTIEL, Juan Pablo. La "mala costumbre" de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional. In: MONTIEL, Juan Pablo (Ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madri: Marcial Pons, 2012, p. 399.

<sup>269</sup> “O princípio da legalidade não é, portanto, apenas uma ‘exigência de segurança jurídica’ que requeira a possibilidade de conhecimento prévio dos delitos e das penas, mas também uma ‘garantia política’ de que o cidadão não poderá ser submetido, seja pelo Estado, seja pelos juízes, a penas não aprovadas pelo povo”. (MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88).

<sup>270</sup> “A principal fonte do Direito Penal inglês tem sido a *common law*, desenvolvida por meio das decisões das cortes e trabalhos doutrinários como Coke e Hale no século dezessete, e Hawkins, Foster, e Blackstone no século dezoito. A maior parte do Direito penal inglês agora é encontrada em diversas leis. Houve uma grande consolidação em 1861, e a Lei de crimes contra a pessoa daquele ano continua sendo a principal lei sobre tal assunto. Nos anos recentes, o Parlamento criou uma série de novos crimes, desde a ameaça de um cão perigoso, passando por cumprir com comportamento antissocial para intimidar uma testemunha. Porém, alguns crimes ainda são governadas pela *common law* e parece de definição escrita – mais notavelmente, homicídio, homicídio culposo, lesão corporal e estelionato. Muitas das doutrinas que determinam as condições para responsabilização criminal ainda são tratadas pela *common law* – não apenas excludentes como coação, intoxicação, insanidade, ações motoras, mas também conceitos básicos como culpa e imprudência”. (ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of criminal law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 8. Tradução livre).

historia y principios generales y está presente en los ordenamientos continentales y en el conjunto de países del common law. En los primeros el fundamento de la pena y su agravación requieren de un precepto penal escrito, que por regla general ha de ser una ley parlamentaria; en los segundos pese a que todavía hoy existen common law offenses, creaciones jurisprudenciales que constituyen desde el punto de vista continental derecho consuetudinario o judicial, las diferencias se han relativizado substancialmente incluso en este marco”<sup>271</sup>.

Para Vogel esse sistema especial relacionado à internalização do Direito Internacional Penal não estaria imune a críticas, principalmente em relação à um eventual déficit democrático das decisões e normas emanadas por organizações internacionais, já que elas não seriam democraticamente estruturadas<sup>272 e 273</sup>. Porém, Vogel compreende que não se pode equiparar a governança de tais estruturas ao de um Estado nacional, sendo que a legitimidade democrática de tais organismos advém pelo respeito ao devido processo na elaboração dos atos normativos e na incorporação aos ordenamentos nacionais<sup>274</sup>. Da mesma forma, o suposto déficit democrático seria superado pelo fato que tanto por instrumentos internacionais quanto nacionais estarem vinculados à instrumentos de direitos humanos, que devem ser respeitados<sup>275</sup>. Para ele, a verdadeira problemática seria a confrontação das normas internacionais com as culturas jurídico penais nacionais, gerando problemas de transformação e aceitação<sup>276</sup>.

As concepções de fonte de Direito Internacional Penal e, em consequência, o princípio da legalidade são abalados pela perspectiva jurídica globalizada, pois, embora o processo legislativo ainda seja monopólio dos parlamentos nacionais, ele não mais reflete apenas as aspirações locais<sup>277</sup>. Renato Silveira considera que uma determinada fonte, para ser revestidas de validez, “deve ser vista conforme venha a ser tida a internalização de dado dispositivo ao ordenamento nacional”<sup>278</sup>. Somente nesse momento é que se verificará se a

<sup>271</sup> VOGEL, Joachim. Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicial. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006, p. 31.

<sup>272</sup> MENDONZA CALDERÓN, Silvia. Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en derecho penal internacional. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Ed.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

<sup>273</sup> A harmonização seria essencialmente negociada por representantes dos Estados em reuniões fechadas, sem a participação de um poder legislativo democraticamente eleito, afetando a legalidade (VOGEL, Joachim. Por un código penal europeo. *Iter Criminis: revista de ciencias penales*, México, n. 9, p. 346-347, jan./mar. 2004).

<sup>274</sup> La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. *Revista Penal*. Valencia, n. 22, p. 167, jul. 2008.

<sup>275</sup> Op. cit., p. 167.

<sup>276</sup> Op. cit., p. 167.

<sup>277</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance: direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

<sup>278</sup> Op. cit., p. 63.

norma internacional é compatível ou não com o direito nacional e, conseqüentemente se é eficaz ou terá sua aplicação afastada.

Silvia Calderón, partindo de uma concepção mais restritiva do conceito de Direito Internacional Penal, aponta que a doutrina, enfrentando o desafio, adaptou e acomodou o princípio da legalidade em relação às fontes que criam obrigações internacionais por meio de quatro regras. A primeira, dada a ausência de um poder legislativo internacional, qualquer ato normativo, seja codificado ou advindo de costume, deve ser *lex previa*, que é determinada mediante sua juridicidade. A segunda regra aponta que as fontes de Direito Internacional Penal só podem ser fruto do consentimento formal dos Estados e estariam arroladas no artigo 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça. Terceiro, as fontes dispostas na regra anterior estariam em constante interação, fazendo com que os costumes sejam codificados ao passar do tempo. Por fim, existem valores de justiça material que acarretam na flexibilização da segurança jurídica, como aceitação da imprescritibilidade dos delitos internacionais.

Levando em consideração que as fontes do Direito Internacional Penal seriam as mesmas do Direito Internacional - as dispostas no artigo 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça - Nuria Pastor Muñoz entende que tal fato geraria uma relativização no tocante ao princípio da legalidade, principalmente ao se admitir:

“[...] fuentes del derecho no escritas, carentes del respaldo democrático propio de las leyes penales internas, con contornos imprecisos y cuya existencia es en ocasiones incierta, el Derecho penal internacional no cumple exigencias básicas del principio de legalidad: la exigencia de *lex scripta*, la legitimidad democrática o el mandato de *lex certa*”<sup>279</sup>.

No tocante à exigência de *lex scripta*, apesar de uma aparente tendência verificada nas últimas décadas de se produzir instrumentos internacionais por meio de fontes codificadas em detrimento das não escritas, o costume internacional e os princípios gerais de direito ainda desempenham um papel importante nas jurisdições internacionais<sup>280</sup>. Em paralelo, apesar de tratados e convenções lograrem um grau de determinação que as normas

---

<sup>279</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *¿Qué queda del principio de legalidad en Derecho penal internacional? En especial, una reflexión sobre la necesidad de recuperar el rigor en la construcción de normas penales internacionales, los límites materiales al Derecho positivo y la capacidad de rendimiento de la fórmula de RADBRUCH*. [s. l.: s. n], p. 1.

<sup>280</sup> Op. cit., p. 2.



não escritas, eles carecem e um aparato dogmático, ou seja, uma parte geral, que delimite o alcance da norma<sup>281</sup>.

As críticas sobre a relativização do princípio da legalidade não são relacionadas apenas aos casos sob jurisdição de cortes internacionais, mas também nos casos de Direito Penal interno, em razão: (i) dos Estados assumirem deveres de criminalização, existindo a obrigação de internalizarem disposições internacionais em seus respectivos ordenamentos jurídicos; e, (ii) de que muitas normas internacionais possuem aplicações imediatas dentro de ordenamentos internos.

De acordo com Silva Sánchez, contemporaneamente, o princípio da legalidade não é mais o de assegurar aos cidadãos o conteúdo da lei<sup>282</sup>, mas sim o de assegurar “una interacción entre el poder legislativo y el judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: interpretaciones previsibles”<sup>283</sup>. Por um lado, a norma criminal precisa ser revestida de um viés democrático (dimensão democrática), fruto de uma deliberação pública por parte de representantes democraticamente eleitos, em um sistema de democracia deliberativa. Pelo outro lado, o juiz deverá sempre adequar a norma aos princípios e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, sendo esta adequação o

---

<sup>281</sup> Op. cit., p. 2.

<sup>282</sup> Sobre a utilização dessa concepção do princípio da legalidade em relação ao direito Internacional Penal destaca-se Hermán Hormazábal Malarée. “El principio de legalidad penal comprende un abanico de garantías. Exige, entre otras, la que destacábamos anteriormente, esto es, que como presupuesto de la punibilidad exista una norma previa que junto con definir con exactitud el hecho como delito, establezca la pena que ha de corresponderle al autor. En cuanto, a la formalización de la definición del delito y la pena, en el derecho interno ésta se reserva a la ley excluyendo a las otras fuentes del derecho. En cambio, en el derecho internacional y por inclusión en el derecho penal internacional, como no hay un órgano universal productor de leyes, el derecho solo puede nacer del consentimiento de los Estados, consentimiento que se expresa bien sea en las convenciones internacionales o en la costumbre o los principios generales de derecho”. (HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán. *Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal*. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 238-239) e Silvia Mendonza Calderón “Por Derecho penal internacional se entiende tradicionalmente el conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trataría de una combinación de principios del Derecho penal y del Derecho internacional. Como señalaba WERLE, en el Derecho penal internacional, un presupuesto de la punibilidad sería que en el momento de la comisión de los hechos se pueda constatar una norma, escrita o no, que fundamente la punibilidad de la conducta. El principio *nullum crimen sine lege* también sería válido como elemento integrante del Derecho internacional consuetudinario en el ámbito del Derecho penal internacional” (MENDONZA CALDERÓN, Silvia. *Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en derecho penal internacional*. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Ed.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 271-272).

<sup>283</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Principio de legalidad y legislación penal europea ¿una convergencia imposible?* Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla, La Mancha, 2006, p. 1. Disponível em: < <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/5jesus-maria-silva.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

aspecto chave para a legitimação democrática para suas decisões (dimensão institucional). Assim seria um princípio responsável pela comunicação entre o sistema político com o jurídico<sup>284</sup>.

Analisando a questão de marcos à legislação penal que os legisladores europeus impõem aos parlamentos nacionais, que seriam meros “executores de uma decisão externa vinculante”, a norma passaria por um “esforço especial de legitimação”, o que geraria um déficit democrático<sup>285</sup>. Para Silva Sánchez tal déficit não é a causa que esvazia o conteúdo do princípio da legalidade no sistema europeu, pois, de certa forma há uma certa legitimação do Parlamento Europeu. O problema da legalidade no sistema europeu, segundo ele, é institucional, dada a ausência de uma rede judicial europeia, em especial um Tribunal Constitucional Europeu<sup>286</sup>.

Em relação aos aspectos da necessidade de incorporação das normas ao ordenamento jurídico nacional, Victorio Manes, ao analisar o sistema europeu, aponta que:

“[...] o princípio da legalidade (Const., art. 25 par. 2º) é ainda entendido não somente como ‘reserva de fonte nacional em matéria penal’ mas também como fundamental garante do processo de democracia discursiva – encontra-se, sobretudo o problema das *garanzie individuali* que reclamou à Corte de Justiça negar decididamente que as fontes ‘eunitárias’ possam produzir efeitos de incriminação ou de agravamento em matéria penal, reiterando várias vezes que também os atos que abstratamente seriam suscetíveis, em outro contexto, de produzir efeitos diretos – e, assim, prescindir de sua natureza *self executing* – não possam jamais, em realidade, afirmar-se contra o indivíduo perante o tribunal nacional, não podendo haver, de forma mais particular, ‘o efeito, *di per se* e independentemente da mediação da lei nacional adotada por um Estado-membro, para a sua aplicação, de determinar ou de agravar a responsabilidade penal daqueles que transgridam as disposições”<sup>287</sup>.

Mas esse sistema de *compliance* às normas de Direito Internacional Penal não é imune a críticas. Segundo Renato Silveira, embora as decisões legislativas ocorram dentro das fronteiras dentro de um determinado Estado, pelo seu respectivo parlamento, elas não são aspirações de atores locais, o que abalaria de certa forma sua caracterização como fonte de Direito penal e, em consequência o princípio da legalidade<sup>288</sup>.

---

<sup>284</sup> Op. cit., p. 1.

<sup>285</sup> Op. cit., p. 14.

<sup>286</sup> Op. cit., p. 15.

<sup>287</sup> MANES, Vittorio. Método e limites da interpretação conforme as fontes supranacionais em matéria penal. Trad. Rogério Fernando Taffarello. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p.11-67 Qual a página do trecho?, jul./ago. 2012, p. 13.

<sup>288</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance: direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

Da mesma forma, Marta Romero, ao analisar o sistema europeu, entende que o princípio da reserva legal está passando atualmente por uma crise<sup>289</sup>, fruto de uma cessão de soberania para organizações internacionais e supranacionais, reduzindo a legitimidade dos órgãos parlamentares nacionais.

Mas será que realmente existe uma crise de legitimação? Mark Pieth<sup>290</sup> discorre que as organizações intergovernamentais possuiriam uma legitimidade indireta advinda das partes (Estados) que as compõem. Os acordos e decisões normalmente adotados por unanimidade pelos membros de tais instituições e resultam na assunção de compromissos (e não obrigações), podendo uma parte se manifestar contra a adoção de determinada medida.

#### 3.4. Conclusões parciais

O *compliance* com as normas de Direito Internacional Penal, não importando sua natureza, ocorre com a internalização da norma aos ordenamentos jurídicos domésticos. Somente por meio desse processo de internalização, em atenção ao princípio da legalidade, é que a norma produz efeitos. Por meio desse processo é que o Poder Judiciário pode aplicá-la, concretizá-la e, eventualmente, exercer o *ius puniendi* estatal.

As críticas em relação a eventual déficit de legitimidade de tais normas por suposta violação ao princípio da legalidade não parecem válidas quando a internalização da norma ocorre seguindo as formas dispostas em cada ordenamento jurídico, já que tais formas foram democraticamente estabelecidas. Em paralelo, as críticas realizadas em relação à racionalidade do processo legislativo das normas internacionais também se aplicam ao processo de formação das normas domésticas<sup>291</sup>.

A conclusão sobre *compliance* com as normas de Direito Internacional Penal utiliza de preceitos realistas, já que a ponderação e fatores internos e externos são utilizados ao se

---

<sup>289</sup> MORALES ROMERO, Marta Muñoz. Evaluación legislativa y racionalidad en el ámbito penal europeo (y nacional). *Revista Penal*, Valencia, n. 27, p. 52, jan. 2011.

<sup>290</sup> PIETH, Mark. Los actores del cambio. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 479.

<sup>291</sup> Conforme se verifica em DÍEZ RIPOLLÈS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; e PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

internalizar normas de Direito Internacional Penal. Em essência, pode-se afirmar que o combate à criminalidade organizada<sup>292</sup> e as normas emanadas para seu combate representam os interesses externos que, por meio de uma decisão racional de política interna é incorporada ao ordenamento jurídico de um determinado Estado. Ou seja, os Estados devem agir dentro da racionalidade de seus ordenamentos ao realizar o *compliance* com as normas internacionais. Do ponto de vista dos institucionalistas, nota-se que o Direito Internacional Penal possui uma relação muito grande com organismos internacionais. Além de negociarem tratados, os ordenamentos jurídicos nacionais, também incorporam muitas recomendações de criminalização de condutas ou até mesmo modelos legais padrões preparados por tais organismos internacionais. Logo, aparentemente tais atos normativos são revestidos por *fairness*. Ainda de acordo com os institucionalistas, mas levando-se em consideração aspectos gerenciais, internalização de tais normas em cada ordenamento é o ritual que garante o *compliance*, já que ele é fundamental ao Direito Penal em razão do princípio da legalidade. Por meio da internalização, e a consequente aplicação de tais normas pelos juízes – sua concretização - terá transparência sobre a aplicação das normas e, por sua vez, tais dados poderão ser analisados pelos organismos internacionais. Além disso, também é possível a avaliação dos efeitos práticos de tais normas de natureza criminal<sup>293</sup>. Por derradeiro, o processo de internalização possui aspectos da teoria liberal. Tal processo garante o respeito a fatores internos que resultam em *compliance* com as normas de Direito Internacional Penal, já que permite a adesão à norma de acordo com a situação política interna, que pode gerar reservas aos tratados por um lado ou incorporação parcial de recomendações ou modelos legais por outro lado.

Na sequência, será analisado o sistema normativo referente ao acordo de leniência, para se verificar a forma de atuação de seu *compliance* frente às suas fontes.

---

<sup>292</sup> Mencionada no capítulo precedente.

<sup>293</sup> Como se verifica em MORALES ROMERO, Marta Muñoz. Evaluación legislativa y racionalidad en el ámbito penal europeo (y nacional). *Revista Penal*, Valencia, n. 27, p. 51-77, jan. 2011 e Evaluación de los sistemas penales: contribución a una política criminal racional. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; PRIETO DEL PINO, Ana María; SOTO NAVARRO, Suzana (Eds.). *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 253-272.

## 4. A GOVERNANÇA E O COMPLIANCE ÀS NORMAS INTERNACIONAIS QUE TRATAM DO ACORDO DE LENIÊNCIA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

### 4.1 Fontes

“As normas entram no sistema por meio de diferentes canais”<sup>294</sup>. Se dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais os diversos tipos de fontes<sup>295</sup> estão arraigados nas noções de soberania<sup>296</sup> e de contrato social, e se concretizam por meio da legislação (incluindo-se os tratados e convenções internacionais)<sup>297</sup>, costume, jurisprudência, doutrina, princípios gerais de direito e equidade, a governança das fontes de Direito Internacional se opera de forma diversa.

As normas jurídicas de Direito Internacional e, conseqüentemente de Direito Internacional Penal, são diferenciadas tanto pela ausência de um “contrato social” entre os

---

<sup>294</sup> FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 223.

<sup>295</sup> “A dificuldade de rastrear todas as normas que constituem um ordenamento depende do fato de geralmente essas normas não derivarem de uma única fonte”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 37).

<sup>296</sup> “Historicamente, soberania sempre foi associada por quatro características principais: Primeiro, um Estado soberano é um que goza de autoridade política suprema e monopólio do uso legítimo da força dentro de seu território. Segundo, é capaz de regular movimentos entre suas fronteiras. Terceiro, pode adotar políticas externas livremente. Finalmente, é reconhecido por outros governos como uma entidade independente com ausência de intervenção externa”. (HESSLER, Kristen. State sovereignty as no obstacle to international criminal law. In: MAY, Larry; HOSKINS, Zachary (Eds.). *International criminal law and philosophy*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014, p. 45-46. Tradução livre).

<sup>297</sup> Partindo da teoria monista, em que Direito Internacional e Direito interno compõem uma mesma ordem jurídica, diferentemente dos dualistas que tratam cada um como sistemas independentes, Flávia Piovesan, mencionando Virginia Leary ensina que “O status dos tratados no Direito Interno é determinado por duas diferentes técnicas constitucionais, mencionadas neste estudo como 'incorporação legislativa' e 'incorporação automática'. Em alguns Estados as previsões de tratados ratificados não se transformam em leis internas, ao menos que sejam adotadas como legislação pelos métodos ordinários. O ato legislativo que edita a lei como norma interna é um ato inteiramente distinto do ato de ratificação do tratado. Neste caso, as previsões do tratado não se tornam direito interno. Este método, conhecido como 'incorporação legislativa' é acolhido, dentre outros, pelo Reino Unido, pelos países do *Commonwealth* e pelos países escandinavos. Em outros Estados, que possuem um sistema diferente, os tratados ratificados se transformam em lei interna em virtude da ratificação. Este método é chamado 'incorporação automática' e é o método adotado, dentre outros, pela França, Suíça, países Baixos, Estados Unidos e alguns países latino-americanos, africanos e asiáticos. É importante observar que em muitos Estados, a promulgação ou a publicação dos tratados podem também ser atos necessários para que eles entrem em vigor no Direito Interno”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 106 a 110). No caso do Brasil, estar-se ia diante de um sistema misto, já que a Constituição Federal adota a incorporação automática apenas de tratados de direitos humanos.

Estados, quanto pela falta de um poder soberano, já que sequer os organismos internacionais multilaterais possuem características que remontem à soberania.

Conforme adiantado no capítulo 1, a doutrina majoritariamente aponta que as fontes formais de Direito Internacional Penal estão dispostas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça<sup>298 e 299</sup>, quais sejam: (i) as convenções internacionais, quer gerais quer especiais, que estabelecem regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes (*hard law*); (ii) o costume internacional, situação em que há prova de que uma prática geral é aceita como sendo o direito; (iii) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; e (iv) as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio de auxiliar a determinação das regras de direito<sup>300</sup>.

Nesse sentido, é válida a conclusão de Bassiouni<sup>301</sup> ao discorrer que o em razão do Direito Internacional Penal é formado por diversos componentes emanados de diversas fontes legais, com dinâmicas políticas sociais próprias de cada componente. Assim, as fontes de Direito Internacional Penal são caracterizadas mais por seus fins do que compatibilidade. Para ele:

“O Direito Internacional Penal carece de conexão linear, lógica e de coerência, que é requerida pela metodologia de quase todas as disciplinas. Assim, ele é, e permanecerá por um tempo, uma estrutura legal *sui generis* formada por diferentes disciplinas legais e seus ramos derivados, influenciada por uma dinâmica particular dos sistemas que os originam. Portanto o Direito Internacional Penal manifesta peculiaridades e contradições não evidentes em disciplinas legais tradicionais”<sup>302</sup>.

<sup>298</sup> “Como o Direito Penal é uma espécie do Direito Internacional, suas fontes são as do Direito Internacional. Elas são as usualmente consideradas aquelas enumeradas no artigo 38 (i) (a)-(d) do estatuto da Corte Internacional de Justiça, em outras palavras, tratados, direito costumeiro, princípios gerais de direito, e, como um meio subsidiário para a determinação da lei, decisões judiciais e a doutrina mais balizada” (CRYER, Robert et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 9. Tradução livre). No mesmo sentido: WALLACE, Rebecca M. M.; MARTIN-ORTEGA, Olga. *International law*. 7. ed. Londres: Sweet & Maxell, 2013, p. 6-7; THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014, p. 5; AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 46-47; MONTIEL, Juan Pablo. La "mala costumbre" de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional. In: MONTIEL, Juan Pablo (Ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madri: Marcial Pons, 2012, p. 399-434.

<sup>299</sup> No caso do Brasil o Estatuto foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945.

<sup>300</sup> Para Bassiouni, os aspectos penais de Direito Internacional derivam de convenções, costume e princípios gerais do direito, listados no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CHERIF BASSIOUNI, M. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Boston: Martinus Nijhoff, 2013, p. 9).

<sup>301</sup> CHERIF BASSIOUNI, M. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Boston: Martinus Nijhoff, 2013, p. 53.

<sup>302</sup> Op. cit., p. 5. Tradução livre.

Esse mesmo cenário também é verificado por Mireille Delmas-Marty. Para ela a harmonização do Direito Penal envolve uma proliferação de instrumentos jurídicos, que gera uma desordem em razão da existência de um emaranhado de instituições e normas que fazem parte da atual governança do Direito Internacional Penal, gerando mais imprevisibilidade e insegurança do que harmonia<sup>303</sup>.

Todavia, no tocante ao acordo de leniência – e mesmo em relação aos crimes de cartel - não há documento jurídico consensual formalmente produzido (tratados e convenções) pelas Nações Unidas, ou por outro organismo internacional, estabelecendo a adoção dos acordos de leniência tanto internacionais quanto regionais. No mesmo sentido, não há outra fonte disciplinada no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que trate do acordo de leniência<sup>304</sup>.

Também não há órgão internacional que julgue violações ou descumprimentos da não criminalização ou da não adoção de acordos de leniência por parte de um país e sequer um órgão internacional responsável pela persecução de cartéis internacionais (*hard core cartels*) e que tenha a função de aplicar os acordos de leniências para esse tipo especial de infração criminal.

A previsão para a criminalização de cartéis, e para a adoção do acordo de leniência decorre de recomendações, diretrizes, relatórios e até mesmo modelos legais constantes em relatórios redigidos por organismos internacionais, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico<sup>305</sup> (OCDE), Conferência das Nações Unidas sobre Comércio

---

<sup>303</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. Introducción: objetivos y metodología. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 29-30.

<sup>304</sup> “En tiempos recientes y mucho más recientes se utilizan, sin embargo, también otros instrumentos diferentes de los Convenios internacionales en la internacionalización de Derecho penal y del Derecho procesal penal. Así, se pueden encontrar también en las más recientes resoluciones del Consejo de Seguridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas algunas obligaciones de sancionar penalmente determinados comportamientos [...] Sin embargo, la mayoría de los instrumentos más recientes son debatidos y decididos en el marco institucional de organizaciones internacionales y supranacionales [...] Todavía más problemáticos son los instrumentos y los mecanismos informales que de hecho conducen a una internalización del derecho penal y del proceso penal”. (VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. *Revista Penal*. Valencia, n. 22, p. 160-167, jul. 2008, p. 162).

<sup>305</sup> De acordo com a doutrina, “desde 1967, a OCDE promove um trabalho de recomendação aos seus membros, para elaboração de normas para o controle de práticas e negócios potencialmente restritivos à concorrência” (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 221) sendo que a própria OCDE afirma que: “Há um consenso crescente que sanções pesadas contra cartéis *hard core* são necessárias para deter atividades futuras de cartéis. As sanções comumente mais utilizadas são as cíveis e as multas administrativas às corporações, mas desde que tais multas

e desenvolvimento<sup>306</sup> e <sup>307</sup> (UNCTAD), a Organização Mundial do Comércio OMC<sup>308</sup> e a *International Competition Network*<sup>309</sup>.

Esses órgãos produzem relatórios anuais justificando a necessidade de um controle contra cartéis internacionais<sup>310</sup>, considerando o efeito danoso que tais ações podem causar e estimulando o uso de sanções criminais, principalmente nas nações que já possuem um sistema legal de combate a condutas anticoncorrenciais já incorporado em seus

---

quase nunca são grandes o bastante para deter cartéis, há um aumento no interesse de sanções criminais, cíveis e/ou administrativas contra indivíduos”

(OCDE. *Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean*, p. 13. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835329.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016).

<sup>306</sup> No tocante às recomendações da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento modelos de legislação sugerido aos seus países membros vide *Model on law Competition* de 2007, Disponível em <[http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf5d7rev3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf)>, Acesso em 16 de nov. 2016.

<sup>307</sup> “Defensores de sanções criminais para indivíduos argumentam que esta seria a motivação mais efetiva para *compliance* por gestores de empresas e consequentemente empresas. Desde que o atual nível de multas impostas às empresas em jurisdições como nos Estados Unidos e União Europeia sem aumentos que possam causar dano econômico, e desde que multas em última análise serão repassadas à consumidores a adoção de outros meios seria necessária. Assim, responsabilidade individual por parte dos infratores teria um papel mais importante. Nesse contexto, é também argumentado que sanções pecuniárias impostas à indivíduos não resultariam na coação desejada, em razão de existir um alto risco que empresas assumiriam as respectivas penas por seus empregados. Esse risco pode ser mitigado pela respectiva proibição endereçada à empresa”. (Tradução livre) United Nations Conference on Trade and Development, Sixth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, Model Law on Competition (2010) – Chapter XI, 30 de agosto de 2010, p. 10-11, Disponível em <[http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L11\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L11_en.pdf)> Acesso em 16 de nov. 2016).

<sup>308</sup> “Uma Terceira área da política de interação traz para nós novamente para o assunto de cartéis internacionais, se in produtos primários ou outros mercados. O ponto aqui é que, quando cartéis são permitidos a operarem, eles diretamente enfraquecem o benefício almejado de que mais comércio livre pode trazer, na forma de suprimento expandido, ganho de empregos, preços mais baixos e maiores escolhas para consumidores. Ao contrário, fornecimento, e consequentemente empregos, serão restringidos; preços aumentarão e a escolha de consumidores será reduzida. Por esta razão, parece para mim que todos os participantes do comércio internacional têm interesse em assegurar que cartéis, abuso de posição dominantes e outras condutas anticompetitivas danosas não são toleradas”. Discurso do diretor geral da Organização Mundial do Comércio, Pascal Ramy, no *Global Forum on Competition*, Paris, 16.02.2012, disponível em <[https://www.wto.org/english/news\\_e/sppl\\_e/sppl217\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl217_e.htm)>, Acesso em 16 de novembro de 2016.

<sup>309</sup> Conforme se verifica no *anti-cartel enforcement manual* da ICN que é reeditado anualmente, sendo a última atualização datada de 2015 <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>>, Acesso em 16 de novembro de 2016.

<sup>310</sup> Por outro lado, há quem defenda a abolição dessa tutela jurídica como se verifica no livro de Edwin S. Rockefeller, *A religião do antitruste*, em que expõe a opinião de diversos pensadores. Destaca-se a transcrição da argumentação atribuída a D. T. Armentano criticando o Clayton Act “(1) as leis antitruste interpretam mal a natureza da concorrência e do monopólio, (2) as leis muitas vezes serviram para proteger empresas ineficazes contra preços mais baixos e inovações, (3) a seção 2 do Clayton Antitrust Act pretende restringir a rivalidade de preços. (4) a seção 7 do Clayton Act destrói um processo competitivo, (5) as leis são uma forma de regulação que torna a economia menos eficaz, (6) a exigibilidade requer a suposição de um conhecimento que não está disponível e (7) as leis foram aplicadas arbitrariamente e interferem nos direitos de donos de propriedades de fazerem acordos voluntários”. (ROCKEFELLER, Edwin S. *A religião do antitruste*: como a crença cega no antitruste levou a uma aplicação confusa e arbitrária das leis antitruste. Trad. Lucia Helena de Sena Franca. São Paulo: Singular, 2009, p. 179).



ordenamentos<sup>311</sup>. E vão além; recomendam o uso de acordos de leniência aos seus membros como uma das ferramentas imprescindíveis ao eficaz combate à cartéis.

#### 4.1.1 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi criada em 1950, no contexto pós 2ª Guerra Mundial, com o fim de que os países envolvidos no conflito não padecessem dos mesmos erros incorridos após a Primeira Guerra Mundial. Se o sentimento entre as nações após a Primeira Guerra Mundial era o de punir severamente os Estados derrotados (que foi uma das causas que deram ensejo ao cenário do segundo conflito bélico mundial do século XX), após a 2ª Guerra Mundial os países da Europa Ocidental, com apoio econômico norte-americano, tinham como objetivo encorajar a cooperação e a reconstrução dos Estados. Inclusive, pode-se afirmar que existe influência da OCDE na formação e desenvolvimento da União Europeia<sup>312</sup>. A OECD é um fórum:

“[...] pelo qual governos podem trabalhar em conjunto para trocarem experiências e procurarem soluções para problemas comuns [...] para entenderem as causas das mudanças econômicas, sociais e ambientais para mensurar a produtividade e fluxos globais de comércio e investimentos para análise e comparação e dados com o fim de prever tendências futuras e para criar padrões internacionais em diversos assuntos, desde a agricultura e impostos até segurança de produtos químicos”<sup>313</sup>.

<sup>311</sup> “Porém, por diversas razões, um Estado pode optar contra a adoção de sanções criminais para violações de direito antitruste. Primeiro, pode não ser apropriado prever sanções criminais quando o direito antitruste é novo e a comunidade empresarial ainda não teve um período para se familiarizar com as novas obrigações legais. Ademais, antes de os princípios do direito antitruste são amplamente aceitos como uma importante parte do ambiente legal e econômico, a criminalização da violação pode não estar alinhada com as normas sociais e legais. Adicionalmente, os custos das sanções criminais – em particular, prisão – pode aparecer também alto em comparação com os custos de outras formas de sanções. Outra preocupação em relação às sanções criminais em casos de antitruste relaciona-se com o aumento de requisitos procedimentais – por exemplo, um alto nível probatório a ser respeitado em casos criminais. Tais fatores podem fazer a persecução de violações ao direito antitruste mais dificultosa e custosa e diminuição do número de casos de sucesso. Sinteticamente, cada um desses argumentos podem ter certa validade”. (Tradução livre). United Nations Conference on Trade and Development, Sixth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, Model Law on Competition (2010) – Chapter XI, 2010, p. 11.

<sup>312</sup> “[...] as políticas da OCDE, as quais a própria União Europeia e seus estados Membros auxiliaram a moldar, tem um profundo impacto nas políticas de comércio e investimentos da União Europeia. Na maioria dos casos esse impacto é indireto, pois a União Europeia elabora sua própria legislação em observância com os princípios da OCDE. Em outros casos, a influência é direta, já que a União europeia integra regulações da OCDE nas leis da União europeia; As regulações da União Europeia de suporte para créditos de exportação é um exemplo disso. Como ex-Presidente da Comissão, José Manuel Barroso uma vez afirmou ‘é difícil encontrar duas organizações próximas em seus objetivos e missões que a OCDE e a União Europeia’”. (MENDONÇA, Susana. *The hole of the OECD in shapping EU trade policy*. Directorate-General for External Policies, Policy Department, European Parliament, p. 6. Tradução livre. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/570455/EXPO\\_BRI\(2016\)570455\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/570455/EXPO_BRI(2016)570455_EN.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2016).

<sup>313</sup> Obtido no campo sobre a OCDE, no sitio <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

Atualmente a OCDE, que no início era formada por 18 países europeus, atualmente é formada por 35 países de todas as regiões do mundo, tanto países desenvolvidos quanto emergentes, tais como Chile, México e Turquia. Além disso, outros Estados, com economia em desenvolvimento, como China e Brasil, colaboram com a organização.

O programa de combate à cartéis da OCDE foi iniciado em 1998, por meio de uma publicação de Recomendações de seu Conselho sobre as preocupações de efetivas ações contra cartéis internacionais (*hard core*), denominado “*Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*”<sup>314</sup>. O documento de 1998 não trata da aplicação do acordo de leniência para o combate à cartéis. Sinteticamente, as recomendações aos membros da OCDE tratam da adoção: (i) de sanções efetivas contra empresas e indivíduos que participem de cartéis; (ii) do reforço a instituições relacionadas ao combate à cartéis; e (iii) de mecanismos de cooperação internacional para combater esse tipo de infração.

Os programas de leniência passaram a ser discutidos pela OCDE em 2000, como se verifica no relatório *Hard Core Cartels*<sup>315</sup>. De acordo com o referido relatório, na época já existia um interesse do Comitê Concorrencial sobre tal matéria. Partindo da premissa de que os crimes de cartéis são difíceis de serem descobertos e provados, seria interessante a criação de políticas de *whistleblowers* (delatores) que envolvam empresas e indivíduos, conforme já adotado na experiência norte-americana e canadense. O relatório ainda dispõe que, apesar das mesas de discussões sobre o tema, ainda era necessário a criação de um guia de “boas práticas”, além da obtenção de dados sobre os pontos de sucesso dos programas de leniência até então em vigor, e ferramentas de adaptação para sua incorporação pelos membros da OCDE.

O tema do acordo de leniência evoluiu rapidamente na OCDE e no ano seguinte, 2001, foram lançadas as recomendações intituladas “*Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*”<sup>316</sup>. Este documento parte da premissa de que Programas de Leniência podem quebrar o silêncio que reina nas relações entre os membros de um cartel. Os Programas de

---

<sup>314</sup> Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>315</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>316</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

Leniência garantem uma anistia completa aos criminosos que revelam o cartel às autoridades competentes e cooperam com as autoridades para garantia da condenação dos demais integrantes do cartel. O grande incentivo para os Programas de Leniência foi o endurecimento das sanções para cartéis, que vão desde prisão de executivos à multas de centenas de milhões de dólares.

As recomendações de 2001, em breves linhas, partem para responderem seis perguntas: (i) Quais são as razões para programas de leniência?; (ii) Quais são as características para um Programa de Leniência eficaz?; (iii) Quais são os benefícios advindos dos Programas de Leniência ao combate à cartéis?; (iv) Como penas pesadas estão relacionadas a um Programa de Leniência?; (v) Como os países devem administrar Programas de Leniência?; e (vi) Quais são as proteções que testemunhas precisam ter dentro de um Programa de Leniência? E finaliza recomendando a adoção de Programas de Leniência. Consequente, as recomendações são as respostas à tais perguntas.

A primeira recomendação é que Programas de Leniência são necessários para a quebra do silêncio que envolve cartéis internacionais. A segunda é que Programas de Leniência possuem uma melhor eficácia quando garantem promessas claras e confiáveis<sup>317</sup> no tocante a anistia para o primeiro membro do cartel que se apresenta às autoridades. A terceira é que o risco de receberem penas robustas servem como incentivo para que criminosos busquem a adesão ao Programa de Leniência. E, a última recomendação é que a cooperação contínua entre o leniente e as autoridades é fundamental para a persecução dos criminosos juntamente com a confidencialidade das informações e proteção aos lenientes.

A partir de então, a OCDE passou a elaborar relatórios sobre a adoção, efetividade e adaptações aos sistemas locais das recomendações de combate à cartel de 1998 e 2001, como se verifica nos relatórios “*Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*” de 2002<sup>318</sup> e “*Hard Core Cartels: Third report on the*

---

<sup>317</sup> Esses são fatores essenciais ao sucesso do programa que serão melhor explorados no próximo capítulo. De acordo com o relatório da OCDE *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes* de 2002: “Facilidade de compreensão, certeza e prioridade são críticos, pois há uma maior chance de empresas avançarem se as condições e prováveis benefícios de realizarem são claros. Para maximizar os incentivos para a adesão e encorajar mais rapidamente a queda de cartéis, é importante não apenas que o primeiro a confessar celebre o ‘melhor negócio’, mas também que os termos do acordo sejam os mais claros possíveis desde o início”(p. 9 - Tradução livre, disponível em <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>, Acesso em 15 de nov. de 2016).

<sup>318</sup> Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

*implementation of the 1998 Council Recommendation*” de 2005<sup>319</sup>. E em relatórios que analisaram a incorporação de países que não são membros da OCDE, como o “*Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*” apresentado durante a 7ª Reunião do Fórum de Competitividade da América Latina ocorrida em 2009 no Chile<sup>320</sup>, na qual se analisou as características dos Programas de Leniência dos Estados Unidos, União Europeia, Canadá, Brasil, Chile e México.

As Recomendações da OCDE não são instrumentos estáticos. Desde sua publicação, as recomendações passam por alterações fundamentadas nas experiências e resultados obtidos por meio das análises e relatórios elaborados pelo Comitê de Competitividade.

Em 2008, foi elaborado o Relatório “*Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases*”<sup>321</sup> que trata da adoção e a compatibilidade do uso de delações premiadas e Termos de Ajustamento de Condutas de forma que não interfiram no sucesso dos acordos de leniência<sup>322</sup>. Ou seja, buscou-se a compatibilidade de medidas paralelas com o acordo de leniência para se combater cartéis.

Em 2012, o relatório “*Improving International Co-operation in Cartel Investigations*”<sup>323</sup> apontou uma importante incompatibilidade verificada nos acordos de leniência para o combate de cartéis internacionais. Por um lado, aponta que para garantir o bom funcionamento dos Programas de Leniência é importante que as informações obtidas de um leniente não possam ser utilizadas contra o mesmo leniente por outra autoridade, problema resultante da deficiência de harmonização entre os membros da União Europeia,

<sup>319</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/35863307.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>320</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2010%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>321</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/41255395.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>322</sup> “Programas de leniência são ferramentas importantes para autoridades antitrustes no combate a cartéis. Dependendo como os Programas de Leniência são estruturados e os parâmetros dos acordos, a relação entre acordos e os programas de leniência podem suscitar perguntas difíceis.

Por exemplo, algumas jurisdições expressaram preocupação que descontos nos acordos precisam ser calibrados cuidadosamente e levarem em conta as especificidades dos regimes de leniência com o fim de se evitar o risco de se dar descontos nos acordos em uma taxa que possa reduzir os incentivos das empresas em se apresentarem e cooperarem como lenientes. Adicionalmente, tais jurisdições perceberam que os descontos nos acordos e descontos obtidos por meio da cooperação sob leniência podem ser cumulativos para se garantir que os incentivos para a adesão nos programas se mantenham mais fortes e independentes um do outro” (OCDE, *Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases*, 2008, p. 4 - Tradução livre)

<sup>323</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.;

por exemplo. Por outro lado, aponta que a adoção de acordos de leniência por diversas jurisdições seria um fator a estimular a troca de informações entre agências nacionais de combate à cartéis, o que seria possível por meio de cláusulas permissivas estabelecidas nos acordos (*waivers*).

As constatações dispostas no parágrafo anterior foram parâmetros para a origem de novas sete recomendações em 2014, de acordo com o documento “*Recommendation of the OECD Council concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings*”<sup>324</sup> do Comitê de Competitividade da OCDE. A primeira é que os membros da OCDE estejam comprometidos com a obtenção de efetiva cooperação internacional a partir da adoção de medidas para minimizar, direta ou indiretamente, obstáculos ou restrições para aprimorarem a cooperação entre as autoridades antitrustes. A segunda é que autoridades podem solicitar vistas ou consultas em relação a procedimentos a cargo de autoridades concorrencias que de alguma maneira possam lhe afetar. Terceiro, quando uma autoridade tiver conhecimento que indivíduos e empresas localizados em outro Estado estejam praticando ações que lhe prejudiquem, seja possível solicitar apoio às autoridades onde tais indivíduos ou empresas estejam localizados. Quarto, um Estado deve ser sempre notificado quando tiver conhecimento de que uma conduta que esteja sob investigação possa lhe afetar. Quinto, quando dois ou mais Estados estejam investigando a mesma prática anticoncorrencial, eles devem coordenar as investigações se isso lhes beneficiar. Sexto, durante a cooperação com outro Estado, desde que apropriado e viável, deve haver troca de informações relevantes para a investigação da infração e para adoção de medidas efetivas em acordo com cada lei local. Por derradeiro, a cooperação deve ser realizada de forma voluntária, sendo que cada Estado deve colaborar com outro de acordo com sua prioridade e recursos disponíveis.

#### 4.1.2 Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) é um órgão permanente pertencente à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Ele foi criado em 1964, mais especificamente durante as discussões do tratado de liberalização do comércio, com o fim de proteger os interesses e promover a integração

---

<sup>324</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/2014-rec-internat-coop-competition.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

econômica dos países em desenvolvimento. Se a OCDE é um fórum internacional que reúne países desenvolvidos, a UNCTAD é um órgão idêntico, mas com público diferente: os países em desenvolvimento<sup>325</sup>.

Assim como a OCDE, a UNCTAD é um espaço de experiências que busca realizar deliberações internacionais aos países em desenvolvimento, dando suporte para que acessem os benefícios advindos de uma economia globalizada, de forma mais justa e efetiva. Também desenvolve pesquisas e relatórios que cominam na assistência, elaboração de agendas programáticas e recomendações a seus membros.

Por ser um organismo internacional centrado nas atividades econômicas, não poderia deixar de ter como um de seus campos de atuação as infrações às ordens econômicas e o combate a cartéis, que estão a cargo de grupos intergovernamental de experts da Comissão de Comércio e Desenvolvimento da UNCTAD.

Um dos principais documentos sobre o uso de leniência para o combate às infrações contra a ordem econômica está no relatório de 2010 “*The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries*”<sup>326</sup>. Em tal relatório, são apontados quatro pilares para um programa de leniência efetivo: (i) políticas e organismos de proteção à concorrência ativos que façam com que seus membros tenham um sentimento constante de que há um risco significativo de serem detectados e punidos se não realizarem acordos de leniência; (ii) a imposição e penas significantes aos que não aplicarem os acordos de leniência e a graduação de penas a partir

---

<sup>325</sup> Note-se que existe quem defenda que países em desenvolvimento não necessitam adotar políticas antitruste ou Direito Concorrencial: “O debate internacional chegou ao ponto onde a escolha sobre países em desenvolvimento é se ao assinarem um acordo internacional que requeira que eles tenham um Direito Econômico mais rígido domesticamente e em troca tenham as vantagens advindas das trocas de informações que ajudam a combater abusos transnacionais. Porém eles se mantêm sépticos. Alguns dizem que desenvolver uma política antitruste seria uma distração cara para países em desenvolvimento, que devem se focar em questões mais prioritárias (como guardar para necessidades básicas e desenvolvimento de uma infraestrutura física, tecnológica e regulatória para criar e dar suporte a mercados em funcionamento) antes de aplicá-los em um quadro para policiar tais mercados. Esta visão é detida tanto por liberais que defendem o livre comércio e por aqueles que a favor de que o Estado deve guiar o desenvolvimento de políticas. Os primeiros defendem a prioridade total remoção de políticas e de negociações para a retirada de barreiras de comércio em países desenvolvidos e em desenvolvimento. O último grupo defende a continuidade de apoio para os campeões nacionais e negócios locais em detrimento da competição internacional”. (Tradução livre) in “*Consumers, Multilateral Competition Policy and the WTO: technical report*” elaborado pela Organização Mundial do Comércio em março de 2003, p. 12-13. (Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/symp03\\_ci\\_tech\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/symp03_ci_tech_report_e.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016).

<sup>326</sup> Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/trbrbconf7d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/trbrbconf7d4_en.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

do primeiro candidato em relação aos subsequentes; (iii) o programa seja suficientemente transparente e previsível que permita que os candidatos tenham uma expectativa de como serão tratados; (iv) para atraírem membros de cartéis internacionais, os programas de leniência necessitam proteger as informações dos candidatos de forma a não serem expostos a procedimentos em outras jurisdições.

O relatório “*The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries*” aponta que apesar de países em desenvolvimento combaterem ativamente cartéis, inclusive por meio de programas de leniência, essa é uma realidade comum a uma minoria deles. Ao final, o relatório realiza importantes constatações. A primeira é que os benefícios de um programa de leniência somente são atingidos quando existe um efetivo combate aos cartéis; sem isso os esforços e recursos serão desperdiçados. A segunda é que um Estado não pode depender do combate à cartéis das ações de outros Estados, ou seja, terceirizar o combate à cartéis, pois cartéis podem operar apenas nas jurisdições em que as chances de serem detectados são mínimas. Nesse sentido, informações advindas de acordos de leniência podem ficar restritas ao país em que a adesão ocorreu. Terceiro, os esforços no combate aos cartéis podem ser prejudicados se outras jurisdições não apliquem penas que façam os programas de leniência atrativos: “a candidatura simultânea em múltiplas jurisdições combinada com cláusulas que permitam a troca de informações confidenciais, permitem a coordenação de investigações sobre cartéis, que por sua vez auxilia cada investigação local”<sup>327</sup>. Por derradeiro, as características peculiares de cada país em desenvolvimento podem impactar na efetividade dos Programas de Leniência, como poder de empresários locais, a existência de relações econômicas informais e uma fraca cultura de competitividade. Em paralelo, no tocante aos cartéis internacionais, os candidatos à leniência tendem a aderirem ao programa nas jurisdições em que possuem uma maior exposição. Assim sendo, é possível que outras ferramentas, como Termos de Ajustamentos, possam ser medidas mais eficazes que os acordos de leniência para o combate a cartéis.

A UNCTAD não realiza recomendações diretas, no formato de normas, como ocorre no modelo adotado pela OCDE. Como o alvo da UNCTAD são países em desenvolvimento que ou ainda não criaram órgãos de defesa a concorrência ou que possuem tais instituições

---

<sup>327</sup> Op. cit., p. 8.

incipientes, o formato em que as recomendações são propostas é um pouco diferente: modelos legislativos; e, mais recentemente, amplas diretrizes.

A edição de modelos legislativos de leis antitruste pela UNCTAD iniciou-se em 1995. As primeiras edições não previam a adoção de Programas de Leniência para auxiliar na investigação e no combate contra infrações concorrenciais, especialmente cartéis. Todavia, tais modelos de legislação recomendavam a adoção de duras penas contra infrações mais graves.

Na edição de 2007 ocorre a menção a experiências internacionais de programas de leniência que foram timidamente colocadas no manual<sup>328</sup>. Somente em 2010<sup>329</sup>, ao se revisar o capítulo X do modelo de lei antitruste que trata das funções e poderes das autoridades concorrenciais, é que se passou expressamente a mencionar o acordo de leniência como uma ferramenta que pode ser utilizada para o combate à cartéis, desde que observadas as conclusões expostas no relatório *“The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries”* mencionado anteriormente.

Em 2016, a UNCTAD inovou na forma como vinha abordando o assunto de combate a cartéis e o uso de programas de leniência ao editar as diretrizes *“Competition Guidelines: Leniency Programmes”*<sup>330</sup>. Elas tratam das dificuldades, principalmente dos pequenos Estados, que podem ser enfrentadas ao se adotar programas de leniência e aponta algumas soluções advindas de experiência de outros Estados. Inicialmente, o documento trata de situações que podem fazer com que os programas de leniência possam ser mais atrativos aos seus possíveis candidatos; os procedimentos que devem ser adotados; as respectivas análises que devem ser consideradas ao se aceitar ou não o acordo com o candidato à leniência; as vantagens de se garantir imunidade total ao primeiro candidato que preencha os requisitos da leniência e benefícios reduzidos aos posteriores que venham a se candidatar. Por derradeiro, as diretrizes apontam exemplos das dificuldades que muitos países possuíam para que seus programas de leniência obtivessem sucesso.

---

<sup>328</sup> Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf5d7rev3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>329</sup> Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L10_en.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>330</sup> Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2016d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2016d3_en.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2016.



#### 4.1.3 *International Competition Network*

A *International Competition Network* (ICN) foi criada a partir de uma iniciativa do *Department of Justice* (DOJ) dos Estados Unidos da América. Em novembro 1997, o DOJ criou *International Competition Policy Advisory Committee* (ICPAC) para abordar os problemas mundiais concorrenciais que as nações possivelmente enfrentarão durante o século XXI. O comitê funcionou até 2000, momento em que foi elaborado um relatório final<sup>331</sup> com as atividades desenvolvidas, dentre elas o impacto da globalização para a ajuda mútua em relação ao antitruste e sistemas de cooperação; como lidar com fusões empresariais que afetem diversas jurisdições, comuns em uma época de globalização. Em relação aos cartéis internacionais, o comitê aponta três pontos para melhor combatê-los, indicando: (i) a necessidade de se estudar melhor tais organizações, principalmente sua forma de funcionamento; (ii) o aumento da transparência das informações trocadas entre as autoridades antitrustes; e, (iii) a necessidade de existirem incentivos positivos para as trocas de informações entre autoridades antitrustes entre os países.

Em fevereiro de 2000, o ICPAC propôs a criação de um novo fórum “*Global Competition Initiative*” no qual as autoridades públicas, empresas privadas e organizações não governamentais possam realizar consultas sobre assuntos relacionados ao antitruste. Funcionários do governo norte-americano e membros da Associação Antitruste reconheceram a importância de tal iniciativa e estabeleceram que a melhor forma de a promover, dentro de um contexto de globalização, seria por meio da criação de uma rede entre as autoridades antitruste e especialistas internacionais. Logo após, em setembro de 2000, a iniciativa também recebeu apoio das autoridades antitruste europeias.

Com tantos importantes apoios, a *International Bar Association*, associação internacional de advogados, convocou uma reunião com mais de 40 autoridades antitrustes e especialistas na área, em fevereiro de 2001, para discutir a viabilidade de uma rede antitruste internacional, sendo o resultado do encontro positivo para endossar mais uma vez a ideia.

---

<sup>331</sup> Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/final-report>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

Finalmente, em 25 de outubro de 2001, 15 autoridades antitruste – da Austrália, Canadá, União Europeia, França, Alemanha, Israel, Itália, Japão, Coreia, México, África do Sul, Reino Unido, Estados Unidos e Zâmbia criaram a ICN. Atualmente existem mais de 330 entidades associadas de todas as partes do mundo.

Como se verifica, principalmente ao se comparar a origem da ICN em relação à OCDE e a UNCTAD, a primeira não é uma organização internacional tradicional, ou seja, não foi formada exclusivamente por Estados no contexto pós 2ª Guerra Mundial. A criação da ICN reflete o fenômeno atual que passa o Direito Internacional – exposto no Capítulo 1 – em que o setor privado, organizações não governamentais e autoridades públicas atípicas<sup>332</sup>, de países desenvolvidos e em desenvolvimento, organizaram-se para criar uma instituição internacional, ou seja, refletem uma nova forma de governança.

O ICN possui três tipos de instrumentos normativos<sup>333</sup>: (i) recomendações de condutas; (ii) diretrizes; (iii) boas práticas e ferramentas. Não há recomendações sobre o combate à cartéis ou em relação a adoção de programas de leniência. As seis recomendações existentes tratam de práticas para incentivo à competição; fusões entre empresas; domínio e/ou poder de mercado; condutas predatórias; e, monopólios criados ou incentivados por políticas estatais. Tampouco o tema acordo ou programa de leniência é tratado nas diretrizes da ICN. Apenas existe breve menção da diretriz de procedimentos de investigação sobre o dever de confidencialidade que se deve ter em relação às informações obtidas de candidatos à leniência.

Porém, cartéis, bem como os programas de leniência são devidamente tratados por meio das normas de boas práticas da ICN, em especial por meio da publicação “*Anti-cartel Enforcement Manual*”. O manual é uma compilação de técnicas de investigação de cartéis, que se demonstraram efetivas e de sucesso na prática, desenvolvido para os diferentes membros da ICN. Desde 2007, encontra-se referência ao uso de programas de leniência no combate à cartéis<sup>334</sup>, sendo que o tema vem sendo desenvolvido desde então. O manual inicia

---

<sup>332</sup> No caso ICN não foram as autoridades diplomáticas ou autoridades centrais responsáveis pela representação oficial durante a sua criação, mas autoridades antitruste.

<sup>333</sup> Todas as últimas versões dos instrumentos normativos e recomendações emanados pela ICN estão disponíveis em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/icnguidance.aspx>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>334</sup> Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc343.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

a abordagem em um formato didático, explicando o que são programas de leniência, os benefícios da adoção de tal ferramenta, os pré-requisitos necessários para garantir sua eficácia e os incentivos e obrigações que envolvem o candidato à leniência. Posteriormente, passa a abordar aspectos práticos de programas de leniência, como os prazos e formas de se candidatar ao benefício, a maneira como devem tratar os dados dos segundos candidatos, como se deve proceder se o candidato deseja aplicar à leniência em mais de uma jurisdição, a questão da proteção à confidencialidade das informações repassadas pelo leniente, as obrigações que o leniente deve observar e a transparência que deve existir em relação às normas dos programas de leniência. Por fim, aborda como o Programa de Leniência deve trabalhar em paralelo com os demais sistemas de combate à cartéis seja cível, administrativo ou criminal.

Assim, nota-se que, por um lado, tanto organizações internacionais globais (OCDE e UNCTAD) como organismos privados (ICN) emitem normas que tratam de acordos de leniência. Por outro lado, existem normas que tratam do assunto de forma geral, com os do ICN ou de forma específica, já que a OCDE foca suas regras aos países desenvolvidos e a UNCTAD aos países em desenvolvimento.

#### 4.2 Recepção das normas pelos Estados

Em contraste com o grande número e tipos de documentos da OCDE, UNCTAD e ICN que apontam a necessidade e os benefícios da adoção de programas de leniência para o combate a cartéis internacionais, nota-se uma diminuta quantidade de relatórios que indiquem, simultaneamente, como cada país internalizou tais instrumentos.

A OCDE<sup>335</sup> realiza avaliações periódicas dos sistemas de combate à cartéis de seus países membros e convidados, normalmente revalidando tais relatórios com certa periodicidade.

---

<sup>335</sup> Como se verifica em relação ao Brasil no relatório “*Competition Law and Policy in Brazil*” de 2010 (Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016); e outros Estados “*Competition Law and Policy in Korea*” de 2002 (Disponível em: <<https://www.oecd.org/korea/34834187.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016); “*Competition Law and Policy in Japan*” de 2002 (Disponível em: <<https://www.oecd.org/japan/34832229.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016); “*Competition Law and Policy in South Africa*” de 2003. (Disponível em: <<https://www.oecd.org/japan/34832229.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016); “*Competition Law and Policy in Peru*” de 2003 (Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/34728182.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016).

Por outro lado, a UNCTAD, na maioria das vezes, produz relatórios sobre casos enfrentados por Estados, demonstrando os impactos de tais infrações em países em desenvolvimento<sup>336</sup> e, em menor frequência, guias gerais sobre a política antitruste de diversos Estados<sup>337</sup>. No estudo “*Appropriate sanctions and remedies*”<sup>338</sup> são compilados dados da Austrália, Coreia, Japão, Indonésia, Armênia, Rússia Turquia, África do Sul, Quênia, Zâmbia, Egito, Tunísia, União Europeia, França, Reino Unido, Alemanha, Peru, Brasil, Costa Rica, México, Estados Unidos e Canadá, dando um panorama das sanções adotadas ao combate à cartéis, sendo que todos os países adotam sanções administrativas em conjunto com sanções criminais na maioria dos casos (com exceção de Rússia, Turquia, União Europeia e Peru, e outros países que sancionam criminalmente apenas algumas condutas anticompetitivas, como no caso da Alemanha que apenas sanciona criminalmente conluios durante licitações). Porém, o relatório não aborda se tais Estados possuem programas de leniência e quais são os benefícios que os candidatos à leniência fazem jus.

Assim, não são encontrados relatórios de instituições internacionais que deem um panorama geral de como cada Estado trata o acordo de leniência dentro de suas jurisdições, dificultando a adoção de uma estratégia para utilização de tal ferramenta em caso de cartéis internacionais, situação que envolve a adesão ao programa de leniência simultaneamente em mais de um Estado.

Essa ausência por parte de organismos internacionais acabou sendo suprida por relatos e guias elaborados pelo setor privado.

---

<sup>336</sup> Destaca-se o relatório “*The impact of cartel on the poor*” de 2013, que trata de uma coletânea de casos de cartéis em países em desenvolvimento – Brasil, Chile, Indonésia, Quênia, Peru, Coreia, Rússia, África do Sul, Turquia e Zâmbia – em que as condutas anticompetitivas acarretaram danos consideráveis ao público consumidor mais vulnerável, devendo, portanto, serem combatidas. (Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1_en.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016). Nesse relatório, é destacado como os programas de leniência ajudaram tais estados em investigações de cartéis, concluindo que “É importante que autoridades antitruste tenham poderes legais suficientes concedidos para serem hábeis para tocarem investigações de cartéis de forma efetiva. Buscas e apreensões e programas de leniência são as ferramentas com maior influência da detecção e persecução. Para conseguir coletar provas, autoridades antitruste precisam possuir poderes para realizarem buscas e apreensões ou visitas surpresas às instalações dos membros do cartel, e buscar e apreender os documentos necessários” (p; 15 - tradução livre).

<sup>337</sup> Como se verifica nos relatórios constantes no documento “*UNCTAD Guidebook on competition systems*” elaborado em 2007, que aborda como são os sistemas antitruste de 70 países e organismos multinacionais de proteção à concorrência, mas que não aborda como cada país (Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/ditccpl20072\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/ditccpl20072_en.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016).

<sup>338</sup> Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/trbpcconf7d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/trbpcconf7d5_en.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Em 2010, a filial inglesa do escritório norte americano *Baker&McKenzie* publicou um guia traçando um panorama sobre o acordo de leniência em mais de 50 países<sup>339</sup>. O estudo aborda diversas vertentes sobre o acordo de leniência em 54 Estados e órgãos de combate à cartéis interestatais, desde aspectos procedimentais, requisitos para se candidatar à leniência, seus efeitos e, também se cada legislação local permite outras formas de leniência, principalmente quando o candidato não foi o primeiro a procurar as autoridades antitruste (leniência plus), cujas principais conclusões se encontram na planilha que forma o Apêndice A da presente dissertação.

O primeiro ponto a ser destacado é que todos os membros da OCDE possuem normas que tratam do acordo de leniência.

Também se nota que houve uma forte adesão ao uso dos programas de leniência no final da primeira década deste século, entre 2006 e 2009. Muito provavelmente, essa concentração se deu em razão das recomendações e modelos legais dos organismos internacionais datarem os primeiros anos do século XXI e o lapso temporal decorrente do processo interno e político de cada Estado para incorporar tais recomendações em seus ordenamentos internos.

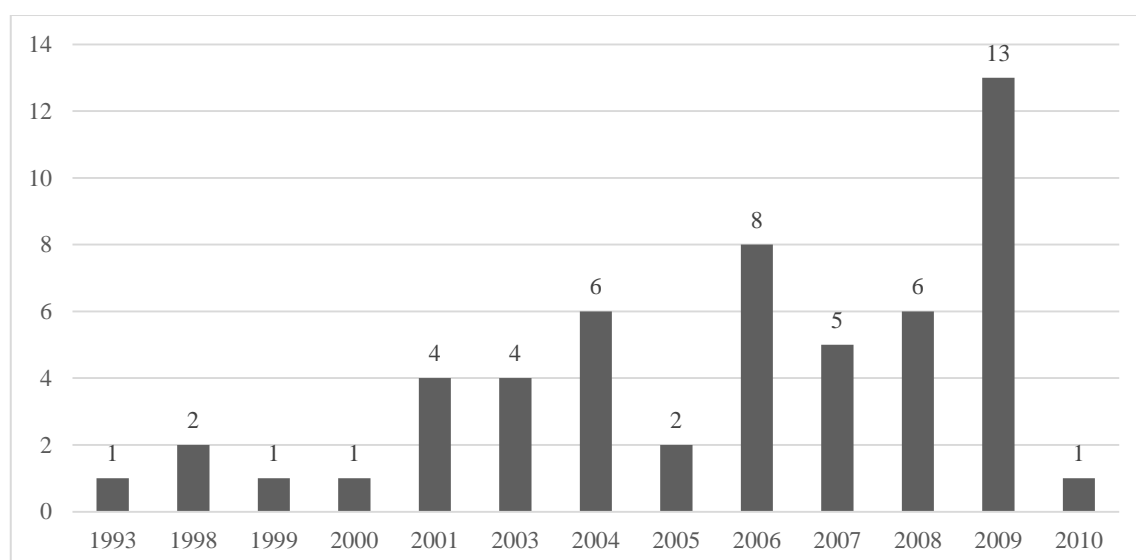


Gráfico 1 – Adesão aos programas de leniência entre 1993 e 2010 (Anexo A)

<sup>339</sup> MOBLEY Samantha J; DENTON, Ross (Eds.). *BAKER & McKENZIE: global leniency manual 2010*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

Um ponto importante que se verifica nos dados compilados é que não são todos os Estados que utilizam sanções criminais para punir cartéis. A maioria deles não adotam sanções criminais para coibir tal infração concorrencial, sendo que alguns deles, como Portugal, o tipificam como contra-ordenações<sup>340</sup>, ou seja, sanções de cunho administrativo. Outros países (independente) tratam as sanções criminais de forma independente das infrações administrativas, ou seja, o acordo de leniência celebrado com as autoridades antitruste não produz efeitos criminais. Há também dois Estados, Dinamarca e Egito, que aplicam apenas multas criminais, e não penas privativas de liberdade, como forma de sanção criminal.

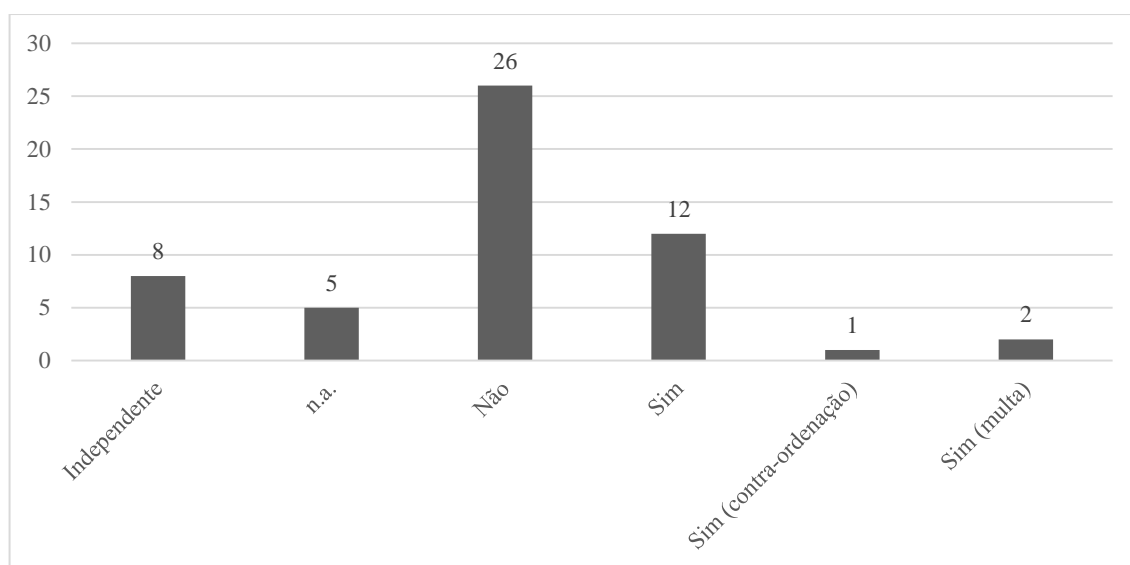


Gráfico 2 – Natureza das sanções aplicadas às infrações de cartel (Anexo A)

<sup>340</sup> As contra-ordenações decorrem de uma política criminal de descriminalização ocorrido em Portugal, conforme ensina Jorge de Figueiredo Dias: “A consequência foi a de, no âmbito complexo e multifacetado daquilo que se chamava direito penal administrativo, se levar a cabo uma distinção fundamental, consoante as condutas por ele proibidas devessem ainda considerar-se relevantes à luz de uma qualquer valoração prévia de carácter ético-social – caso em que elas se mantiveriam dentro do domínio do direito penal e, na verdade, como constitutivas do que veio a ser chamado direito penal secundário; ou pelo contrário devessem considerar-se ético-socialmente neutras, com a respectiva ilicitude só constituída materialmente pela proibição – caso em que elas foram atiradas para fora do direito penal e consideradas constitutivas de um ilícito administrativo. Assim surgiram as contra-ordenações que, no seu conjunto, conformavam o que passou a chamar-se o direito (administrativo, não penal!) de mera ordenação social e que concilia com o cariz que havia entretanto assumido a velha categoria (penal) das contravenções. Com uma dupla consequência: a de que o âmbito do direito penal se enriquecia com a assunção penalmente possível (se bem que em certa medida autónoma) do direito penal secundário, quase sempre sob a forma de direito penal ‘extravagante’; e a de que a história das contravenções jurídico-penais chegava ao fim, devendo ser pura e simplesmente eliminada e substituída pela categoria jurídico-administrativa das contra-ordenações”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 157).

O estudo aponta que o tratamento dado ao primeiro candidato de um determinado cartel ao Programa de Leniência é o de imunidade total, ou seja, é uma forma de cura das sanções administrativas e penais aplicáveis, sendo que apenas 4 Estados (Áustria, México, Egito e Canadá) preveem anistia parcial para o 1º leniente. 43 Estados e organismos possibilitam que outros membros de cartéis que também desejem aderir à leniência, mas que não sejam mais os primeiros, a possibilidade de obter uma imunidade parcial, sendo que dois Estados garantem imunidade total a tais candidatos (Suécia e Estônia) e outros 4 não possibilitam esse tipo de leniência (Irlanda, Ucrânia, Israel e Egito). No tocante à existência de se realizar “leniência plus”, apenas 14 Estados preveem em seus ordenamentos a possibilidade de se adotar tal benefício.

Um outro ponto interessante do levantamento é que muitos Estados e organismos de combate à cartéis afastam a possibilidade de líderes dos cartéis ou empresas que tenham coagido outras empresas (líderes de cartéis) a integrar cartéis a aderirem os programas de leniência. Conforme se verifica, tais membros do cartel não são elegíveis ao programa de leniência em 28 casos. Em outros 13 Estados e/ou instituições os líderes dos cartéis apenas fazem jus parcialmente aos benefícios existentes nos acordos de leniência. Por outro lado, há 9 casos em que os programas de leniência não fazem esse tipo de distinção, garantindo aos líderes de um determinado cartel todos os benefícios estipulados em seus programas de leniência.

O estudo aponta uma certa dificuldade de se obter informações das autoridades locais de combate ao antitruste sobre quantos acordos de leniência foram celebrados, já que essas informações normalmente são revestidas de sigilo (como ocorreu em 23 casos). Todavia, um ponto que chama a atenção é que 17 dos Estados e/ou autoridades antitruste interestatais analisadas nunca celebraram acordos de leniência até 2010.

Isso não ocorre nem mesmo na União Europeia<sup>341</sup>, onde existe a centralização por parte de uma Comissão. A celebração do acordo de leniência com a Comissão não elide a

---

<sup>341</sup> “Esse assunto foi um ponto chave nos cartéis de elevadores e escadas rolantes na União Europeia, que obteve sucesso em relação a diferentes membros da União Europeia, mas nenhum candidato obteve imunidade entre a União Europeia”. (MOBLEY Samantha J; DENTON, Ross (Eds.). *BAKER & McKENZIE: global leniency manual 2010*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. vii. Tradução livre).

aplicação de eventuais sanções, principalmente criminais, aos membros da União Europeia e nem mesmo de acordos de leniência por parte de seus membros.

Assim, aparentemente, há *compliance* as normas emanadas por organismos internacionais que tratam da adoção de acordos de leniência para o combate à cartéis, principalmente levando-se em consideração os requisitos de implementação e efetividade descritos no capítulo anterior. Como se nota, as recomendações e modelos normativos foram incorporados ao ordenamento jurídico interno de diversos Estados. Apesar de tais mecanismos serem recentes, os Estados já criaram procedimentos e estruturas internas<sup>342</sup> que possibilitam a utilização de acordos de leniência por membros de cartéis tanto por autoridades antitrustes quanto pelos responsáveis pela persecução criminal.

Ainda não se tem informações públicas ou pesquisas que demonstrem satisfatoriamente que há efetividade, ou seja, se a adesão aos Programas de Leniência já é suficientemente apta a alterar o comportamento de membros de cartéis e, conseqüentemente, acarretando em efeitos de política-criminal. Porém a experiência na adoção desse tipo de mecanismos é que com o tempo esse resultado seja alcançado satisfatoriamente.

#### 4. 3 O papel da *soft law* na governança internacional dos acordos de leniência

Como já adiantado, as normas que envolvem o acordo de leniência não são fontes típicas de Direito Internacional, pois não estão dispostas no rol do artigo 38 da Convenção que instituiu a Corte Internacional de Justiça (Convenção de Viena)<sup>343</sup>. Entende Maíra Rocha Machado que “tomar as fontes formais como padrão de confronto implica ignorar que os mecanismos judiciais em âmbito internacional são pouco utilizados e que os mecanismos

---

<sup>342</sup> Assim, quando um acordo de leniência é realizado nota-se três fenômenos destacados por Dinah Shelton. O primeiro é a implementação da norma internacional ao ordenamento jurídico doméstico, que no caso do Direito Internacional Penal se faz necessário em razão do princípio da legalidade, o que também gera o *compliance* em caso de normas penais (como mencionado no capítulo anterior, pois para a criação de um tipo penal, por exemplo, basta sua previsão legal, desde que cumpridos os requisitos formais para sua inclusão em um determinado ordenamento jurídico). Por fim, quando um acordo é fechado ou quando alguém se aplica para celebração de um acordo de leniência se tem a efetividade, pois o fim da norma foi atingido. (SHELTON, Dinah. Introduction: law, non-law and the problem of ‘soft law’. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 5).

<sup>343</sup> Este capítulo abordará especificamente duas fontes mencionadas no artigo 38: o tratado e o costume, já que não há menção pelas demais fontes (princípio gerais de direito e a própria jurisprudência da Corte Internacional de Justiça) aos acordos de leniência para o combate à cartéis.



extrajudiciais não se limitam a essas fontes formais”<sup>344</sup>. Outrossim, como demonstrado no capítulo anterior, também devem ser fontes do Direito Internacional Penal recomendações e modelos legais que impliquem a adoção de certas normas de Direito Penal nos ordenamentos jurídicos nacionais.

A doutrina classifica esse tipo especial de fonte como *soft law*, que se contrapõe aos tratados, classificados como *hard law*<sup>345</sup>.

#### 4.3.1 O conceito de *Soft Law*

O termo *soft law* está relacionado à atos normativos que, diferentemente dos tratados (*hard law*), possuem vínculos ou compromissos políticos e legais menos fortes ou de alguma forma atenuados. “Refere-se aos instrumentos elaborados por Estados e atores não estatais, não vinculantes juridicamente, mas que influenciam a conduta dos Estados, das organizações e dos indivíduos”<sup>346</sup>.

A doutrina aponta que a origem de instrumentos de *soft law* remonta à acordos diplomáticos do século XIX que necessitavam de afrouxamento de alguns requisitos para se chegar a unanimidade, ao consenso. Tal consenso, apesar de não registrado no texto do

---

<sup>344</sup> MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 47.

<sup>345</sup> *Hard law*, engloba os tratados e convenções e outros acordos formalmente celebrados entre Estados. São dispositivos legais internacionais multilaterais que seguem aspectos formais para sua elaboração. Por exemplo, no âmbito das Nações Unidas a função legiferante cabe ao *International Law Commission* sendo que o processo legislativo é regulado por seu estatuto<sup>345</sup> que dispõe sobre o procedimento formal para elaboração de convenções e tratados também nas disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Para Kenneth W. Abbott e Dunacn Snidal, o termo *hard law* é utilizado para se referir “a obrigações legais vinculantes que são precisas (ou podem ser precisas por meio de adjudicação ou edição de regulamentações com detalhes) e que delega uma autoridade para interpretá-la e implementá-la”. Para tais autores, Estados optam por instrumentos legais de *hard law* para manifestarem compromissos normativos: “legalização é um dos principais métodos pelo qual Estados podem aumentar a credibilidade de seus compromissos”. Essa consequência se daria aos tratados, pois esse tipo de normativa: (i) reduz as possibilidades de auto interpretação da norma além de delimitar os organismos aptos a interpretar eventual divergência de conteúdo da norma; (ii) sua não observância acarreta em custos, principalmente reputacionais (ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. *Hard law and soft law in international governance. International Organization*, [s. l.], v. 54, n. 3, p. 421, Summer 2000. Tradução livre).

Nesse mesmo sentido, Maíra Machado discorre que outro aspecto a ser analisado sobre instrumentos e *hard law* é que as convenções e tratados (i) criam vínculo aos Estados signatários; (ii) geram direitos, obrigações e responsabilidade em caso de violação ou descumprimento do instrumento; e, (iii) dispõem de mecanismos de disputas por meio de cortes arbitrais ou organismos jurisdicionais internacionais (MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 51).

<sup>346</sup> MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 45.

instrumento diplomático, era registrado na forma de declaração ou recomendação, que possuía um significado inferior do que o compromisso formal. Nos anos de 1960<sup>347</sup>, novos Estados – principalmente ex-colônias recém independentes - de forma institucional, assim como novos atores internacionais não estatais, começaram a utilizar instrumentos de *soft law* para criar expectativas de comportamentos futuros e atitudes com o fim de gerar estabilidade em acordos internacionais, mas com certa flexibilidade<sup>348</sup>.

Outros, argumentam que os instrumentos de *soft law* são utilizados para sedimentarem temas para que, posteriormente, possam ser objetos de tratados, sendo um embrião da *hard law*, isto é, uma norma internacional em potencial. Há os que defendam que são atos normativos complementares a temas abordados em instrumentos de *hard law*<sup>349</sup>. E, também, que criam princípios genéricos aptos a orientarem decisões judiciais<sup>350</sup>.

Chinkin<sup>351</sup> afirma que o uso de *soft law* está associado ao crescimento do número de instituições internacionais, resultado da nova governança internacional. Resoluções, declarações, planos de ação códigos de conduta e manuais elaborados por organizações globais ou regionais são *soft law*<sup>352</sup>. Tratam-se de instrumentos que além de abordarem assuntos diversos – ou seja, não são reservados a um assunto ou alguns assuntos específicos - são “intrusos” nos ordenamentos nacionais, pois não existem previsões nos ordenamentos domésticos sobre como caracterizar esse tipo de norma. Alguns têm natureza coercitiva, possuindo prazos de implementação, metas de performance, e mecanismos de monitoramento. Outros são dotados de abstração e generalidades muito grandes enquanto

<sup>347</sup> Maíra Rocha afirma que “No direito internacional público, a noção de *soft law* apareceu pela primeira vez no começo da década de 1970, no âmbito da proteção ambiental. No decorrer da década de 1980, a utilização da noção é impulsionada devido ao constante recurso estatal aos instrumentos internacionais não facilmente catalogados entre as fontes formais do direito internacional”. (Op. cit., p. 46).

<sup>348</sup> CHINKIN, Christiane. Normative development in the International legal system. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 21-22.

<sup>349</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. Introducción: objetivos y metodología. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 37.

<sup>350</sup> Sobre essas três características destaca-se o trabalho de BOYLE, A. E. Some reflections on the relationship of treaties and soft law. *International and Comparative Law Quarterly*. [s. l.], v. 48, n. 4, p. 904-907, Oct. 1999.

<sup>351</sup> CHINKIN, Christiane. Normative development in the International legal system. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 31.

<sup>352</sup> Salem Hikmat Nasser aponta os seguintes instrumentos normativos como *soft law*: Gentlemen’s agréments; Memorandos de entendimento; Declarações; Atas finais; Agendas e programas de ação; Recomendações; Resoluções e decisões; Códigos de Conduta (NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 121-131).

alguns são altamente específicos. Segundo Chinkin<sup>353</sup>, é possível categorizá-los como: (i) articulados em formas não vinculantes com modelos tradicionais de legislação internacional; (ii) detentores de conteúdo vago e com termos imprecisos; (iii) elaborados por órgãos internacionais sem poderes para legislar internacionalmente; (iv) direcionados a atores não estatais, assim sua prática não pode configurar direito de costume; (v) não preveem mecanismos de responsabilização correspondente por seu descumprimento; (vi) a adesão é voluntária; e (vii) não estipulam meios legais que obriguem seu cumprimento.

Abbot e Snidal<sup>354</sup>, após tratarem das diversas formas que instrumentos de *soft law* podem ser categorizados, entendem que o “reino” do *soft law* tem como marco acordos ou planos legais com fraqueza em três dimensões: (i) obrigação; (ii) precisão; e, (iii) delegação. Essa fraqueza pode ocorrer em variados níveis e combinações entre as dimensões. Instrumentos de *soft law* seriam a ferramenta legal para distinguir essa vasta classe de normas em relação ao *hard law*.

Para eles, as vantagens inerentes aos instrumentos de *soft law* seriam: (i) não ser tão custosa; (ii) elementos de legalização podem ser flexibilizados; (iii) dá maior autonomia e mantém maior soberania aos Estados; (iv) possui uma maior aptidão em lidar com assuntos incertos, possibilitando ajustes no decorrer do tempo; e (v) facilita o compromisso e a cooperação entre atores com diferentes interesses, poderes e valores<sup>355</sup>.

Maíra Machado inicia o desafio de definir *soft law* por meio de sua comparação com tratados e convenções internacionais, concluindo que aquelas normas não possuem a qualidade de serem 'juridicamente vinculante', ou seja, não há responsabilização pela violação ou não-cumprimento, o que não ocorre quando adotam um instrumento *hard law*<sup>356</sup>. Todavia, segundo ela, não observância de instrumentos de *soft law* pode acarretar consequências negativas aos Estados<sup>357</sup>. Além disso, a comparação entre os dois instrumentos aponta que: (i) deve-se focar mais na intenção dos atores ao celebrarem um

---

<sup>353</sup> CHINKIN, Christiane. Normative development in the International legal system. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 21-22.

<sup>354</sup> ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard law and soft law in international governance. *International Organization*, [s. l.], v. 54, n. 3, p. 422, Summer 2000.

<sup>355</sup> Op. cit., p. 423.

<sup>356</sup> MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 47.

<sup>357</sup> Op. cit., p. 48.

instrumento de que a denominação dada ao instrumento; e (ii) ao atribuir aos instrumentos de *soft law* o propósito de 'promulgar normas de aplicação universal', essa característica pode transcender as partes que formularam o instrumento<sup>358</sup>.

Segundo ela, ao se afirmar que instrumentos de *soft law* produzem efeitos práticos e inclusive jurídicos, isto implica a assunção de que eles criam expectativas de conduta e um comprometimento perante os demais setores, o que os revestiria de caráter político. Conclui que os instrumentos de *soft law* “distinguem-se dos instrumentos limítrofes por conterem, simultaneamente, duas características: as disposições são de conteúdo e forma jurídicas, mas não criam direitos ou obrigações jurídicas”<sup>359</sup>.

De acordo com Salem Hikmat Nasser não só o significado de *soft law* pode variar, como também a própria utilidade da expressão pode ser questionada<sup>360</sup>. Seriam regras cujo valor normativo seria limitado, seja porque os instrumentos que as contêm não seriam juridicamente obrigatórios, seja porque suas disposições em causa, ainda que figurando em um instrumento constringente, não criam obrigações de direito positivo ou criam obrigações pouco constringentes<sup>361</sup>.

Nasser categoriza as normas de *soft law*: (i) normas jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga, ou de noções com conteúdo variável ou aberto, ou que apresentem caráter de generalidade ao principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras; (ii) normas que preveem, para os casos de descumprimento, ou para a resolução de litígios delas resultantes, mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, à exceção da adjudicação; (iii) atos concentrados, produção dos Estados, sem a pretensão de serem obrigatórios e que se manifestam por meio diversas formas e nomenclaturas, instrumentos esses têm em comum uma característica negativa: em princípio, todos eles não são tratados; (iv) as resoluções e decisões dos órgãos das organizações internacionais, ou outros

---

<sup>358</sup> Op. cit. p. 48.

<sup>359</sup> Continuando, Salem aponta que “Alguns autores arriscam-se a extrair algumas conclusões sobre as funções, os efeitos e as vantagens dos instrumentos *soft law* tomados em conjunto. Weiss, por exemplo, indica a maior facilidade de alcançar um acordo, a imposição de custos reduzidos aos governos e às organizações não-governamentais, a oportunidade de elaborar estratégias detalhadas em relação a temas específicos e, ainda, a habilidade de responder às rápidas mudanças científicas e socioeconômicas. No tocante ao cumprimento das disposições formuladas em instrumentos desse tipo, Weiss sugere que deve ser percebido como um processo interativo e dinâmico, envolvendo atores distintos, tanto nos âmbitos público e privado como em diferentes níveis: internacional, regional, nacional e local”. (Op. cit., p. 52).

<sup>360</sup> Op. cit., p. 23.

<sup>361</sup> Op. cit., 25.

instrumentos por elas produzidos, e que não são obrigatórios; (v) instrumentos preparados por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas.

Seguindo o pensamento do autor, não há um conceito único de *soft law*, mas sim um conceito multifacetado, plural. Percebe-se, desde logo, uma relação com o Direito Internacional e com a regulação normativa do cenário internacional. Existindo no próprio nome a referência ao direito, fica evidenciada a participação do conceito na dimensão normativa ou na noção mais genérica de ordem nas relações internacionais. Porém ao se adjetivar esse direito, qualificado como *soft*, indica um direito diferente, mas ainda sim direito. Pode, no entanto, o uso do *soft* também indicar que se trata de algo diverso daquilo usualmente entendido como sendo direito<sup>362</sup>.

O autor conclui<sup>363</sup>, após analisar os instrumentos de *soft law* com todas as fontes dispostas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que eles são negociados e adotados por determinado número de Estados. Apesar de não obrigatórios, o *compliance* com eles é muito alto, mas não unânime. Dependendo da modalidade de aprovação ou adoção, e o número de Estados que os adotam, pode ser muito significativo para a determinação da existência ou nascimento de *opinio juris*<sup>364</sup>, que é uma das características do direito costumeiro. Assim, são instrumentos que ensejam uma transformação no processo costumeiro, por meio da formalização de um documento escrito, ao invés de surgir das práticas estatais.

Dinah Shelton também aponta que o espectro e complexidade dos instrumentos de *soft law* é tão grande que, inclusive, pode impactar o Direito Internacional Consuetudinário. A norma de direito consuetudinário requer *compliance* resultante não somente da prática da conduta por parte dos Estados como também do processo de formação da norma e, para tanto, instrumentos de *soft law* servem como evidência do *opinio juris* em relação à norma. Soma-se a isso o fato de que a formação do instrumento de *soft law* pode configurar a prática,

---

<sup>362</sup> Op. cit., p. 26.

<sup>363</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 157..

<sup>364</sup> Vide capítulo anterior.

por parte de um Estado<sup>365</sup>. Portanto, dadas as “recentes inclusões de compromissos de *soft law* em instrumentos de *hard law* sugere que as duas formas e conteúdos são relevantes para o reconhecimento da obrigação legal”<sup>366</sup>.

Dinah aponta sete possíveis causas para a escolha do uso de instrumentos de *soft law* em detrimento de norma de *hard law*<sup>367</sup>: (i) a burocratização das instituições internacionais retirou a possibilidade de flexibilização e respostas rápidas, além de que muitas delas não possuem competência para elaborarem instrumentos e *hard law*; (ii) o respeito que os Estados possuem à instrumentos de *hard law*, que devem ser utilizados com cautela, para situações em que se sabe que o nível de *compliance* com ela será alto; (iii) são aptos a induzir o comportamento de Estados a aderirem ao seu conteúdo e, ao mesmo tempo, pressiona Estados que não consentiram com seu conteúdo a se conformarem; (iv) é fruto de um crescimento e amadurecimento do Direito Internacional, não necessitando mais de normas que prevejam mecanismos para descumprimento; (v) o uso de normas vinculantes pode ser inapropriado para algumas situações revestidas de incerteza e vagueza; (vi) permite uma participação mais ativa de atores não estatais; e (vii) normalmente, podem ser adotados ou emendados com mais agilidade em caso de ineficácia, pois não são vinculantes<sup>368</sup>.

Como se nota, o conceito de *soft law* não é unânime e nem imune a críticas e controvérsias. Chinkin aponta que o conceito de *soft law* “em um nível explicitamente político, a aceitação de padrões normativos articulados por meio de *soft law* implica o reconhecimento que um controle rígido pelos Estados sobre esse processo é fraco”<sup>369</sup>.

Dadas as definições acima expostas, pode-se dizer que se trata de um sistema de compromissos ou proposições internacionais, que possui forma livre, sem vinculação, e que não pode ser imposto da mesma maneira que as normas tradicionais do Direito Internacional.

---

<sup>365</sup> SHELTON, Dinah, Law, non-law and the problem of soft law. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 1.

<sup>366</sup> Op. cit., p. 4.

<sup>367</sup> Op. cit., p.11-13.

<sup>368</sup> Ainda sobre as vantagens pela adoção de instrumentos de *soft law* O’CONNELL, Mary Ellen. *International legal system*. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the International legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 110.

<sup>369</sup> CHINKIN, Christiane. Normative development in the International legal system. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 21-22. Tradução livre.

Não são meros gestos políticos, pois existe uma expectativa de *compliance* ao *soft law* mesmo sem que exista um dever legal para tanto<sup>370</sup>.

Não são instrumentos de *hard law*, pois não há um devido processo para sua elaboração quanto menos a possibilidade de denúncia a organismos formais em eventual descumprimento ou para se questionar sua validade<sup>371</sup>. Mas, como se verificou, podem ser uma fonte mediata ao direito costumeiro, caso a prática reiterada de seus conteúdos se torne *opinio juris*.

Os instrumentos de *soft law* foram criados para suprir as necessidades do mundo contemporâneo, dentro da nova governança mundial exposta no capítulo 1, incluindo o Direito Internacional Penal, que exige mudanças rápidas e emanadas por novos atores, fatores esses que encontram dificuldades de serem adotadas por instrumentos de *hard law*, já que tratados demandam um consenso político entre os Estados para serem alterados<sup>372</sup>. Todavia, para ser efetivo, necessita ser internalizado ao ordenamento jurídico dos Estados, como concluído no capítulo 2.

Segundo Sieber, a experiência vem demonstrando que a implementação de instrumentos de *soft law* “és más exitosa si son desarrolladas en el ámbito de cuerpos internacionales por los mismos funcionarios y expertos que luego serán responsables de su implementación a nivel nacional”<sup>373</sup>. Em paralelo - e como visto no item anterior - instrumentos de *soft law* possuem uma flexibilidade adaptativa às necessidades específicas que podem surgir em diferentes situações e países, permitindo uma liberdade adaptativa de

---

<sup>370</sup> THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014, p. 166. No mesmo sentido, RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002, p. 551.

<sup>371</sup> “Por mais difícil e complexa que seja a tentativa de sua definição, existem critérios pontuais a classificar um instrumento com *soft law*. Dentre muitos, poder-se-ia entender que, para assim ser classificado, um instituto não poderia ser tido necessariamente como vinculante, nem pode ser qualificado como acordo segundo as regras de Direito Internacional. Da mesma forma, deve dispor de legitimidade perante a comunidade internacional e, de modo algum, ser tido como inválido”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance: direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53).

<sup>372</sup> CHINKIN, Christiane. Normative development in the International legal system. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 41.

<sup>373</sup> SIEBER, Ulrich. Los factores que guían la armonización del derecho penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille et al (Eds.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 514.

suas disposições, desde que seus fins, seu caráter vinculante e mecanismos de aplicação não sejam prejudicados<sup>374</sup>.

Após analisar o uso de instrumentos de *soft law* como ferramenta de harmonização do Direito Penal em diversos como a questão do cyber espaço, prevenção à corrupção, dentro outros, Mark Pieth tenta responder à indagação sobre qual é a sua efetividade, e conclui que apesar de aparentes problemas referentes à legitimidade “gracias al uso del soft-law, los grupos de presión y la contribución de actores a medio camino entre lo público y lo privado (co-regulación) y los nuevos actores distintos a los Estados-nación, son mucho más dinámicos”<sup>375</sup>.

Mas em relação à instrumentos de *soft law* que tratam de Direito Penal, em especial as normas acima apontadas que tratam de acordo de leniência, seriam elas fonte de Direito Penal<sup>376</sup>?

#### 4.4 *Soft law* como instrumentos de política criminal

Como se verificou até o presente momento, a governança do Direito Internacional Penal possui características singulares e as teorias e estudos que tratam tanto das normas e o *compliance* quanto as normas de Direito Internacional Penal não encontram correspondência ampla com as teorias que abordam tais perspectivas em relação à outras esferas do direito. Segundo Juan Pablo Montiel:

“Vemos, por tanto, que ni el Derecho penal ni el Derecho internacional público están dotados de herramientas idóneas para cubrir adecuadamente las necesidades del DPI. En este sentido, el DPI no es ni Derecho penal nacional internacionalizado, ni Derecho internacional público punitivo. En realidad, estamos frente a un ordenamiento jurídico con características especiales, que necesita tomar elementos de ambos ordenamientos, aunque configurando sus propias reglas. Por esta razón – y retomando aquí el tema central de esta contribución –, el sistema de fuentes del DPI no debe verse

<sup>374</sup> Op. cit., p. 518.

<sup>375</sup> PIETH, Mark. Los actores del cambio. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 478.

<sup>375</sup> Op. cit., p. 424-425.

<sup>376</sup> “O Direito Internacional atualmente compreende uma safra complexa de consuetudinário, positivado, declarativa e *soft* normas. A partir desta perspectiva, traçar uma distinção formal entre obrigações *hard* e *soft* é menos importante do que compreender os processos de se trabalhar com seus ambiente de produção e produtos”. (CHINKIN, Christiane. Normative development in the International legal system. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, p. 23).



condonado por las reglas jurídico-penales internas que admiten exclusivamente fuentes escritas, ni tampoco por lo dispuesto por el art. 38 ECIJ<sup>377</sup>.

Dentro desse contexto *sui generis* e do que foi discorrido, fontes de *soft law* não são normas imediatas de Direito Penal. Normalmente trata-se de recomendações (*lato sensu*) de tipificações e/ou modelos normativos. Por si só não são fontes aptas a serem aplicadas por qualquer juiz, ou seja, não podem ser concretizadas sem que ocorra sua internalização não importando se se está diante de um modelo de *civil law* ou de *common law*.

Para serem eficazes, necessitam de: (i) incorporação aos ordenamentos jurídicos dos Estados, de acordo com o princípio da legalidade, adaptando-se ao sistema legal local levando-se em consideração as características históricas e culturais<sup>378</sup> do ordenamento doméstico; (ii) a partir de uma decisão racional interna política de um determinado Estado, incorporação plena, limitada ou com ressalvas do instrumento de *soft law*.

*Soft law* também pode ser fonte secundária de Direito Internacional, incluindo-se o Direito Internacional Penal. Caso se obtenha um alto grau de *compliance* com normas de *soft law*, elas podem dar ensejo à instrumentos de *hard law*. Seus conteúdos podem tanto ser adaptados pelos organismos internacionais em convenções e/ou tratados por um lado e, por outros, a prática internacional reiterada de instrumentos de *soft law* pode comprovar o elemento de *opinio juris* para o direito consuetudinário, mesmo no âmbito criminal.

---

<sup>377</sup> MONTIEL, Juan Pablo. La "mala costumbre" de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional. In: MONTIEL, Juan Pablo (Ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madri: Marcial Pons, 2012, p. 429.

<sup>378</sup> "Para tratar las causas y condiciones de la armonización penal, el siguiente análisis del hecho de que, tradicionalmente, el Derecho penal se estableció de forma autónoma por los Estados nacionales, circunstancia que se verificaba en razón de la *soberanía territorial del estado nación*. Incluso hoy, el ejercicio de la soberanía y de la autoridad estatal es una razón primordial del interés de los Estados nacionales en la regulación de Derecho penal sustantivo y procesal y también, en gran medida, en la creación de instituciones nacionales de jurisdicción penal. Normas nacionales de Derecho penal pueden también justificarse afirmando que son necesarias para proteger los atributos culturales distintivos del acervo jurídico de una nación. Esto es importante, puesto que las características históricas, culturales y económicas de los Estados nacionales son a menudo las causas fundamentales de las diferencias entre los distintos sistemas legales nacionales. Si el Derecho penal no respeta las diferencias culturales y económicas profundamente arraigadas, los ciudadanos pueden ser reacios a aceptar disposiciones penales individuales". (SIEBER, Ulrich. Los factores que guían la armonización del derecho penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille et al (Eds.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 483-484).

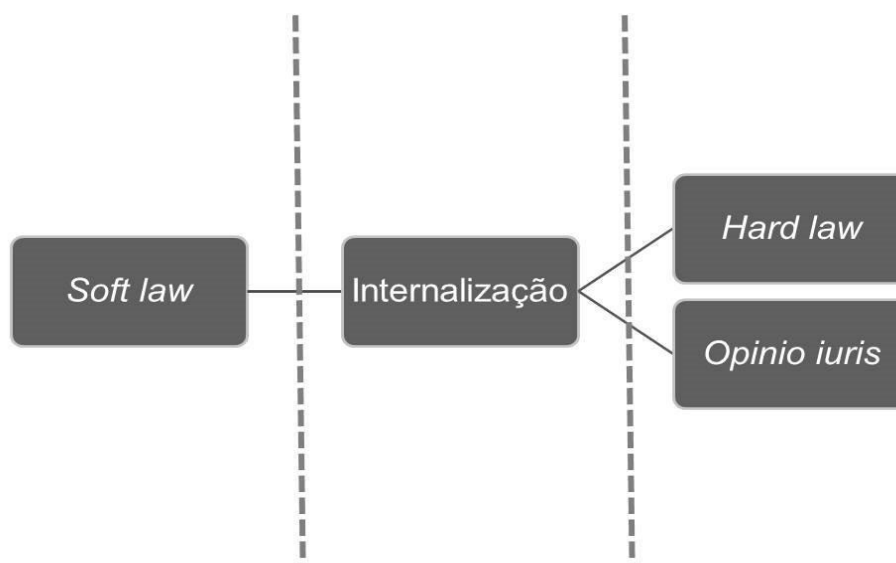


Diagrama 1 - versatilidade do *soft law*

Nota-se, na prática, que há adaptação na internalização de normas de *soft law* aos ordenamentos nacionais, como se apontou no item 2 do presente capítulo. Verificamos que existem diversos tipos de regimes que tratam de coibição e práticas de combate ao antitruste, que: (i) podem ou não prever sanções restritivas de liberdade, apesar desse tipo de pena ser o recomendado de organismos internacionais como fator a estimular a adesão à programas de leniência<sup>379</sup>; (ii) variar em relação ao grau de imunidade garantida ao candidato à leniência (se total ou parcial); (iii) alguns ordenamentos permitem a imunidade aos lenientes que não sejam os primeiros a comunicarem a infração às autoridades; (iv) outros vedam a aplicação de programas de leniências aos líderes de cartéis. Ou seja, na prática, a internalização de instrumentos de *soft law*, no tocante ao acordo de leniência, se adapta tanto à estrutura do ordenamento jurídico local quanto ao interesse político nacional quanto ao seu uso.

<sup>379</sup> “O risco da responsabilização individual pode ser um motivador perigoso. A oportunidade de se evitar a responsabilização individual ou a sanção penal pode ser um fator significativo para encorajar uma cooperação desde cedo” (OCDE. *Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean*, p. 25. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835329.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016). No mesmo sentido, “Enquanto o Direito penal pode impor penas substanciais à empresas, sanções à indivíduos e mais, ele também serve como um reflexo do julgamento social em relação à conduta imprópria. Assim, o Direito penal reveste os programas de leniência com uma vantagem adicional pois as penas podem incluir o aprisionamento para indivíduos. A persecução criminal, porém, impõe custos e constrangimentos mais altos. Quanto mais se necessita de provas para comprovar a alegação maior é a demanda por mais recursos. Se os crimes estão sob a jurisdição de outra agência, coordenação e prioridades precisam ser desenvolvidas entre a autoridade criminal e as autoridades antitruste”. in *Competition Guidelines: Leniency Programmes*, UNCTAD, 2016, p. 2 <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2016d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2016d3_en.pdf)>, Acesso em: 20 dez. 2016 – Tradução livre.

Assim, esses novos atores e normas que “transcendem as fronteiras territoriais, e no sentido de que a política criminal (ao menos em nível retórico) estão sendo transportadas – exportadas e importadas – pelo mundo”<sup>380</sup>.

Logo, principalmente em relação aos instrumentos de *soft law*, apesar de se sustentar comumente que a justiça, a igualdade, a transparência jurídica e a eficiência são os fins da harmonização do Direito Penal<sup>381</sup>. São normas que tem por fim sugerir uma política criminal no plano internacional, como normas de aplicação mediata.

#### 4.4.1 Política criminal internacional

De acordo com Baratta, conceituar política criminal é uma tarefa complexa<sup>382</sup>. Se por um lado sua finalidade é a de controlar a criminalidade e as consequências do crime, há uma imensa dificuldade em determinar seus instrumentos, pois são ou não são instrumentos criminais. Ademais, é muito fácil confundir a política criminal com políticas correlatas a política social, econômica e urbanística, já que as relações sociais na sociedade contemporânea são permeadas por todas essas políticas de forma concomitante<sup>383</sup>.

A conceituação de uma política criminal internacional mostra uma dificuldade exponencial, já que nela deve haver a intersecção das políticas criminais e das demais políticas de cada ator (cada um com seu campo e poder de influência) que faz parte da complexa governança da sociedade internacional contemporânea com os atores de um determinado Estado. Dentro desse contexto, respostas ao fenômeno criminal por meio do conjunto dos procedimentos advindas da organização do corpo social<sup>384</sup> tomam uma proporção muito maior, sendo que tais respostas devem abarcar interesses muito mais antagônicos no âmbito internacional que local.

---

<sup>380</sup> CRAWFORD, Adam. International and comparative criminal justice and urban governance. In: CRAWFORD, Adam (Ed.). *International and comparative criminal justice and urban governance: convergence and divergence in global, national and local settings*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011, p. 6.

<sup>381</sup> VOGEL, Joachim. Por un código penal europeo. *Iter Criminis*: revista de ciencias penales, México, n. 9, p. 321, jan./mar. 2004.

<sup>382</sup> BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 57, 1997.

<sup>383</sup> Op. cit., p. 58.

<sup>384</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004, p. 3.

Das propostas que emergem de organismos internacionais e do setor privado organizado relacionadas ao Direito Penal - em especial advindas das avaliações de mecanismos criminais internacionais ou locais já existentes - surgem “princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação”<sup>385</sup> tanto mundial quanto local que, como vimos acima, são instrumentos de *soft law*.

Rui Carlos Dissenha, em sua tese de doutorado, buscou conceituar uma política criminal universal tendo como fim a repressão e o respeito aos direitos humanos em relação aos delitos sob jurisdição das cores internacionais, concluindo que as decisões políticas-criminais no âmbito internacional são mais políticas que científicas<sup>386</sup>:

“Essa política criminal universal, porque criada no contexto de organismos onde a manifestação política é ampla e irrestrita, permite a constituição do que KOSQENNIEMI chamou de ‘democracia radical’, de fato, no plano das relações internacionais e, especialmente, do Direito Internacional, o bom caminho passa, sempre, por uma ampla democratização do debate. Afinal, se o Direito Internacional é político e se é impossível escapar dessa dimensão política, o importante é que se permita a universalização das discussões sobre as questões internacionais para que, ao vencer uma posição política específica, ela tenha sido amplamente debatida de forma a não ensejar qualquer espécie de exclusão ou polarização de debates”<sup>387</sup>.

Na política criminal internacional, nota-se nota elementos racionais, como eficientes instrumentos de avaliação sobre a eficácia das normas incorporadas aos ordenamentos jurídicos estatais, que por sua vez implicam em rápidas alterações tanto legais ou organizacionais, como remonta a concepção de Franz V. Liszt, mencionada por Roxin<sup>388</sup>. E, para o contexto do *compliance* com normas de Direito Internacional Penal, o princípio da legalidade é uma ferramenta de suma importância, que garante, apesar das críticas vistas no

<sup>385</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004, p. 34.

<sup>386</sup> Conceituação semelhante a de Silva Sánchez “Así, se tiende a contraponer la «política criminal ilustrada - científica - (*aufgeklärte Kriminalpolitik*) y la política criminal real. La primera estaría comprometida con la observancia de los derechos humanos y los estándares del Estado de Derecho, a la vez que comprobaría según baremos racionales las condiciones reales de aplicación del Derecho penal y sus consecuencias. Sería «científica» en toda la extensión de la palabra. La segunda en cambio, se habría liberado de tales cadenas para iniciar una cruzada contra el mal (*Kampf gegen das Böse*). Sería, sin más, acientífica”. (Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, n. 9, p. 95-96, jan. 2002).

<sup>387</sup> DISSENHA, Rui Carlos. *Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 343.

<sup>388</sup> “À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado ‘Leviatã’”. (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 2-3).

capítulo anterior, legitimidade à norma internacional incorporada no ordenamento de cada Estado<sup>389</sup>.

#### 4.4.1 Características de política criminal internacional

De acordo com Ulrich Sieber<sup>390</sup>, a crescente influência de antigos e novos atores no desenvolvimento da política criminal internacional - juntamente com posições jurídicas comuns e interesses de segurança transnacionais – faz com que eles produzam normas, como instrumentos de *soft law*, aptas ao desenvolvimento de uma política-criminal internacional, que refletiria não somente os interesses estatais, mas também dos novos atores da governança internacional contemporânea. A harmonização, muitas vezes se dá pela forte influência de um Estado ou de um grupo de Estados com o interesse específico de obter algum benefício, realizando uma verdadeira exportação normativa de controle social que visa dar segurança às empresas e cidadãos do Estado exportados<sup>391</sup>.

Analisando o sistema da União Europeia, Joachim Vogel entende que a busca de uma isonomia dos ordenamentos não é o fim da harmonização, mas sim a garantia de “la construcción o el funcionamiento del mercado común”<sup>392</sup>, refletindo uma política que visa não criar refúgios de impunidade dentro dos países membros da comunidade europeia<sup>393</sup>. Tanto isso é verdade, que os objetos de tal política criminal são os tipos penais (parte especial). Os fins práticos e políticos desse processo seriam duvidosa legitimidade<sup>394</sup>, já que busca tanto consolidar o poder da Comunidade e da União frente aos Estados quanto impor interesses de determinados Estados membros sobre os demais.

Partindo do âmbito europeu para o internacional, Vogel aponta que essa política-criminal resultaria em uma americanização do Direito Penal em razão dos Estados Unidos

---

<sup>389</sup> “De maneira análoga deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intocadas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas – que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito. O próprio princípio *nullum-crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; através disto, torna-se ele um significativo instrumento de regulação social”. (Op. cit., p. 14-15).

<sup>390</sup> SIEBER, Ulrich. Los factores que guían la armonización del derecho penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille et al (Eds.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 497.

<sup>391</sup> Op. cit., p. 500-501.

<sup>392</sup> VOGEL, Joachim. Por un código penal europeo. *Iter Criminis*: revista de ciencias penales, México, n. 9, p. 321-322, jan./mar. 2004.

<sup>393</sup> Op. cit., p. 324.

<sup>394</sup> Op. cit., p. 325.

ser o país mais poderoso do mundo, seu ordenamento possuir grande influência nos instrumentos internacionais e, conseqüentemente, nos demais ordenamentos nacionais, e nas próprias políticas criminais de organismos internacionais<sup>395</sup>.

O entendimento de que a harmonização do Direito Penal se trata de uma expansão de valores da política-criminal norte americana também é analisado por Adán Nieto Martín, que aponta três hipóteses para tanto. A primeira se deve ao fato de que em diversas vezes se nota forte pressão dos Estados Unidos em relação ao resto da comunidade internacional para a adoção de determinados modelos normativos, visando fins econômicos, em especial instrumentos de Direito Penal Econômico<sup>396</sup>. A segunda hipótese é que essas novas estratégias de política criminal, como a da autorregulação e do forte incentivo de cooperação (verdadeiro dever), esvaziaria os poderes das autoridades dos países que adotam tais políticas<sup>397</sup>. A terceira hipótese é que as causas da americanização seriam tão complexas, que diversos atores da nova governança mundial, como a OCDE, ONU, Banco Mundial etc., bem como o próprio setor privados (v.g. empresas multinacionais) seriam os canais para a universalização de modelos normativos norte-americanos<sup>398</sup>.

Assim, políticas criminais internacionais, assim como locais, não estão imunes às críticas em relação à influência e poder exercidos por determinados atores em suas configurações.

#### 4.5 Conclusões parciais

A governança internacional das normas que tratam do acordo de leniência é realizada por meio de instrumentos de *soft law* emanados por organismos internacionais de naturezas distintas como OCDE, UNTAD e ICN. Tais organizações além de recomendarem ou proporem modelos legislativos aos seus membros sobre a adoção de programas de leniência para o combate à cartéis, também são responsáveis pela avaliação de tais programas, revisando constantemente suas proposições.

---

<sup>395</sup> La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. *Revista Penal*. Valencia, n. 22, p. 161, jul. 2008.

<sup>396</sup> NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del derecho penal económico? In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 420-421.

<sup>397</sup> Op. cit., p. 424-425

<sup>398</sup> Op. cit., p. 426.

No tocante a adoção do programa de leniência, verificamos que todos os membros da OCDE internalizaram tal mecanismo de combate à cartéis em seus ordenamentos jurídicos, mas não de forma uniforme, ou seja, a adoção foi realizada considerando as estruturas internas de combate à cartéis que, muitas vezes não preveem o uso de sanções criminais, apesar de recomendações internacionais nesse sentido.

Essas recomendações e modelos legais são classificados como instrumentos de *soft law*, que são normas emanadas por organismos internacionais sem caráter vinculante, mas que, apesar disso, possui bons níveis de *compliance* por parte dos Estados.

Assim como outras normas de Direito Internacional, a forma de avaliar o *compliance* com normas de *soft law* é verificar se tais instrumentos foram internalizados nos ordenamentos jurídicos dos Estados, em atenção ao princípio da legalidade. Além disso, se o nível de *compliance* em relação à instrumentos de *soft law* é significativo, elas podem se transformar em instrumentos internacionais de *hard law* quando: (i) são convertidos em tratados e convenções; ou (ii) são aptos a formar o *opinio iuris* do Direito Consuetudinário Internacional.

Como instrumentos de *soft law* não são aptos a produzirem efeitos jurídicos sem a internalização nos ordenamentos jurídicos nacionais, ou seja, são normas de efeito mediato, podem ser classificados como importantes ferramentas de política criminal internacional, pois resultam em harmonização legislativa.

Se por um lado, a influência política na política criminal internacional é muito forte, por outro, o respeito ao princípio da legalidade no momento do Estado incorporar dispositivos jurídicos advindo de políticas criminais internacionais lhe dá garantias jurídica e legitimidade especial.

## 5. A ADEQUAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO POLÍTICA CRIMINAL

Como se viu no capítulo anterior: (i) existem instrumentos de *soft law* emanados por distintos organismos internacionais que recomendam o uso do acordo de leniência para o combate a cartéis, sendo considerados instrumentos de política criminal internacional; e (ii) que a internalização de tais instrumentos normativos, nos ordenamentos jurídicos dos Estados, resulta em uma harmonização internacional de tais recomendações.

Durante o processo de internalização, as normas de *soft law* acabam se adaptando, tanto para atender aos interesses políticos internos e externos de cada Estado, quanto para se adequarem formal e materialmente ao próprio ordenamento jurídico nacional, pois, caso contrário, não seriam dotadas de válida legal. Assim, cada Estado possui legislação e órgãos próprios para investigação e persecução em relação às infrações de cartéis e para a celebração de acordos de leniência.

Porém, será que o acordo de leniência é eficaz para o combate à cartéis internacionais?

### 5.1 O acordo de leniência

#### 5.1.1 Origens



O acordo de leniência teve origem na década de 1978, nos Estados Unidos da América<sup>399</sup> sob a denominação *Corporate leniency program*<sup>400</sup>. Permitia que qualquer integrante de cartel<sup>401</sup> celebrasse o acordo com a autoridade antitruste norte-americana, desde que: (i) fosse o primeiro componente do conluio a delatá-lo; e (ii) a delação ocorresse antes de iniciada qualquer investigação pelas autoridades sobre a infração. Caso elegível, o beneficiado poderia obter a *amnesty*<sup>402</sup> criminal<sup>403</sup> e administrativa de suas condutas, mas ainda estaria sujeito a ações de reparação pelos danos causados pelo cartel:

---

<sup>399</sup> “O direito antitruste norte-americano tem uma dupla significação para o Brasil: em 1º lugar, possui valor de natureza legal, o mesmo valor que teria para qualquer País que se dispusesse a legislar e executar uma lei antitruste. Esse valor provém do fato de que a legislação federal norte-americana, proibindo restrições da concorrência e monopólios, datada de 2 de julho de 1890, quando foi promulgado o Sherman Act, e que, desde então, esta lei foi aperfeiçoada e vigorosamente executada pelo Governo dos Estados Unidos da América. Durante esses anos, os tribunais e órgãos dos Estados Unidos tinham a oportunidade de julgar milhares de casos baseados na legislação antitruste e os juristas, de escrever igual número de estudos doutrinários sobre o direito antitruste. Não há exagero em se dizer que a matéria jurídica, econômica e social sobre o direito antitruste norte-americano é de grande valia, não só para o Brasil como para o mundo todo. Essa matéria serve de arquivo da experiência antitruste e do pensamento baseado nesta experiência, de um País que, sob o regime de uma lei antitruste, cresceu e progrediu ao ponto em que os Estados Unidos se encontram hoje”. (SILVA, Vladimir Spíndola. O instituto da leniência no direito antitruste norte-americano. *Revista do IBRAC*, vol. 9, n. 1, p. 325-326, jan. 2002).

<sup>400</sup> BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência: moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. (GVLaw), p. 144; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 575; SALOMI, Maíra Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 138; OCDE, *2010 Latin American competition forum*, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2010%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

<sup>401</sup> Apesar do *Sherman Act* e o *Clayton Act* preverem sanções criminais para diversas condutas tidas concorrenciais, o Acordo de Leniência era tão somente utilizado em relação ao combate de cartéis.

<sup>402</sup> Enquanto os Estados Unidos utilizam o termo “*amnesty*” (anistia), a União Europeia adota o termo “*immunity*” (imunidade). O Brasil utiliza o termo “extinção”, muito provavelmente em razão da existência em nosso ordenamento do termo “extinção da punibilidade”.

<sup>403</sup> “A maioria dos países tutela o antitruste como assunto cível ou administrativo e não impõem sanções criminais. A exceção histórica para tal regra são os Estados Unidos, que possui uma persecução agressiva contra cartéis e impõe penas de prisão substanciais para os líderes dos cartéis. Outras poucas jurisdições adotaram sanções criminais ao passar do tempo e, mais recentemente, a ferramenta ganhou popularidade. Jurisdições que sancionam criminalmente cartéis incluem Austrália, Áustria, Brasil, Canadá, Dinamarca, Alemanha (apenas durante licitações), Hungria (também somente em licitações), Irlanda, Israel, Japão, Holanda, Reino Unido e Estados Unidos”. (FOX, Eleanor; CRANE, Daniel. *Global issues in antitrust and competition law*. Estados Unidos: West, 2010, p. 444. Tradução livre). Os autores continuam expondo a existência três razões para o uso de sanções de natureza criminal para coibir cartéis: (i) as empresas e seus meros precisam ter a percepção que as penas para o cartel são mais drásticas que seus benefícios; (ii) os danos sociais e econômicos causados pela prática de cartéis é muito alto, deixando economias vulneráveis e ineficientes, prejudica consumidores em detrimento de altos bônus aos executivos das empresas que pertencem ao cartel; e (iii) seria a forma mais eficiente de garantir que os indivíduos membros do cartel sejam sancionados, pois normalmente as multas impostas os indivíduos são pagas pelas empresas que trabalham. Concluem os autores que, se por um lado existem poucas dúvidas de que a previsão e penas criminais aumenta a efetividade do combate aos cartéis, por outro deve se perguntar se “é justo impor sanções criminais para acordos comerciais não fraudulentos e sem coerção que continuam sendo considerados legais em muitas partes do mundo?” (Op. cit., p. 445-446. Tradução livre).

“A forma original das normas de leniência (ou anistia) para empresas, adotada pelo Departamento de Justiça, consistia na discricionariedade da Divisão Antitruste em anistiar a participação daquela empresa que viesse à autoridade governamental com a prova de alguma violação à lei antitruste, antes que a Divisão houvesse iniciado sua investigação, isto é, que trouxesse evidências às autoridades antes que as mesmas soubessem da existência de tal violação”<sup>404</sup>.

Essa anistia tinha uma razão prática de política criminal.

Desde a criminalização federal de cartéis<sup>405</sup> nos Estados Unidos, sua investigação e consequente persecução e condenação sempre foram muito dificultosas. Os procedimentos até então existentes eram baseadas no poder de investigação das autoridades concorrenciais e não demonstraram ser uma política criminal apta para coibir a conduta.

Tal falha se dava em razão do conhecimento sobre a ilegalidade da conduta pelos membros do cartel<sup>406</sup>, que normalmente operam em segredo, utilizando táticas que dificultem sua detecção, mantendo a ocultação, e, assim, evitando o descobrimento. Dessa forma, autoridades antitrustes enfrentavam diversos obstáculos para detectar e punir cartéis considerando-se os métodos tradicionais fontes de informação que se baseiam em: (i) observações de anomalias de mercado; (ii) queixas de consumidores ou de concorrentes; que não são eficientes para obtenção de provas suficientes para eventual condenação.

Em paralelo, como veremos mais detalhadamente adiante, os vínculos associativos entre os membros de um cartel não são fortes; são instáveis. Sempre há oportunidade de que um determinado membro se beneficie, caso não siga os acordos firmados com os demais concorrentes; empresas com maior poder econômico realizam acordos em detrimentos de seus concorrentes menores, o que seria um incentivo para que o concorrente mais fraco celebre o acordo de leniência.

---

<sup>404</sup> SILVA, Vladimir Spíndola. O instituto da leniência no direito antitruste norte-americano. *Revista do IBRAC*, v. 9, n. 1, p. 326, jan. 2002.

<sup>405</sup> Até por isso o acordo de leniência aplica-se tão somente nos Estados Unidos exclusivamente à cartéis, não abarcado as demais infrações, inclusive criminais contra a concorrência, como as previstas no *Sherman Act* e *Clayton Act*.

<sup>406</sup> OCDE, 2010 *Latin American competition forum*, 2010 <  
<http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2010%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>  
>, Acesso em: 12 de novembro de 2016.

Logo, em razão dessa prática delituosa normalmente não acontecer publicamente<sup>407</sup>, mas em âmbitos privados e restritos, o acordo de leniência encontra sua justificativa tanto na dificuldade de obtenção de provas acerca do acordo econômico celebrado pelos concorrentes que detêm poder em um mercado relevante, quanto pela instabilidade decorrente do acordo entre os concorrentes<sup>408</sup>.

Mas o programa, em sua concepção original, não obteve muito sucesso<sup>409</sup>. Inicialmente, ele era focado na adesão de empresas, únicas que poderiam receber imunidade total em relação às sanções. Aos indivíduos caberia uma redução de penas, o que seria um contrassenso, pois o *Sherman Act*, de 1890, é centrado na responsabilização conjunta corporativa e individual dos que cometem o crime de cartel<sup>410</sup>, sendo que a sanção criminal é imposta somente aos indivíduos.

---

<sup>407</sup> “[...] um dos maiores entraves que se opõe à punição dos cartéis é justamente a identificação e prova da referida conduta. O cartel sempre é realizado ‘às escuras’ pelas empresas participantes, por meio de reuniões secretas sem a redação de atas, e-mails, anônimos e criptografados, ligações de telefones públicos, dentre outros meios utilizados para impedir a descoberta e caracterização da prática concertada”. (CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a lei 11.482/2007. *Revista do IBRAC*, v. 15, n. 4, 2008, p. 48). De acordo com Calixto Salomão Filho: “Portanto, prova importante é a existência de convergência expressa, verbal ou escrita. De vontades, e não formas como essas vontades se expressam. Daí a razão da – por vezes caricatural – busca de provas fáticas de concerto de intenções em direito concorrencial, como encontros furtivos ou ciosas do gênero”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 264-265).

<sup>408</sup> “O cartel é um acordo muito instável entre as empresas participantes, uma vez que os agentes econômicos, a fim de aumentar os lucros, acumulando, assim, riqueza tendem naturalmente a traí-lo e, conseqüentemente, vendem os seus produtos ou os seus serviços mais baratos do que foram pactuados entre eles, reiniciando a concorrência que fora interrompida pelo acordo horizontal firmado” (CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a lei 11.482/2007. *Revista do IBRAC*, v. 15, n. 4, 2008, p. 49). No mesmo sentido “[...] procura-se aproveitar a fragilidade interna dos cartéis, que internamente são uma forma de organização instável e eivada de desconfiança entre os participantes. Pode-se falar numa trégua entre os participantes, que cessam de concorrer, mas não propriamente de uma aliança estável” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 306). Esse fator é a grande diferenciação entre o crime de cartel e as outras infrações que podem ser objeto de Direito Premial, ou seja, os membros do cartel possuem um incentivo a mais ao se candidatarem para a leniência.

<sup>409</sup> “Os Estados Unidos foram o primeiro país a adotar programas de leniência em matéria antitruste, em 1978. Por certo período, a média foi de um acordo por ano”. (RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, v. 96, n. 862, p. 24, ago. 2007).

<sup>410</sup> Destaca-se as duas primeiras seções do *Sherman Act* “Sessão 1 - Todo contrato, combinação na forma de truste ou outra forma, ou associação, para restringir o comércio entre os diversos Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal. Qualquer pessoa que faça qualquer contrato ou compromisso em qualquer combinação aqui declarados como ilegal deve ser considerada culpada por crime e, sua condenação, deverá ser sancionada com uma multa não superior a 10 milhões se empresa e, se individual 350 mil ou por prisão que não pode ultrapassar três anos, ou pelas duas sanções, de acordo com o entendimento da corte. Sessão 2 qualquer pessoa que monopolize, ou tente monopolizar, ou combine ou se associe com outra pessoa ou pessoas, para monopolizar qualquer parte do comércio entre os Estados, ou nação estrangeira, será considerado culpado por crime, e, se condenado, será punido por uma pena não superior a 10 milhões se empresa, ou, se indivíduo em 350 mil, ou por prisão que não exceda a três anos o por ambas sanções, de acordo com o entendimento da corte” (Disponível em <<https://www.justice.gov/atr/antitrust-laws-and-you>>, acesso em 15 nov. 2016 – Tradução livre)

Também carecia de segurança jurídica. A discricionariedade que a Divisão Antitruste possui para anistiar as empresas, em especial a ausência de parâmetros (*guidelines*) sobre as evidências que o candidato precisaria entregar para a comprovação do cartel<sup>411</sup>, em conjunto com a “falta de previsibilidade das vantagens que a empresa auferiria ao denunciar o cartel”<sup>412</sup> eram as causas de tal insegurança. Assim,

“A principal característica desse programa, paradoxalmente, punha em risco sua eficácia: a discricionariedade e o subjetivismo adotados pelo Departamento de Justiça norte-americano ao analisar o cabimento da anistia. Não havia, naquela época, condições de o delator prever as eventuais vantagens ou desvantagens advindas da cooperação, configurando verdadeiro desestímulo à sua adesão”<sup>413</sup>.

A busca pelo acordo de leniência pelos membros de cartéis só teve um real sucesso após uma reforma legal que visou a correção dos problemas anteriores, garantindo aos candidatos maior segurança jurídica e clareza<sup>414</sup> de seus deveres e benefícios, bem como garantindo anistia total também aos indivíduos<sup>415</sup>, com as edições do *Corporate Leniency Policy* (1993) e do *Individual Leniency Policy* (1994)<sup>416</sup>.

<sup>411</sup> RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, v. 96, n. 862, p. 23, ago. 2007.

<sup>412</sup> CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a lei 11.482/2007. *Revista do IBRAC*, v. 15, n. 4, 2008, p. 61.

<sup>413</sup> BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência: moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. (GVLaw), p. 144.

<sup>414</sup> “Transparência/previsibilidade: é universalmente reconhecido que a transparência em relação às condições associadas à leniência, bem como a previsibilidade quanto à forma como qualquer descrição será exercida pela autoridade antitruste são fundamentais para o sucesso de qualquer política de leniência” (Global Leniency Manual 2010, Editado por Samantha Mobley e Ross Denton, Nova Iorque: Oxford, 2010); ‘Clareza, certeza, e prioridade são críticos, porque há mais chances das empresas procurarem se as circunstâncias e os benefícios forem claros. Para maximizar o incentivo à deserção e incentivar os cartéis a quebrarem mais rapidamente, é importante não apenas que o primeiro a confessar receba o “melhor negócio”, mas também que os termos do negócio sejam tão claros quanto possível no início’”. (OCDE – *Fighting hard core cartels: harm, Effective sanctions and Leniency Programs*, 2002, p. 8, Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 15 de nov. de 2016. Tradução livre)

<sup>415</sup> “No que diz respeito aos indivíduos, o objetivo mais importante das normas de leniência para empresas é estimular tantos empregados quanto possível a se apresentarem, juntamente com a empresa, e a prestarem colaboração total à Divisão. Dessa forma, a intenção das autoridades é assegurar também a esses empregados que lhes será oferecida alguma forma de proteção contra acusação criminal posterior. Os funcionários que, tecnicamente, não cometeram nenhum crime não estarão protegidos pelas normas de leniência, até porque não há razão em lhes conceder anistia. A preocupação da Divisão Antitruste é, portanto, dar garantias apropriadas a todos os funcionários que colaborarem – aos que precisam e aos que não precisam de leniência – fazendo um compromisso de não-acusação com todos os diretores, altos executivos e demais empregados da empresa que colaborarem com as autoridades”. (SILVA, Vladimir Spíndola. O instituto da leniência no direito antitruste norte-americano. *Revista do IBRAC*, v. 9, n. 1, p. 331, jan. 2002).

<sup>416</sup> Informações obtidas em <<https://www.justice.gov/atr/leniency-program>> Acesso em: 16 de novembro de 2016.

O *Corporate Leniency Policy* instituiu concessão automática da *amnesty* à empresa mediante o cumprimento de seis requisitos: (i) ineditismo dos fatos a serem denunciados; (ii) cessão da prática ilícita; (iii) cooperação total com as investigações; (iv) a participação no cartel deve envolver a própria empresa, não podendo envolver atos isolados de funcionários ou executivos da empresa; (v) indenização das partes lesadas; e (vi) não ter a empresa coagido outras empresas a participarem do cartel, bem como ser a líder do cartel<sup>417</sup>.

Além disso, diferentemente do texto legal de 1978, passou a ser possível a adesão ao programa mesmo que a investigação em relação ao cartel já tenha sido iniciada pelas autoridades antitruste<sup>418</sup>. Para tanto, além de cumprir os requisitos dispostos no parágrafo anterior, nessa situação: (i) a empresa também precisa que o órgão antitruste não tenha provas contra ela no momento da denúncia; e, (ii) existe um aspecto discricionário, já que a Divisão Antitruste precisa verificar se a concessão do benefício seria injusta com os demais membros do cartel, bem como analisar a participação do candidato à leniência no cartel. Sobre esse último requisito, Spíndola discorre que as autoridades ponderarão:

“[...] essencialmente: quão logo a empresa procurou as autoridades e se coagiu outra empresa a participar na atividade ilegal ou se, claramente, não iniciou ou liderou a atividade criminosa. O ônus de satisfazer tal condição será pequeno se a empresa se apresentar antes que a Divisão tenha começado a investigar a atividade ilegal. Por outro lado, o ônus aumentará na proporção da aproximação da Divisão de evidência que provavelmente resulte em condenação”<sup>419</sup>.

Por sua vez, o *Individual Leniency Policy*<sup>420</sup> inovou ao permitir que pessoas físicas se candidatassem ao programa de leniência de forma não institucional ou, seja, independentemente se a empresa que dirigiu ou trabalhou candidatar-se ao acordo. Ou seja, expandiu a possibilidade para que os indivíduos que participaram ou participam do cartel

<sup>417</sup> SILVA, Vladimir Spíndola. O instituto da leniência no direito antitruste norte-americano. *Revista do IBRAC*, v. 9, n. 1, p. 329, jan. 2002.

<sup>418</sup> “Se uma parte não se qualifica para a *amnesty*, ela pode ainda procurar um tipo adicional de *amnesty* – uma redução e suas penas. No caso de uma empresa, isso significa multas mais amenas e no caso dos indivíduos, uma redução em suas penas privativas de liberdade. Esse tipo de redução para a multa é possível em troca de ‘assistência substancial’ com a investigação sobre o cartel em desenvolvimento. Também no *amnesty program* também há o incentivo de colaborar cedo, já que a redução da pena diminui à medida que o candidato demore para começar a colaborar”. (FOX, Eleanor; CRANE, Daniel. *Global issues in antitrust and competition law*. Estados Unidos: West, 2010, p. 446).

<sup>419</sup> Op. cit., p. 330.

<sup>420</sup> Sendo que esse tipo de leniência individual se assemelha muito ao sistema de *whistleblowing*: “Desde meados do século XIX muitas normativas, além das norte-americanas, fazem referência ao fenômeno do *whistle-blowing*, entendidos como atos de delação visando a ou proteção ante possíveis sanções, até recompensas econômicas das mais diversas”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance: direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 150-151).

conseguissem *amnesty* para suas condutas, mesmo que a empresa fosse contra eventual postura colaborativa<sup>421</sup>. Os requisitos para esta *amnesty* especial são: (i) a Divisão Antitruste não ter informações sobre a infração a ser delatada; (ii) que o candidato admita os ilícitos com plenitude e franqueza e coopere com as investigações; e, (iii) que o indivíduo não tenha coagido outras empresas à aderirem ou cartel e não tenha exercido papel de liderança nele<sup>422</sup>. Caso o indivíduo não se qualificasse para o acordo de leniência, as autoridades antitrustes, de forma discricionária, ainda poderiam ofertar um tipo de imunidade informal<sup>423</sup>.

Assim, pode-se concluir que essas novas medidas estimularam a realização do acordo de leniência por parte dos membros de cartéis. Por um lado, aumentaram as possibilidades de adesão. Por outro garantiram maior previsibilidade sobre as vantagens ao aderirem aos termos do acordo. Os benefícios passaram a ser gozados de forma automática, desde que cumprido os requisitos, não dependendo mais de uma decisão discricionária, garantindo a *amnesty* para as multas e das sanções criminais para os candidatos<sup>424</sup>.

Posteriormente, em 1999, ampliou-se ainda mais as possibilidades de cooperação por meio da *amnesty extra*, que no Brasil é denominada de leniência *plus*. Esse tipo de *amnesty* garante à “empresa que esteja colaborando na investigação de um determinado cartel, por exemplo, e que identifique e delate a existência de um outro cartel sem investigação preexistente pelas autoridades norte-americanas”<sup>425</sup>. Trata-se de um outro instrumento de política-criminal que incentiva empresas já consideradas suspeitas durante uma investigação de cartel, permitindo-a obter a *amnesty* caso denuncie um cartel existente em outro mercado que não esteja sob investigação. Sendo a primeira a denunciar esse novo cartel, ela cumpre os requisitos para a leniência (imunidade total) que, neste caso específico se aplica para o

---

<sup>421</sup> “Se a empresa não estiver habilitada a receber anistia – conforme os requisitos da leniência antes do início de uma investigação – os diretores, altos executivos e funcionários que se apresentarem junto com a empresa terão os mesmos direitos à imunidade de acusação criminal como se tivessem se dirigido, individualmente, à Divisão”. (Op. cit., p. 331).

<sup>422</sup> SALOMI, Maíra Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 141.

<sup>423</sup> Op. cit., p. 141.

<sup>424</sup> CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a lei 11.482/2007. *Revista do IBRAC*, v. 15, n. 4, 2008, p. 61.

<sup>425</sup> SILVA, Vladimir Spíndola. O instituto da leniência no direito antitruste norte-americano. *Revista do IBRAC*, v. 9, n. 1, p. 332, jan. 2002.

novo cartel denunciado<sup>426</sup>. No tocante ao cartel em que está sendo investigada, lhe é garantida uma redução das penalidades<sup>427</sup>.

A nova legislação norte-americana se mostrou muito bem-sucedida. Utilizando um modelo que conjuga a possibilidade de aplicação de penalidades severas tanto para empresas quanto indivíduos - temor de punição<sup>428</sup> - com transparência e segurança na atuação das autoridades antitruste. Nas palavras de Maira Beauchamp Salomi, o sucesso do modelo norte-americano “tem como pressuposto que os riscos envolvidos na formação e atuação do cartel precisam ser maiores que os eventuais benefícios econômicos das condutas ilícitas intentadas ou consumadas”<sup>429</sup>. As estatísticas também demonstram o sucesso do programa:

“O programa mostrou-se fundamental no combate a cartéis nos Estados Unidos. De 1997 a 2004, foram aplicadas multas que somam mais de US\$ 2,5 bilhões por práticas anticompetitivas, sendo que mais de 90% desse total tiveram o respaldo de informações obtidas via programa de leniência. Igualmente, dos mais de cinquenta processos que investigam cartéis internacionais, com atividades nos seis continentes, mais da metade deles foram iniciados ou beneficiados por informações recebidas via membro-delator do cartel”<sup>430</sup>.

### 5.1.2 Reflexos do sistema norte-americano

<sup>426</sup> “Há também a possibilidade da chamada anistia adicional (*amnesty plus*). As autoridades norte-americanas perceberam ser comum que uma empresa participante de um cartel em um mercado, fazia igualmente parte de outros cartéis. Em vista disso, de forma pró-ativa, passaram a oferecer acordos de leniência para empresas, já formalmente investigadas por práticas de cartéis, com relação a outros cartéis em distintos mercados de que também fossem partícipes. Assim, ainda que uma empresa não pudesse ser beneficiada com o perdão total da pena decorrente do primeiro cartel sob investigação, a prestação de informações em relação ao segundo cartel levaria ao afastamento de condenação no que se refere a este, além da redução da pena com relação ao primeiro (o plus). Se a empresa decidir não reportar o envolvimento em um eventual segundo cartel, ela assume o risco de que, caso o conchavo seja descoberto, as penalidades sejam muito maiores em razão da reincidência”. (RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, v. 96, n. 862, p. 24, ago. 2007).

<sup>427</sup> SALOMI, Maira Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 144.

<sup>428</sup> Sobre esse aspecto, é válido mencionar a crítica de Claus Roxin “El aspecto negativo se puede describir con él concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes”. Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feurbach. Ciertamente existe hoy unanimidad a cerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una ‘intimidación’ y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Políticossalmente hay de sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. 2. ed. alemã e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 2008, p. 91).

<sup>429</sup> SALOMI, Maira Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 143.

<sup>430</sup> RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, v. 96, n. 862, p. 25, ago. 2007.

Como vimos no capítulo anterior, por meio de recomendações de organismos internacionais, o modelo norte-americano, principalmente a partir do final de 2000 e no começo do século subsequente, influenciou diversos instrumentos normativos emanados por organismos internacionais (*soft law*)<sup>431</sup>.

As primeiras recomendações da OCDE replicam o modelo norte-americano. Desde seu primeiro instrumento sobre o acordo de leniência, *Using leniency to fight hard core cartels* de 2001, nota-se que suas recomendações são fundadas em quatro pilares<sup>432</sup>. O primeiro trata sobre as dificuldades em se investigar os cartéis, dispondo que “programas de leniência são necessários para a quebra do código de silêncio que envolve as atividades de cartéis hard core”<sup>433 e 434</sup>. O segundo trata da necessidade de se assegurar transparência e segurança jurídica, que resultam um melhor desempenho aos programas que possuem uma clara e confiável promessa ao primeiro infrator que colaborar. O terceiro é a conjunção entre os benefícios dos programas de leniências com a previsão de penas severas para as infrações anticoncorrenciais. O último é a obrigação de colaboração contínua que o candidato precisa ter durante as investigações da infração.

O mesmo espelhamento dos parâmetros adotados pela legislação norte-americana ocorre em relação às recomendações da OCDE em relação à adoção de regras sobre acordos de leniência *plus*. No relatório *Leniency for Subsequent Applicants* de 2012<sup>435</sup> é apontado que: (i) as jurisdições que adotaram o programa de leniência para o combate de cartéis *hard core* reconhecem as vantagens advindas da oferta de benefícios não somente ao primeiro

<sup>431</sup> “Já a União Européia só implantou o seu primeiro programa de leniência em 1996, denominado de Leniency Notice, esse programa, apesar de inspirado no modelo norte-americano, possui uma diferença em relação à concepção de imunidade, já que esta se traduz na garantia de imunidade civil total ou parcial, ou seja, na garantia da não aplicação ou redução da multa que, de alguma forma, possa ser imposta a uma empresa pelo seu envolvimento na prática de cartel”. (PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil: análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, p. 30).

<sup>432</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016. Tradução livre.

<sup>433</sup> Op. cit., p. 04.

<sup>434</sup> Mais recentemente no relatório “*Latin American Competition Forum, 2009*” a OCDE dispõe sobre as dificuldades atuais que revestem as atividades de cartéis em segredo. “Porém, como mencionado anteriormente, cartéis modernos cientes de sua ilicitude, operam em segredo e normalmente se engajam na elaboração de esforços para ocultar sua existência das autoridades. Eles utilizam linguagem codificada, telecomunicação encriptada, contas de e-mails anônimas e outras formas de se manterem em segredo”. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2009%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016. Tradução livre.

<sup>435</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/Leniencyforsubsequentapplicants2012.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2016.



candidato que denunciem cartéis, pois os candidatos subsequentes normalmente provêm mais evidências sobre toda a extensão do cartel; (ii) tais benefícios, variam de jurisdição em jurisdição, mas, em linhas gerais, seguem a lógica da leniência, incluindo a redução das multas administrativas e das penas restritivas de liberdade com base em critérios de valor e tempo aos beneficiados; (iii) os candidatos, para gozarem o benefício, também devem cooperarem de forma ampla, cessando a conduta e mantendo a confidencialidade da cooperação; e (iv) em razão das políticas de leniência não atuarem sozinhas, interagindo com outras políticas de direito premial<sup>436</sup>, deve existir uma calibração entre todos os esses instrumentos para otimizar os programas de leniência.

A UNCTAD, no relatório *The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries*<sup>437</sup>, também trata de quatro princípios básicos para que uma política de leniência tenha sucesso, inspirados no modelo paradigma dos Estados Unidos da América. São eles: (i) para terem incentivos com o fim de aderirem aos programas de leniência, os membros do cartel precisam ter uma percepção significativa de que eles podem ser detectados e punidos; (ii) as penas a serem aplicadas aos membros dos cartéis precisam ser significativas, sendo que as sanções ao primeiro candidato à leniência devem ser atenuadas em relação aos candidatos subsequentes; (iii) é necessário que os programas de leniência sejam transparentes e previsíveis sobre o tratamento que os candidatos à leniência receberão; e (iv) para atrair

---

<sup>436</sup> “[...] as normas premiaias encontram no quadro penal terreno propício ao seu desenvolvimento, assumindo particular relevo tanto pelo seu significado complementar, como, principalmente, pelo reforço que permitem infundir na eficácia preceptiva do sistema de delitos e sanções, ao menos pelo aspecto de incentivo geral e especial. É possível perceber como a ratio penal-premial abarca certo relativismo ao conjugar sanção negativa com o prêmio pela conduta pós-delitiva, o que se esbate com a concepção retribucionista clássica ou absolutista da pena, em relação à qual a reprimenda penal expressaria uma exigência e, por conseguinte, um valor inconciliável com a ideia do mal menor.

A noção de prêmio não é expressão de um valor moral positivo, mas, sim, o reflexo, de um objetivo político-criminal; desse modo não responde a uma racionalidade concernente ao valor, mas uma racionalidade relativa ao propósito. A escolha de campo feita pelo colaborador e que interessa em concreto à investigação é aquela que produz efeitos práticos no plano de esclarecimento dos fatos apurados e não que eventualmente possa se operar no aspecto valorativo de abandono da organização criminal em prol dos valores jurídicos estatais, motivo pelo qual o termo mais apropriado para designá-lo seria ‘incentivo’ (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 28). “Para a legislação premial em voga, pouco importa o motivo da delação – receio da punição, anseio pela liberdade, vingança, vontade de incriminar cúmplices, ausência de constrangimento, falta de caráter etc. –, desde que comprovada a sua espontaneidade e a sua eficácia para elucidação do crime. Numa clara demonstração de que os fins, efetivamente, justificam os meios”. (BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência: moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. (GVLaw), p. 144).

<sup>437</sup> Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/trdbpconf7d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/trdbpconf7d4_en.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

membros de cartéis internacionais, os programas de leniência precisam proteger as informações para que o candidato não seja exposto em outras jurisdições.

O ICN afirma que há um consenso entre as agências de combate ao antitruste no tocante a três requisitos para se implementar um programa de leniência com sucesso no *Anti-Cartel enforcement manual* de abril de 2014<sup>438</sup>. O primeiro trata do risco de detecção e a gravidade das penas a serem impostas. As agências de persecução à cartéis precisam demonstrar comprometimento em investigações rigorosas, com o fim de que os membros de cartéis tenham a percepção de que há um risco considerável de suas condutas ilícitas serem detectadas e que os benéficos em aderir ao programa de leniência sejam uma vantagem em relação às possíveis sanções que possam sofrer. Assim, os programas de leniência criariam uma verdadeira corrida entre os membros dos cartéis, para que se candidatem antes de seus concorrentes ou mesmo antes dos próprios empregados da empresa. O segundo ponto deve ser a imposição de sanções significativas para os que participem de cartéis. Os membros do cartel, tanto as empresas quanto seus empregados envolvidos na conduta, que não se candidatarem à leniência e não colaborarem com as investigações, devem ser rigorosamente sancionados. Caso as sanções sejam inadequadas, não haverá estímulo para cooperação. O último ponto para o sucesso de um programa de leniência, de acordo com o ICN, é a questão da transparência e previsibilidade. As agências nacionais necessitam construir um sistema centrado na confiança e isso é só obtido com a observação à parâmetros objetivos pré-existentes aos candidatos ao programa de leniência, tanto em relação aos seus deveres quanto às consequências da adesão. “Políticas são claras, de fácil compreensão, regularmente atualizadas, bem divulgadas, coerentemente aplicadas, e suficientemente atrativas para os candidatos em termos de recompensa que podem ser obtidas”<sup>439</sup>.

Assim, os instrumentos de *soft law* que tratam da adoção de políticas sobre acordos de leniência refletem muito a experiência norte-americana, demonstrando, neste caso que a crítica realizada por Joachim Vogel e Adán Nieto Martín<sup>440</sup> no capítulo anterior, de que a

---

<sup>438</sup> Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1005.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

<sup>439</sup> Op. cit., p.06.

<sup>440</sup> Especificamente em relação à americanização do Direito Antitruste, destaca Adán Nieto Martín: “Una segunda novedad, que en parte se anticipó ya con la expansión del modelo *Sherman Act*, es la creación de autoridades administrativas con amplios poderes normativos y de investigación. Lo peculiar de las autoridades europeas, frente a las americanas, es que disponen conjuntamente de la capacidad de sancionar y de completar, mediante la capacidad normativa que tienen atribuida, las infracciones que ellas mismas aplican, lo que es absolutamente ajeno a la lógica del principio de legalidad y la separación de poderes. Que esta técnica

harmonização advinda do Direito Internacional Penal refletiria um fenômeno de americanização do direito é pertinente.

### 5.1.3 Lógica econômico-política do acordo de leniência

Pelo que já foi discorrido, pode-se extrair que o acordo de leniência funciona com a seguinte lógica: beneficia-se aqueles que contribuam com as autoridades no combate à cartéis com o fim de se punir os demais com as penas severas (administrativas e/ou criminais) previstas aos crimes de cartéis. Segundo Ana Paula Martinez:

“Apesar dos diferentes modelos de programas de leniência, em todos eles está presente a lógica “da cenoura e do porrete” (stick-and-carrot approach): garantir um tratamento leniente (cenoura) para aquele que decide pôr um fim à conduta e delatar a prática que de outra forma estaria exposta a sanções severas (porrete). A inspiração para o programa vem da teoria dos jogos e do clássico “dilema do prisioneiro”, explorando a natural desconfiança existente entre os membros do cartel e sua consequente instabilidade”<sup>441</sup>.

No caso específico do acordo de leniência, o beneficiário pode receber várias “cenouras” por meio de um comportamento colaborativo, principalmente no caso de empresas. Destacam-se três desses benefícios. O primeiro é o benefício da imunidade penal e/ou administrativa ao candidato à leniência. O segundo é o fato de que a empresa candidata pode se beneficiar economicamente com sua retirada do cartel. Não há necessariamente perda financeira ao delator do cartel<sup>442</sup>. Em curto prazo, o candidato pode se tornar mais competitivo em relação aos seus concorrentes, que continuam com a prática anticoncorrencial e, conseqüentemente, aumentar sua participação e mercado<sup>443</sup>. Em longo

---

legislativa es puramente norteamericana, lo demuestra el que también está presente en el derecho de la competencia a través de las denominadas exenciones por categorías”. (NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del derecho penal económico? In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 433).

<sup>441</sup> MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 209. No mesmo sentido SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 579.

<sup>442</sup> No sentido que a adesão ao acordo, discorre Ana Paula Martinez: “Em primeiro lugar, a decisão e delatar o cartel significará, naqueles casos em andamento, o fim da participação na conduta ao menos para o delator e, portanto, a impossibilidade de continuar e beneficiando de sobrepreços e de condições artificialmente expostas ao mercado. Em outras palavras, há perda financeira para o delator”. (MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 210).

<sup>443</sup> “O acordo de leniência ataca o ponto fraco do cartel: a propensão natural de seus participantes de romper o acordo. O participante do cartel é como o escorpião: trair faz parte de sua natureza. Pois furar o cartel constitui oportunidade de ouro para não elevar o preço (ou elevá-lo menos do que os concorrentes) e abocanhar boa

prazo, as sanções impostas aos seus concorrentes, como altas multas e determinações para a redução de participação no mercado, também podem favorecer o candidato à leniência. O terceiro ponto, em uma perspectiva de longo prazo, é a tentativa de preservação de uma imagem positiva da empresa. Por um lado, a colaboração com as autoridades pode ser explorada com o fim de demonstrar à sociedade que a empresa, apesar de ter errado, cessou com a atividade ilícita, colaborou com as autoridades e reparou os danos causados em detrimento de seus concorrentes que continuaram com a prática do cartel. Mas, por outro:

“Há também um dano reputacional, especialmente considerando um jogo de rodadas repetidas – é razoável supor que o delator queira continuar atuando no mercado e sua decisão de delatar os demais pode isolá-lo no futuro, não apenas se arranjos lucrativos, ainda que ilícitos, mas inclusive de iniciativas conjuntas legítimas do setor”<sup>444</sup>.

Pelo lado negativo, a adesão aos programas e leniência propicia a exposição da empresa em ações privadas de indenização<sup>445</sup>. Porém, esse risco é inerente a qualquer cartel, pois se descoberto seus membros estarão sujeitos ao mesmo tipo de ação. No tocante especificamente aos cartéis internacionais, como já mencionado anteriormente, há o risco de exposição do delator em outras jurisdições<sup>446</sup>.

A decisão sobre as vantagens em aderir ou não ao programa de leniência, ou seja, de aceitar as cenouras oferecidas pelas autoridades ou assumir o risco de enfrentar o porrete, “é uma situação de conflito em que o resultado obtido por cada antagonista (jogador) depende de ações (lances, jogadas) adotadas por ele próprio e por cada um dos outros”<sup>447</sup>, objeto de análise da chamada “teoria dos jogos”.

---

parte da clientela”. (OLIVEIRA, Gesner. A cenoura e o porrete contra os cartéis. *Folha de São Paulo*, nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1511200305.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016).

<sup>444</sup> MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 210.

<sup>445</sup> Op. cit., p. 210.

<sup>446</sup> No mesmo sentido: “Além do mais, no contexto de cartéis internacionais, a decisão de delatar a conduta perante uma autoridade pode expor o delator a ações persecutórias por parte de autoridades de concorrência estrangeiras”. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 210-211.

<sup>447</sup> Op. cit., p. 388.

Segundo Richard A. Posner, “a teoria dos jogos está influenciando a compreensão de contratos, procedimentos, falência e o antitruste”<sup>448</sup> e <sup>449</sup>. Trata-se da análise matemática de um conflito para se chegar a uma decisão economicamente racional, mas cujo resultado depende da estratégia de cada um dos participantes<sup>450</sup>, número de participantes, número de jogadas e a existência ou não de informações assimétricas entre os jogadores. O exemplo mais disseminado da teoria dos jogos é o chamado “dilema do prisioneiro”<sup>451</sup>.

<sup>448</sup> POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Estados Unidos: Harvard, 1995, p. 85.

<sup>449</sup> “A análise econômica, com seus pressupostos de escolhas racionais foi a que mais contribuiu para o desenvolvimento da teoria dos jogos. Esta nasceu em 1913, quando ZERMELO formulou uma teoria matemática dos jogos de xadrez, mas os eu desenvolvimento foi fulgurante em 1944 com o clássico livro de VON NEUMANN / MORGENSTERN, *Theory of games and economic behavior*, que logo anunciaram ser a teoria dos jogos aplicável aos problemas econômicos e sociológicos. Depois, a teoria atravessou em período de crescimento lento, com trabalhos sobre o equilíbrio estratégico (NASH) e o dilema dos prisioneiros (TECKER). Nos anos 60-70 houve desenvolvimentos com os jogos de informação incompleta (LUCE, RAIFA, HARSANYI) e jogos de coligação. Selten introduziu a noção de equilíbrio perfeito. Foram também analisadas as noções de credibilidade e reputação no contexto da estratégia dos jogos. Nos anos 70, havia já revistas de matemática e economia especializadas em teoria dos jogos. Surgiram aplicações à biologia, às relações internacionais e à ciência política. Nos anos 80, a teoria desenvolveu-se também em direção à negociação, à solução de litígios e à análise econômica do direito”. (Apud COOTER e RUBINFELD, SOUSA, João Ramos de. Julgamento sem romance: processo penal, literatura jurídica e teoria dos jogos: uma análise econômica. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 13, n. 3, p. 387-416., jul./set. 2003, p. 392 e 393).

<sup>450</sup> MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. 3. reimpr. da 1. ed. de 2005. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning, 2007, p. 355.

<sup>451</sup> “O dilema dos prisioneiros é uma história sobre dois criminosos que foram capturados pela polícia. Vamos chamá-los de Bonnie e Clyde. A polícia dispõe de provas suficientes para condenar os dois por um crime menor, o de porte ilegal e arma, de modo que cada um passaria um ano na cadeia. A polícia suspeita que os dois criminosos tenham cometido um assalto a bancos juntos, mas não tem evidências concretas para condená-los por esse crime maior. A polícia os interroga em salas separadas e propõe a cada um deles o seguinte acordo: ‘Até este momento, podemos prendê-los por um ano. Entretanto, se você confessar o assalto a banco e acusar seu comparsa, nós lhe daremos imunidade e você ficará livre. Seu cúmplice passará 20 anos na cadeia. Mas, se vocês dois confessarem o crime, não precisaremos do seu testemunho e poderemos economizar os custos do julgamento, de modo que vocês dois receberão uma pena intermediária de 8 anos’.

Se Bonnie e Clyde, assaltantes, insensíveis que são, só se preocupassem com suas próprias sentenças, o que você acha que eles fariam? Confessariam ou permaneceriam em silêncio? [...] Cada prisioneiro tem duas estratégias: confessar ou ficar em silêncio. A sentença que cada um receberá depende da estratégia escolhida por ele (ou ela) e da estratégia escolhida por sua (ou seu) cúmplice no crime.

Vamos considerar, primeiro, a decisão de Bonnie. Ela raciocina da seguinte maneira: ‘Eu não sei o que Clyde vai fazer. Se ele permanecer em silêncio, minha melhor estratégia é confessar, já que, assim, eu ficarei livre e não precisarei passar um ano na cadeia. Se ele confessar, minha melhor estratégia ainda é confessar, já que, assim, eu passarei 8 anos na cadeia, em vez de 20. Assim, independentemente do que Clyde faça, é melhor para mim confessar’.

Na língua da teoria dos jogos, uma estratégia é chamada de estratégia dominante se é a melhor para um dos jogadores independentemente das estratégias adotadas pelos demais. Neste caso, confessar é uma estratégia dominante para Bonnie. Ela passará menos tempo na cadeia se confessar, independentemente de Clyde confessar ou permanecer em silêncio.

Vamos ver agora a decisão de Clyde. Ele tem exatamente as mesmas opções que Bonnie e raciocina de maneira semelhante. Independentemente do que Bonnie faça, Clyde pode reduzir seu tempo na prisão se confessar. Em outras palavras, confessar também é uma estratégia dominante para Clyde.

No fim, tanto Bonnie quanto Clyde confessam e cada um passa 8 anos na cadeia. Ainda assim, do ponto de vista de cada um deles, esse é um péssimo resultado. Se os dois tivessem permanecido em silêncio, ambos estariam em melhor situação, passando apenas um ano na cadeia por conta da acusação de porte ilegal de arma. Ao perseguirem seus interesses próprios, os dois chegam, juntos, a um resultado que é pior para ambos.

No “dilema do prisioneiro” há a contraposição de interesses individuais entre diversos jogadores e ocorrerá o equilíbrio de Nash, ou equilíbrio estratégico, quando cada jogador, ao conjecturar o modo como seus concorrentes reagirão às suas jogadas, “adota o melhor lance, isto é, o lance que lhe proporciona o melhor resultado, face ao lance do antagonista. Numa situação destas, diz-se que uma estratégia é dominante quando dá sempre o melhor resultado, seja qual for o lance do adversário”<sup>452</sup>. Dentro desse contexto, a experiência de jogos passados, gera aprendizagem das estratégias dos demais jogadores, sendo um fator de vantagem sobre os demais.

Mas nem sempre ocorre o equilíbrio estratégico. Principalmente quando há jogadas repetitivas, os jogadores podem encontrar razões para cooperarem, principalmente quando há um acordo entre os jogadores prevendo penalidades em caso do encerramento da cooperação, como no caso de cartéis<sup>453</sup>.

Aplicação da teoria dos jogos ao acordo de leniência não é fácil. Há uma necessidade de ponderações sobre uma série de jogadas com a contraposição de benefícios e prejuízos em cada uma delas. Por exemplo, a primeira jogada a ser realizada é a verificação se os benefícios da adesão ao acordo prevalecem sobre as vantagens econômicas advindas do cartel e sobre possibilidade dos demais membros do cartel também se candidatarem à leniência. Também deve-se ponderar se as próprias autoridades antitruste já estão investigando a infração, sendo que tais fatores se tornam mais complexos quando estamos diante de um cartel internacional. Nessa primeira jogada nota-se bastante influência dos fatores que determinam o sucesso dos acordos de leniência expostos anteriormente. Caso seja realizada a opção pela leniência, uma segunda jogada envolve as negociações com as autoridades públicas, ponderando-se as vantagens do acordo com seus custos como

---

Para ver como pé difícil manter a cooperação, imagine que, antes de Bonnie e Clyde serem capturados pela polícia, eles tenham feito um pacto de não confessar. Claramente, esse pacto os deixaria em melhor situação se os dois o cumprissem, já que, então, cada um passaria um ano de cadeia. Mas será que eles se manteriam em silêncio simplesmente pior terem feito um pacto? Uma vez que comecem a ser interrogados separadamente, a lógica do interesse próprio assume o controle e os leva a confessar. É difícil manter a cooperação entre os prisioneiros porque a cooperação é irracional do ponto de vista individual”. (Op. cit., p. 355-356).

<sup>452</sup> SOUSA, João Ramos de. *Julgamento sem romance: processo penal, literatura jurídica e teoria dos jogos: uma análise econômica*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 13, n. 3, p. 391, jul./set. 2003.

<sup>453</sup> “Os cartéis às vezes conseguem manter acordos de conluio, apesar dos incentivos que cada membro individual tem para desertar”. (MANKIOW, N. Gregory. *Introdução à economia*. 3. reimpr. da 1. ed. de 2005. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning, 2007, p. 36). Sobre a aplicação do modelo matemático da teoria dos jogos em caso de cartéis destaca-se o artigo do economista César Matos (MATOS, César. O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos. *Revista do IBRAC*, v. 4, p. 39-58, jan. 1997).

advogados, investigações internas e se outro concorrente já se candidatou à leniência etc. Mais uma vez, a complexidade ganha escala em nível internacional (por exemplo, será que a leniência não será obtida em razão da liderança do cartel ou a coação de outros concorrentes à participarem do acordo anticompetitivo em outra jurisdição?). Em paralelo, se outro concorrente já se candidatou, uma terceira jogada pode envolver a opção por um acordo de leniência extra ou adoção de outra forma colaborativa. O tempo para realizar essa jogada conta em desfavor do candidato, pois se não for o primeiro a se candidatar (*ring the bell*<sup>454</sup>) ou quanto mais tempo demorar para aderir a outras formas de colaboração, maior serão os riscos envolvidos<sup>455</sup>.

Mas a fundamentação do acordo de leniência na teoria dos jogos não é imune a críticas, principalmente quanto a falta de ética que revestiria tal ferramenta.

Fernando Castelo Branco entende que o direito premial é finalístico, ou seja, centrado na espontaneidade e eficácia na elucidação e punição do crime, não importando os benefícios ofertados para se obtê-las (receio de punição, anseio pela liberdade, vingança, vontade de incriminar cúmplices, ausência e constrangimento, falta de caráter etc)<sup>456</sup>. Assim, para ele, os resultados advindos da adoção de mecanismos de direito premial, incluindo-se o acordo de leniência, carecem de padrões éticos e morais que são explorados em razão: (i) da falência da capacidade investigativa do Estado; e (ii) do uso de instrumentos que tragam resultados imediatos, preferencialmente os que podem se tornar públicos para apaziguar as angústias sociais<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> “A insegurança, quanto ao momento de tocar o sino (*ringthebell*), vale dizer, ser o primeiro a se inscrever com o leniente, pode gerar mais restrições à denúncia do que incentivos à mesma”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 579).

<sup>455</sup> Utilizando um exemplo ocorrido nos Estados Unidos citado em um relatório da OCDE: ““A agência pode encontrar várias empresas ou indivíduos se candidatando a mesmo tempo, cada um tentando ser o que primeiro a se confessar. Os EUA informam que houve empresas que se candidataram à anistia tarde demais, menos de um dia depois que seu co-conspirador garantiu sua posição como primeiro na fila. Reconhecendo este fenômeno, as empresas são aconselhadas a não demorar. As agências podem ter de assegurar às empresas que a ordem do tempo será respeitada rigorosamente e que os pedidos de leniência não serão suspensos enquanto a agência negocia uma oferta melhor de outra pessoa”. (OCDE – *Fighting hard core cartels: harm, Effective sanctions and Leniency Programs*, 2002, p. 22. Tradução livre).

<sup>456</sup> BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência: moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. (GVLaw), p. 147.

<sup>457</sup> Op. cit., p. 148.

Após traçar um histórico do direito premial, bem como analisar institutos correlatos ao acordo de leniência como a delação premiada<sup>458</sup>, Maíra Beauchamp Salomi conclui que ele é um instrumento antiético de obtenção de provas, pois dissocia o Direito da Moral<sup>459</sup>. Fundamenta sua posição no fato de que um Estado pautado em ideais democráticos, com a configuração de um Direito Penal mínimo e garantista, que observa os direitos humanos, não pode utilizar instrumentos em que os fins justifiquem os meios, sendo o fim do acordo de leniência a supressão da incapacidade do Estado em obter provas.

Tal crítica, como aponta Renato Silveira<sup>460</sup>, apesar de importante e de se manter, já não ampara tanto a dogmática, já tendo sido superada por estudos mais recentes. Nesse mesmo sentido, aponta Ramón Rágues:

“La imagen que actualmente se tiene de estos sujetos ya no se corresponde con la de los chivatos o traidores, sino todo lo contrario: se les presenta como un ejemplo de coraje y a menudo como auténticos héroes. En este sentido merece la pena destacar la incansable actividad en estos países de diversas organizaciones no gubernamentales cuyos principales objetivos son contribuir a la proyección pública de los denunciantes, prestarles asesoramiento jurídico y actuar como auténticos lobbies para lograr para ellos una mayor protección jurídica”<sup>461</sup>.

O mesmo se aplica à crítica que aponta que a celebração de acordos de leniência viola garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito:

“Muito provavelmente, o indivíduo que entrega seus comparsas será por eles chamado de traidor. Mas se não existe uma pretensão legítima dos demais implicados de que ele se cale, então o Estado não estimula condutas ofensivas à responsabilidade moral dos acusados uns em relação aos outros, o que certamente seria uma afronta à dignidade dessas pessoas. Ainda, é um equívoco imaginar que o instituto é imoral porque o indivíduo realiza a delação por motivos egoístas, baseados em cálculos de custo e benefício, e não por arrependimento ou convicção e que está cumprindo o seu dever perante a sociedade, pois isso significaria dizer que o Estado está autorizado a estabelecer juízos morais sobre o foro íntimo de seus cidadãos. Em um Estado Democrático de Direito não pode ter relevância o fato de que as pessoas comportaram-se conforme o Direito por convicção moral ou por simples razões práticas, como a existência de sanções estatais, por exemplo”<sup>462</sup>.

<sup>458</sup> Sobre uma análise ética e moral sobre a delação premiada vide o trabalho de CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 123-146. GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 2-3, fev. 2006.

<sup>459</sup> SALOMI, Maíra Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 182.

<sup>460</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 577-578.

<sup>461</sup> RÁGUES I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 25.

<sup>462</sup> CAMARGO, Beatriz Corrêa. Delação premiada: moral, legitimidade, arranjo institucional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 232, p. 7-8, mar. 2012.



Assim, as críticas sobre ausência de ética e moral no tocante ao acordo de leniência não se mostram pertinentes em sociedades democráticas, que têm como fundamento básico a liberdade individual. Nesse sentido, não pode o Estado ser vetor da exigência de supostos comportamentos éticos, principalmente em relação daqueles que não se demonstram seguidores das normas jurídicas.

#### 5.1.4 Natureza Jurídica

A doutrina trata o acordo de leniência como uma forma de extinção da punibilidade<sup>463</sup>.

Por sua vez, a extinção de punibilidade é o afastamento da punibilidade, ou o afastamento da aplicação da pena de uma conduta classificada como crime. Transportando-se o conceito de punibilidade de Roxin<sup>464</sup> para o objeto desta pesquisa, a participação em um cartel é uma ação típica, antijurídica, culpável e geralmente deve ser punida. Porém, no caso específico do crime de cartel é necessário se verificar os pressupostos de punibilidade, dentre eles a ausência de uma causa de exclusão de punibilidade<sup>465</sup>, como a celebração de um acordo de leniência. Ao celebrar o acordo de leniência, o fato perdurará como delituoso, mas faltará o poder de puni-lo<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 577; BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência: moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. (GVLaw), p. 146; MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 218; SALOMI, Maíra Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 270.

<sup>463</sup> Op. cit., p. 14.

<sup>464</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. 2. ed. alemã e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, S.L, 2008, p. 195.

<sup>465</sup> Vale lembrar o exemplo de Zaffaroni e Pierangeli “Pelo simples fato de sê-lo, o delito é merecedor de uma pena, assim como uma criança travessa é merecedora de uma palavra corretiva, por parte da mãe. Mas pode acontecer que, por um motivo que nada tem a ver com o delito em si, a pena não possa ser aplicada, assim como pode acontecer que a mãe não aplique a palmada, porque tem a mão machucada, sem que isto em nada afete a existência da travessura do moleque”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 705).

<sup>466</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 507.

Segundo Roxin<sup>467</sup>, para que exista punibilidade para um crime é necessária a presença de condições objetivas de punibilidade que dizem respeito tanto a determinados resultados que fundamente a punibilidade, quanto situações que interfiram no dolo ou imprudência do agente, como o caso de embriaguez fortuita. Em contraposição às condições positivas, existem as causas de exclusão da punibilidade, que são circunstâncias cuja ocorrência exclui a pena.

Para ele, as causas de exclusão de punibilidade podem ser divididas em duas categorias<sup>468</sup>: (i) causas pessoais, que afastam a aplicação da pena apenas para alguns autores que se revistam de qualidades específicas, como no caso de uma injúria realizada por um deputado durante a sessão do parlamento; (ii) causas materiais (objetivas) em que há um fato posterior que suprime a punibilidade, como na hipótese de exceção da verdade no caso de calúnia<sup>469</sup>.

Roxin aponta a existência de diversos elementos que tratam das condições objetivas e as causas de exclusão de punibilidade e que há apenas um vetor comum entre elas: “se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena”<sup>470</sup>. Ou seja<sup>471</sup>, ponderações de interesses extrapenais, de outra

---

<sup>467</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. 2. ed. alemã e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, S.L, 2008, p. 970-971.

<sup>468</sup> Essa é uma classificação amplamente utilizada pela doutrina (vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 704).

<sup>469</sup> Op. cit., p. 971-972.

<sup>470</sup> Op. cit., p. 977. Complementando: “Categorías como condições objetivas de punibilidade e causas de extinção ou exclusão pessoal de punibilidade recebem seu conteúdo, pelo contrário, não de considerações político-criminais, mas de valorações político-jurídicas, de caráter independente e geral, em face das primeiras”. (ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 74).

<sup>471</sup> “Luego, quedan como causas de exclusión de la pena y como condiciones objetivas de punibilidad solamente aquellos casos en los cuales la liberación de pena depende de ponderaciones de intereses de tipo extrapenal”. (ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible/2: ilícito y justificación*. CÓRDOBA E. Gabriela et al (Coords.). Buenos Aires: Hammurabi, 2015, p. 615).

natureza política<sup>472</sup>, que se sobrepõem aos interesses penais, principalmente os relacionados à finalidade da pena, em sua concepção geral positiva<sup>473</sup>:

“Si se limitan, como consiguientemente aparece apropiado, las causas de exclusión de la pena a casos de ponderación de intereses extrapenales, se muestra que esta categoría del delito no puede ser comprendida con los conceptos de ‘merecimiento de pena’ y ‘necesidad de pena’. Ambos conceptos tienen su lugar en la teoría de la responsabilidad: es razonable decir que sólo la conducta culpable es *merecedora de pena* y que esta conducta merecedora de pena *necesita una pena* al añadirse necesidades preventivas de punición. De esta manera, caen dentro del grupo de falta de necesidades de pena los casos de liberación de pena motivada por política criminal que, si bien son vistos por muchos como causas de exclusión de la pena, yo los he ordenado dentro de la exclusión de responsabilidad.

Las causas de exclusión de la pena, tal como aquí se expone, están más bien creadas de tal manera que el merecimiento de pena y la necesidad de pena deben ser afirmados, sacrificando, sin embargo, la necesidad de pena exigida en aras de intereses extrapenales”<sup>474</sup>.

Adela Batarrita, baseando sua pesquisa nas ideias de Wolter<sup>475</sup>, aponta que as causas de extinção punibilidade não podem ser fundamentadas em fins extra-penais como

<sup>472</sup> De acordo com Hassemer “A etapa das causas de exclusão da pena, dos obstáculos processuais etc., abala a vinculação entre a decisão jurídico-penal sobre o ato e o autor e exige a imposição de uma pena somente a algumas situações, nas quais as considerações político - criminais impedem a imposição da pena. Uma etapa posterior na estrutura do delito, que se pode assinalar através dos §§ 59, e 60 do StGB e 153 a do StPO, impediria, por interesses político - criminais, a saída do processo com a imposição de uma pena, só que a extensão do interesse político criminal é determinada essencialmente pelo juiz”. (HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 325).

<sup>473</sup> “Pues el hecho de reconocer la prioridad a otros fines del Estado frente a los del Derecho penal, aunque es cierto que tiene algo que ver con la estructura de funcionamiento de la sociedad, no obstante, aún no convierte la renuncia a la pena en una decisión políticocriminal. La política criminal se puede distinguir de las otras ramas de la política con la misma seguridad con que se pueden distinguir los campos del derecho que son objeto de esa política”. (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. 2. ed. alemã e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, S.L, 2008, p. 980).

<sup>474</sup> ROXIN, Claus. *Sistema del hecho punible/2: ilícito y justificación*. CÓRDOBA E. Gabriela at al (Coords.). Buenos Aires: Hammurabi, 2015, p. 616-617.

<sup>475</sup> “Wolter formula una reconstrucción del sistema dogmático que, como él declara, se presenta como una solución de compromiso entre el 'sistema construido sobre *elementos* del delito' y lo que sería un 'sistema global' (*Ganzheitssystem*). En su construcción, los criterios penales básicos de 'merecimiento' y de 'necesidad de pena' atraviesan como ejes los elementos del sistema, estableciendo una especie de ordenación de 'doble entrada' que conduce a dos distinciones principales. Por un lado la que agrupa al *injusto culpable* que incluye la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad en el sentido estricto de la imputabilidad. Estas categorías quedan unidas por conformar los presupuestos del 'merecimiento de pena' constituyendo el 'núcleo' del delito, esto es, la base imprescindible a partir de la cual puede valorarse la 'necesidad preventiva de la pena'. El injusto culpable expresaría la 'posibilidad de punición' (*Bestrafungsmöglichkeit*) en relación al 'merecimiento de pena' (*Strafwürdigkeit*). Las consideraciones sobre la finalidad de la pena, en cuanto a su necesidad, oportunidad, proporcionalidad, sólo pueden operar una vez sentada la presencia de un *injusto culpable*. En el segundo grupo, bajo el criterio de la 'necesidad de pena' se incluyen la 'responsabilidad' y la punibilidad. En la 'responsabilidad' sitúa las causas de exculpación o de no exigibilidad de otra conducta, figuras que, como el estado de necesidad exculpante, implican un disminución considerable de la gravedad del injusto y de la culpabilidad que explican la exclusión de la necesidad de pena.

El *injusto culpable* señala la 'posibilidad de punición' (*Bestrafungsmöglichkeit*) en relación al 'merecimiento de pena' (*Strafwürdigkeit*); la 'responsabilidad' expresaría la necesidad preventiva de punición (*präventive Bestrafungsnotwendigkeit*) como 'necesidad de pena' (*Strafbedürftigkeit*); y en lo que se corresponde con la punibilidad se contendría la 'facultad estatal de punición' (*staatliche Bestrafungsbefügnis*) donde se sitúan las figuras que puedan considerarse condiciones objetivas de penalidad y las causas de exclusión de la pena”.

apontou Roxin, mas sim à exigências de ordem constitucional, principalmente às vinculadas direitos fundamentais e a liberdade individual<sup>476</sup>:

“Así como en las exenciones de carácter ‘extrapenal’ puede hablarse de una ponderación de intereses que aboca a la consideración prioritaria de finalidades políticas de relaciones exteriores del Estado, o intereses económicos o de otra clase, en las causas de fundamento ‘jurídico-constitucional’ considera que se produce una obligada *exclusión* de punibilidad fundada en el imperativo constitucional de respeto al núcleo esencial de derechos fundamentales conectados con la dignidad humana, lo que hace decaer la procedencia de la pretensión punitiva estatal”

Figueiredo Dias<sup>477</sup> entende que um fato punível não pode ser considerado completo sem que se preste atenção à categoria dos pressupostos adicionais de punibilidade. Seguindo a posição e Roxin<sup>478</sup>, entende que os pressupostos de punibilidade, englobando tanto as condições objetivas de punibilidade e as causas de exclusão da pena são dominados por fins extra-penais<sup>479</sup>. Para ele, a unidade e consistência da punibilidade está fundamenta na dignidade penal<sup>480</sup>, a qual deve ser ponderada caso a caso por meio do princípio da proporcionalidade<sup>481</sup>.

Rodrigo Sánchez Rios<sup>482</sup> realiza importantes apontamentos sobre a extinção da punibilidade ao tratar da aplicação deste instituto em relação aos delitos econômicos<sup>483</sup>, em

---

(ASÚA BATARRITA, Adela. Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional. In: CERESO MIR, José et al. *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 228).

<sup>476</sup> Op. cit., p. 229.

<sup>477</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 668.

<sup>478</sup> Mas com certas reservas, em especial ao classificar a desistência de tentativa em tal categoria (Op. cit., p. 670 e 671).

<sup>479</sup> Op. cit., p. 670.

<sup>480</sup> “Com o tipo de ilícito e o tipo de culpa não se esgota o conteúdo do sistema de facto penal, antes se torna indispensável completa-lo com uma outra categoria, que bem poderá chamar-se da ‘punibilidade’. E se se perguntar qual é a ideia-mestra que dentro desta categoria actua e lhe empresta unidade, sentido político-criminal e consistência dogmática, essa ideia parece ser, á luz de um pensamento teológico-funcional e racional, a da dignidade penal. Ela permite que hipóteses tão diversas como a da impunibilidade da desistência da tentativa, de factos bagatelares, do auxílio ao suicídio ou dos crimes falimentares quando o suicídio ou a falência não a vêm a ter lugar, sejam remetidos para o denominador da falta de dignidade penal; porque do que em qualquer destes casos se trata é de que, apesar da realização integral do tipo de ilícito e do tipo de culpa, a ‘imagem global do facto’ é uma tal que, em função e exigências preventivas, o facto concreto fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal” (Op. cit., p. 280).

<sup>481</sup> Op. cit., p. 680.

<sup>482</sup> RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>483</sup> Sobre a extinção da punibilidade em relação aos crimes econômicos menciona-se o trabalho de Sérgio Rosenthal, de onde destaca-se que “Há situações, no entanto em que a punição do infrator torna-se desnecessária, inconveniente, ou mesmo injusta, em razão de um acontecimento posterior à prática delitiva. Nessas situações peculiares, a sociedade como um todo reconhece que o poder de punir estatal não deverá ser exercido, muito embora o bem jurídico violado encontra-se penalmente protegido. Trata-se de uma adequação pontual do Direito, pautada pelos mesmos critérios de necessidade e justiça que fundamentam o poder-dever

especial os crimes contra a ordem tributária, considerando dois institutos: a desistência voluntária e a reparação do dano, ou seja, eventos pós delitivos que tratam da reparação do prejuízo causado, causas compensadoras “do desvalor do resultado e pressuposto efetivo da causa extintiva da punibilidade”<sup>484</sup>.

Baseando-se no pensamento de Carboneel Mateu, Ríos parte do princípio que a lei penal não deve apenas proibir e punir condutas, mas também promover certos comportamentos pós-delitivos que: (i) diminuam os efeitos lesivos ao bem jurídico tutelado; e (ii) colaborarem com a justiça<sup>485</sup>. Porém, para a criação de tais benefícios é necessária a ponderação de critérios políticos criminais com a dogmática penal.

Do ponto de vista da finalidade da pena, em seu aspecto de prevenção geral, Ríos anota que tanto a desistência voluntária quanto a reparação do dano seriam formas de expressar reconhecimento da norma infringida e, conseqüentemente, merecedora de uma pena menor. Por meio da desistência voluntária, desde que respeitados os limites temporais legais, há a atenuação do desvalor da ação e do resultado, gerando a desnecessidade de aplicação de uma pena ao agente, “uma vez que seu comportamento reparador se ajustou aos fins e prevenção geral e especial da pena”<sup>486</sup>. Por sua vez:

“Ao reparar voluntariamente o dano – antes do início de procedimentos investigatórios – o agente reconhece a vigência da norma perante a comunidade, e a prática deste ato demonstra seu retorno à legalidade (âmbito da prevenção especial). Portanto, a reparação não pode ser confundida com a responsabilidade civil *ex delicto*, não pode ser vista como consequência jurídica autônoma a ser imposta na sentença penal e não pode estar vinculada à pena principal”<sup>487</sup>.

Fazendo ressalvas à concepção de Roxin, Sánchez Ríos entende que a sobreposição de fins políticos extra-penais sobre jurídicos-penais não gera um valor menor às causas de extinção de punibilidade. Seguindo o entendimento de Martínez-Buján Pérez, entende que

---

de punir conferido ao Estado [...] Com isso, o Estado, sem deixar de agir (muito embora deixe de punir), reafirma sua disposição de aplicar a lei penal de forma ponderada e equânime, tornando-a mais justa e adequada para a sociedade que regula” (in, *A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano*, São Paulo: Dialética, 2005, p. 27).

<sup>484</sup> ROSENTHAL, Sérgio. *A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 53.

<sup>485</sup> Op. cit., p. 40.

<sup>486</sup> Op. cit., p. 51.

<sup>487</sup> Op. cit., p. 53-54.

os interesses extrapenais, considerando os crimes econômicos, podem conciliar fatores políticos-criminais e jurídicos-penais<sup>488</sup>.

Conclui Sánchez Ríos que as causas de extinção de punibilidade baseadas na voluntariedade e reparação dos danos causados só são possíveis dentro de um Direito Penal com orientações teleológicas, principalmente valorações político-criminais a serem realizadas pelo legislador<sup>489</sup>.

Em sua pesquisa sobre o tema, Érika Mendes de Carvalho<sup>490</sup> busca encontrar um ponto em comum entre as diversas formas de condições objetivas punibilidade e causas de extinção da punibilidade, que ou seriam critérios de política-criminal<sup>491</sup> (conveniência, oportunidade, intervenção mínima e proporcionalidade) ou político jurídicos (políticas gerais).

Entende que, ao se classificar exclusões ou atenuações da pena como considerações político-criminais, o Direito Penal, na verdade, as seleciona por meio de valorações jurídico-penais. Nessas hipóteses, ou por razões de conveniência ou oportunidade, a necessidade ou não da pena<sup>492</sup> é influenciada por outros ramos do Direito, que “passaram pelo ‘filtro valorativo’ do Direito Penal, que ao decidir pela isenção de pena ou sua atenuação incorpora os mencionados conteúdos à política criminal”<sup>493</sup>.

---

<sup>488</sup> “A teoria dos fins da pena não desempenha funções somente no âmbito da teoria do delito (leia-se aqui as três categorias clássicas), mas também possui funções externas, não havendo, desta forma, qualquer contradição em preconizar a fundamentação material, por exemplo, causas extintivas ou libertadoras de pena nos delitos econômicos, em razões preventivo-gerais ou preventivo-especiais e, ao mesmo tempo, incluí-las para além das categorias tradicionais”. (Op. cit., p. 104).

<sup>489</sup> Op. cit., p. 106-107.

<sup>490</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166.

<sup>491</sup> “Incumbe à política criminal, portanto, a crítica do Direito penal vigente e a proposta de sua reforma. Mas não é possível considerá-la como uma ciência completamente independente, mas como uma disciplina que, junto à dogmática, compõe a ciência do Direito penal. A política criminal atua com caráter prévio à construção do sistema penal, oferecendo uma valoração crítica da legislação vigente e fomentando o debate acerca das soluções mais adequadas para sua reforma, além de contribuir também para a interpretação e sistematização do direito positivo. A íntima conexão que se estabelece assim entre política criminal e dogmática jurídico-penal deve se orientar com equilíbrio em direção a uma perspectiva integradora, ajustada à exigências de um Estado social e democrático de direito”. (Op. cit., p. 384).

<sup>492</sup> Para a autora a necessidade de pena é caracterizada por dois elementos: (i) que a pena resulte em fins de ordem preventiva; e (ii) a idoneidade da pena para resultar em tal fim. Por sua vez, o merecimento da pena está relacionado com o injusto culpável (Op. cit., p. 392).

<sup>493</sup> Op. cit., p. 389.

Para a autora<sup>494</sup>, as isenções totais ou parciais de pena são fundamentadas por conteúdos-políticos criminais, sendo um campo em que há ingresso direto de valorações de política criminal, em especial a necessidade da pena, seus fins preventivos e a própria idoneidade do meio utilizado para se alcançar diminuição ou extinção da punição<sup>495</sup>:

“Em síntese, a categoria da punibilidade é a sede adequada da valoração político-criminal do delito, determinando a necessidade político-criminal da pena. Nessa perspectiva, as condições objetivas de punibilidade e as excusas absolutórias em sentido amplo são condições político-criminais de punibilidade”<sup>496</sup>.

Há também os que defendem que a não aplicação de pena seriam excusas absolutórias<sup>497</sup>, como Jakobs, para quem “todos os outros impedimentos à punição denominados ‘causas de exclusão da punibilidade’ resolvem-se nos graus do crime ‘injusto’ e ‘culpabilidade’”<sup>498</sup>. Por exemplo, condições referentes aos papéis dos sujeitos ativos dizem respeito à tipicidade da conduta, para ele:

“O tratamento dos elementos como condições apenas da punibilidade é fundamentado, na maioria das vezes, com o argumento de que o comportamento do agente já seria, em si, merecedor de pena, mas somente com o acréscimo da materialização do resultado é que ele também seria carecedor de pena: haveria que se separar, portanto, o merecimento de pena de sua necessidade político criminal. Nessa distinção entre o merecimento e a necessidade de punição, menospreza-se o fato de que a determinação de todos os pressupostos da punição somente pode ocorrer tendo-se em vista a necessidade de se solucionar um conflito por meio da pena, ou seja, considerando-se a necessidade da

<sup>494</sup> Op. cit., p. 472.

<sup>495</sup> Destaca-se a conclusão de Érika Mendes, um pouco mais detalhada, em outro ensaio: “No obstante, no se puede estimar que la punibilidad sea meramente una ‘vía de escape’ para albergar todos aquellos supuestos que no se sabe dónde ubicarlos. Para que una determinada circunstancia pueda situarse en la punibilidad debe, en primer lugar, estar informada por las razones político-criminales que fundamentan dicha categoría y, además, operar como concionante de la imposición de la pena y no de la persecución penal. Por otro lado, si eso es así, lo lógico será excluir el elemento en cuestión de las categorías que componen el concepto del delito – la acción u omisión típica, antijurídica y culpable –, si se acepta que las valoraciones político-criminales son ajenas a la estructura delictiva. La punibilidad posee indiscutiblemente un contenido propio y distinto de las demás categorías, y su importancia impide compartir la opinión que la califica como un mero depósito desordenado de elementos polifacéticos” (CARVALHO, Érika Mendes de. La categoría de la punibilidad como sede de las valoraciones ajenas a lo injusto culpable. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 17, p. 406, 2005).

<sup>496</sup> Op. cit., p. 389.

<sup>497</sup> Op. cit., p. 461. No mesmo sentido ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. 2. ed. alemã e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, S.L, 2008, p. 972-977; e RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24-30. Inclusive a diferenciação entre os que defendem que a punibilidade é um instituto extra delito (injusto culpável e punível) dos que a colocam como uma condição do delito remonta os pensamentos de Binding e Beling, como se verifica nos estudos de BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 165-166; e COBO DEL ROSAL, Manuel. La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 6, p. 09-53, 1983.

<sup>498</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gernécia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 490-491.

pena. Antes ainda da função do tipo penal de contribuir para a necessária solução de um conflito, não existe nenhuma função dogmática e, portanto, nenhuma possibilidade de se determinar um comportamento que já seja punível ‘em si’ sem consideração dessa função (...) Segundo a solução aqui proposta, e de acordo com o entendimento dominante, essas condições não pertencem, em todo caso, ao tipo do injusto enquanto descrição da conduta. A função dessas condições é, justamente, abranger a materialização do resultado enquanto elemento de um crime ou delito, independentemente da relação subjetiva que têm com ela”<sup>499</sup>

Roxin<sup>500</sup>, ao analisar a teoria proposta por Jakobs, dispõe que aos e classificar grande parte das causas de liberação e pena (justificação ou desculpa) dentro das causas de injusto penal, reduz-se consideravelmente a importância das categorias tradicionais de exculpação, pois “no puedo considerar que esto sea correcto, pues los tipos siempre rigen para cualquier, en tanto no contengan restricciones expresas”<sup>501</sup>.

Essa posição crítica sofreria de entraves lógico-dogmáticos, em razão de a punibilidade ser definida como pressupostos excepcionais à aplicação da pena. Não se pode confundir aplicação da pena com a construção do fato punível, bem como a extinção da punibilidade com escusas absolutórias, já que estas retiram a característica delitiva da conduta<sup>502</sup>, que, no caso do acordo de leniência, permaneceriam aos demais membros do cartel.

No tocante ao acordo de leniência, nota-se sua função dupla de instrumento de política criminal e também um viés de política extra-penal.

A primeira, exposta no capítulo anterior, é a de ser instrumento de política criminal de Direito Internacional Penal que busca, por meio da harmonização legal, criar ferramentas eficazes ao combate a cartéis no nível internacional, refletindo interesses advindos da atual governança global com a predominância de interesses norte-americanos (e porque não também europeus?) e de organismos internacionais como a OCDE.

A segunda, ao ser internalizado nos ordenamentos jurídicos de cada Estado, ou seja, por meio de lei<sup>503</sup>, também é revestido com as características de um instrumento de política

<sup>499</sup> Op. cit., 482-483.

<sup>500</sup> *Sistema del hecho punible/2: ilícito y justificación*. CÓRDOBA E. Gabriela at al (Coords.). Buenos Aires: Hammurabi, 2015, p. 608.

<sup>501</sup> Op. cit., p. 609.

<sup>502</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 463.

<sup>503</sup> “A diferencia de los casos de exclusión de la culpabilidad, las causas de exclusión de la pena no pueden extraerse de principios dogmáticos generales, sino sólo de la ley, ya que la cuestión de en que medida el



criminal: tem o fim de tornar mais eficaz a punição aos crimes de cartel em razão da dificuldade de se realizar a persecução desse tipo de infração. O meio para se chegar a tal finalidade é a isenção de pena restritiva de liberdade ao candidato à leniência que colabore com as autoridades, a pena do membro do cartel que auxilie as autoridades na persecução aos demais criminosos.

Além de refletir sentimentos de arrependimento voluntário e de reparação - sendo que ambas as situações devem ser vistas com ressalvas, já que são elementos subjetivos que podem se confundir com os benefícios (*cenouras*) advindos da adesão ao programa de leniência - a extinção da punibilidade aos candidatos à leniência busca reforçar aspectos de prevenção geral da pena. Em princípio, pode-se até argumentar que a pena restritiva de liberdade nos casos de crimes de cartéis possui função utilitarista ou de prevenção geral negativa que serviria para coagir os membros do cartel a aderirem aos programas de leniência. Porém, verifica-se que o fim do acordo de leniência é cessar a conduta do cartel e impor as penas aos demais participantes, conservando e reforçando a firmeza da vigência das normas do ordenamento jurídico no tocante aos cartéis.

Outro importante ponto em relação aos crimes de cartel, comum aos crimes econômicos, é sua ligação intrínseca com políticas econômicas, ou ej, sua relação com políticas extra-penais. É clara a intersecção entre a política criminal com outras políticas, em especial as que influenciam o Direito Econômico<sup>504</sup>. Nesse sentido, a política econômica dos Estados e até mesmo blocos econômicos, podem atender aos mais diversos interesses como: (i) o desenvolvimento econômico nacional ou regional; (ii) o saldo da balança comercial; (iii) a criação de empregos; (iv) o desenvolvimento tecnológico; (v) o fortalecimento da

---

ordenamiento jurídico permite excepcionalmente que no se dé la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, atañe a una pura decisión valorativa legal". (HIRSH, Hans Joachim apud ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. 2. ed. alemã e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, S.L, 2008, p. 612).

<sup>504</sup> No direito econômico é de se destacar a alteração pendular entre duas escolas principais "A Escola de Harvard, também denominada escola estruturalista, posiciona-se contra a concentração e poder de mercado. Para esta escola é importante evitar as excessivas concentrações de poder no mercado, porque podem gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas [...] Apesar da evolução teórica, a Escola de Harvard manteve-se fiel à tradição original no concernente à multiplicidade de objetivos das políticas de defesa da concorrência, enfatizando o controle do poder de mercado, o aspecto distributivo e a preocupação sobre a concentração do poder econômico [...] Diferentemente de seus predecessores, os teóricos da nona Escola de Chicago enfatizam as explicações sobre eficiência para vários fenômenos, incluindo concentrações industriais, fusões e restrições contratuais". (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113-166).

competitividade de empresas locais. Muitas vezes, políticas econômicas podem estimular ações, principalmente durante crises econômicas, que, primordialmente são típicas, como os chamados cartéis de exportação<sup>505</sup> (nesse caso específico a conduta não seria antijurídica)<sup>506</sup>.

Assim, no caso específico do acordo de leniência, não se está diante apenas da exclusão da pena por fins extra-penais, especialmente econômicos, mas também se atendendo anseios de política-criminal<sup>507</sup>, com o fim de se garantir a punição (e a consequência integridade e observância do ordenamento jurídico) aos demais indivíduos que cometeram o crime de cartel (uma ação típica, antijurídica e culpável).

As correntes que classificam situações de extinção de punibilidade como política criminal ou extra-penal estudadas, de forma unânime, apontam a necessária ponderação para verificar sua legitimidade dentro do ordenamento jurídico<sup>508</sup>. Logo, cabe verificar qual é o

---

<sup>505</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 415. Exemplificando, no caso dos Estados Unidos da América, apesar do artigo 1º do *Clayton Act* não permitir esse tipo de cartelização, o Congresso Norte Americano promulgou em 1918 o *Webb-Pomerene Act* concedendo “isenções a acordos e práticas colusivas de empresas, reunidas em associações, com o escopo único de comerciar com o exterior”, dispositivo esse que posteriormente foi aprimorado pelo *Export Trading Company Act* em 1982. No ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se essa autorização para aumento de produtividade, desenvolvimento e incremento da eficiência tecnológica ou econômica. Ou seja, são adotados critérios subjetivos que podem ser conciliados com políticas econômicas, tornando a conduta de integrar cartéis lícita, em situações específicas.

<sup>506</sup> Nesse caso, as ações apesar de típicas não constituiriam crimes em razão de não serem antijurídicas. Nesse sentido Zaffaroni: “A ordem jurídica não esgota na ordem normativa, isto é, não é apenas um conjunto ordenado de normas proibitivas, mas também está integrada com preceitos permissivos. Estes preceitos, permissivos não implicam uma contradição com as normas: ao contrário, as pressupõem, em um jogo harmônico de normas proibitivas e preceitos permissivos. Desde o momento em que os preceitos permissivos somente têm sentido quando intervém uma norma proibitiva anterior, pois, não faz sentido permitir o que não foi proibido. [...] A tipicidade penal implica a contrariedade com a ordem normativa, mas não implica a antijuridicidade (a contrariedade com a ordem jurídica), porque pode haver uma causa de justificação (um preceito permissivo) que ampare a conduta. A antijuridicidade pressupõe a antinormatividade, mas não é suficiente a antinormatividade para configurar a antijuridicidade, pois a antinormatividade pode ser neutralizada por um preceito permissivo”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 437).

<sup>507</sup> “Nadie lo ha explicado con mayor claridad y profundidad que Roxin: dogmática penal y política criminal no son disciplinas antagónicas, sino que la obligación jurídica y la finalidad político-criminal deben llevarse a una síntesis, en la cual la política criminal penetre en el campo de la ciencia del Derecho Penal, y se construya un sistema jurídico penal no meramente lógico-conceptual, sino teológica y político-criminalmente orientado. La aplicación del Derecho penal es ‘mucho más que la aplicación de una ley ya determinada en sus detalles en un procedimiento de subsunción lógica. Más bien consiste en la concreción del marco de regulación legal y en elaboración creativa (esto es, desarrollo y sistematización) de las finalidades legislativas, es política criminal vestida de dogmática’”. (VOGEL, Joachim. *Legislación penal y ciencia del derecho penal: reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, n. 11, p. 250, jan. 2003.).

<sup>508</sup> No mesmo sentido: “Parece claro que alcanzando este punto todavía no se ha llegado a una solución plausible. Basta con tomar en cuenta que también los casos de justificación, es decir de exclusión e lo injusto, son explicables también a través de la colisión de intereses: el interés del Estado en la sanción por razones de prevención general o especial y algún otro interés del Estado quos e vería afectado por el ejercicio de *ius puniendi*”. (BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 173).

resultado de tal ponderação para se verificar a eficácia do uso de programa de leniência no combate a cartéis internacionais.

## 5.2 Ponderação sobre a aplicação do acordo de leniência para o combate a cartéis internacionais

Antes de verificar se o programa de leniência é uma política-criminal adequada ao combate de cartéis, faz-se necessário apontar a atual governança mundial em relação persecução de tal crime<sup>509</sup>.

### 5.2.1 Governança contemporânea do acordo de leniência para o combate a cartéis internacionais

Paralelamente ao fato da segurança jurídica e maior clareza terem sido as responsáveis pelo sucesso do uso de leniência política criminal, as diversas variações mundiais em relação ao acordo de leniência vêm gerando efeito inverso: insegurança jurídica, principalmente ao se tratar de cartéis internacionais.

Cada país possui uma legislação e órgãos próprios de persecução em relação a crimes de cartéis e para a celebração de acordos de leniência. Não existe qualquer organismo internacional que as una, formalize ou mesmo centralize informações a respeito de cartéis internacionais. A cooperação é fraca até mesmo no âmbito da União Europeia, onde existe

---

<sup>509</sup> Como a presente análise considera os instrumentos internacionais que tratam o acordo de leniência e não o arranjo legal advindo da internacionalização de cada Estado, a mesma lógica se aplica aos crimes de cartel. Dessa forma, não será considerada a tipificação dos Estados, mas o conceito de cartéis descritos em instrumentos de *soft law* (pois também não instrumentos de *hard law* que tipificam cartéis como crimes). OCDE “ Cartéis *hard core* são acordos anticompetitivos, práticas anticompetitivas orquestradas, ou arranjos anticompetitivos entre competidores para fixarem preços, fraudarem licitações, estabelecerem restrições ou quotas de vendas, ou dividir mercados pela alocação de consumidores, fornecedores, territórios ou espaços de comércio. Cartéis *hard core* não incluem acordos, práticas orquestradas ou arranjos que (i) estejam relacionados a reduções e custos lícitas ou maior eficiência na produção, (ii) estejam excluídos direta ou indiretamente pelas leis locais; ou (iii) estejam autorizados de acordo com tais leis. Porém, todas as exclusões e autorizações do que poderia ser considerado cartéis *hard core* precisam ser transparentes e revisadas periodicamente para se verificar se são realmente necessárias e não mais extensas do que o necessário para se alcançar os objetivos da política” (in *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, 2002, p. 106 <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2016 - Tradução livre). Tal definição também é utilizada pela UNCTAD (*Can developing economies benefit from WTO negotiations on binding disciplines for hard core cartels?*, 2003 <[http://unctad.org/en/docs/ditcclp20033\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/ditcclp20033_en.pdf)> Acesso em: 15 nov. 2016; e pela ICN (in *Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties*, 2005 <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2016).

a centralização por parte de uma Comissão, pois a celebração do acordo de leniência com a Comissão não elide a aplicação de eventuais sanções, principalmente criminais, com os demais países membros.

O compartilhamento de informações entre os órgãos de investigação ocorre por meio de instrumentos bilaterais ou *Memorandums of Understanding (MOU's)*<sup>510</sup>. Trata-se de um tipo de acordo internacional bi ou multilateral que não importa em qualquer vinculação jurídica<sup>511</sup>. É normalmente utilizado para complementar instrumentos de *hard law* e a solução decorrente de eventual violação ou descumprimento dos *MOU's* deve ser buscada entre as partes, sem a interferência de qualquer órgão internacional. Por exemplo, no caso brasileiro, foram celebrados Entendimentos de Cooperação e Acordos de cooperação<sup>512</sup> em relação ao combate a cartéis com França (2011), Rússia (2011, 2009 e 2001), Portugal (2010 e 2005), Mercosul (2009), Canadá (2008), Chile (2008), Estados Unidos da América (2003) e Argentina (2003) dentre outros.

Em razão da ausência de um sistema internacional de combate ao cartel devidamente formalizado, a celebração do acordo de leniência, dentro da jurisdição brasileira (ou também

---

<sup>510</sup> Inclusive, há instrumentos de *soft law* emanados pela OCDE que tratam da cooperação internacional “A cooperação entre os países membros no tratamento de cartéis *hard core* deve levar em conta os seguintes princípios: a) o interesse comum na prevenção de cartéis *hard core* geralmente justifica a cooperação na medida em que essa cooperação seja coerente com as leis, regulamentos e interesses do país requerido; b) na medida em que sejam compatíveis com as suas próprias leis, regulamentos e interesses e sujeitos a salvaguardas eficazes para proteger informações sensíveis do ponto de vista comercial e outras informações confidenciais, o interesse mútuo dos países membros na prevenção de cartéis *hard core* justifica a cooperação que pode incluir a troca de documentos e informações em suas posses com autoridades antitruste estrangeiras, numa base voluntária e, se necessário, através da utilização de processos formais; c) um País Membro pode recusar-se a dar cumprimento a um pedido de assistência, ou limitar ou condicionar a sua cooperação pelo facto de considerar que o cumprimento do pedido não está de acordo com as suas leis ou regulamentos ou de ser incompatível com seus interesses ou por quaisquer outros motivos, incluindo as restrições de recursos da sua autoridade de concorrência ou na ausência de interesse mútuo na investigação do facto; d) os países membros devem concordar em realizar consultas sobre questões relacionadas com a cooperação. A fim de estabelecer um quadro para a sua cooperação no tratamento de cartéis *hard core*, os Estados-Membros são encorajados a considerar a possibilidade de celebrarem acordos bilaterais ou multilaterais ou outros instrumentos compatíveis com estes princípios. (in *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, 2002, p. 107 <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>> - Tradução livre)

Os países membros são encorajados a rever todos os obstáculos à sua cooperação efectiva na aplicação das leis contra os cartéis *hard core* e a considerarem ações, incluindo legislação nacional e / ou acordos bilaterais ou multilaterais ou outros instrumentos, por meio dos quais poderiam eliminar ou reduzir esses obstáculos de forma consistente com os seus interesses importantes.

A cooperação prevista na presente recomendação não prejudica qualquer outra cooperação que possa ocorrer em conformidade com as recomendações anteriores do Conselho, nos termos de acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis em que os Estados-Membros possam ser partes ou de outra forma”.

<sup>511</sup> MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 50

<sup>512</sup> Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

de outro país) não possui repercussão jurídica nos demais países em que o cartel internacional também produziu efeitos, causando problemas de aplicação e de segurança jurídica em relação a esse tipo de extinção da punibilidade, pois os acordos de colaboração entre os países não abordam tal situação.

A UNCTAD, durante a sexta *United Nations Conference on Trade and Development*, em Genebra, apontou no relatório do painel *The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition Law against hardcore cartels in developing countries* alguns problemas da atual sistematização na aplicação do acordo de leniência para cartéis internacionais: como o intercâmbio de informações confidenciais; a necessidade de se aplicar a programas de leniência em mais de um país; as diferenças entre procedimentos, entre outros<sup>513</sup>.

Além das dificuldades apontadas pela UNCTAD, outros importantes contratempus também podem advir da ausência de sistematização e integração do combate aos crimes de cartel internacional e da aplicação do acordo de leniência. Membros do cartel internacional que aderirem ao acordo de leniência em um país (A) podem acabar sendo punidos pela mesma conduta em um país diverso (B) pelo fato de outro membro do cartel ter celebrado o acordo em B antes dele ou, então, pelo fato da autoridade de combate a cartel em B já possuir elementos necessários para comprovar o ilícito. Soma-se a isso os diferentes requisitos que cada país impõe para a empresa ou indivíduo celebrarem o acordo<sup>514</sup>. Também existe

---

<sup>513</sup> “Os programas de leniência podem se reforçar mutuamente. Uma candidatura simultânea em várias jurisdições, juntamente com uma permissão sobre a troca de informações confidenciais, permite investigações coordenadas contra os membros do cartel remanescente. Embora as autoridades antitruste sejam instadas a encorajar os candidatos a leniência se candidatarem simultaneamente a outras jurisdições, muitas autoridades simplesmente questionam aos candidatos se eles pretendem se candidatar noutro local.

Por outro lado, um programa de leniência pode ser enfraquecido se outra jurisdição impõe penalidades significativas e não possui um programa de leniência eficaz. Este efeito ocorre se a segunda jurisdição não possui um programa ou se ele não é atraente. A ameaça de punição na segunda jurisdição desencoraja os candidatos da primeira. Considere a situação em que a jurisdição A tem um programa de leniência bem concebido, mas a jurisdição B não tem nenhum, ou um atraente. Se a candidatura à leniência em A aumenta o risco de punição em B, então aplicar a A é menos atraente. (Esses efeitos negativos estão ausentes se a punição na segunda jurisdição for trivial ou altamente improvável). O efeito é real: “Com o tempo, nós [Divisão Antitruste, Departamento de Justiça dos Estados Unidos] descobrimos que ocasionalmente os membros de cartéis internacionais não solicitavam *amnesty* em uma jurisdição porque tinham maior exposição em outra jurisdição que não tinha uma política de *amnesty* transparente e previsível[...] Condições incompatíveis desencorajam a busca de leniência em várias jurisdições - por exemplo, uma jurisdição pode exigir que o candidato continue no cartel para recolher provas ou salvaguardar a investigação enquanto outra requer cessação imediata”. (Disponível em: < [http://unctad.org/en/Docs/trbpcconf7d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/trbpcconf7d4_en.pdf) >. Acesso em: 16 nov. 2016, p. 8. Tradução livre).

<sup>514</sup> “Embora os mercados dos Estados Unidos e do Reino Unido possam ser garantidos por uma conversa telefônica inicial, uma marca na UE pode não ser concedida antes de uma quantidade considerável de provas

possibilidade de se responsabilizar cartéis de exportação por uma nação que entenda essa conduta ilegal, sob o fundamento de que a juridicidade da conduta não estaria abarcada por seu ordenamento jurídico.

Essas situações demonstram que as principais características que garantiram o sucesso no uso do acordo de leniência como política-criminal ao combate a cartéis nacionais não são asseguradas na atual sistemática que trata dos cartéis internacionais.

### 5.2.2 Proporcionalidade do acordo de leniência como política criminal

Para verificar se o acordo de leniência é uma política criminal adequada para o combate ao crime de cartéis, a ferramenta que se mostra mais apta a realizar tal análise é o princípio da proporcionalidade<sup>515</sup>, já que, por meio dele, é possível constatar se o interesse geral é ou não racionalmente alcançado.

Levando-se em consideração a jurisprudência constitucional alemã, Robert Alexy<sup>516</sup> diferencia regras jurídicas de princípios. Os princípios são mandados de otimização (normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes<sup>517</sup>). Por sua vez as regras possuem apenas uma dimensão de validade jurídica: ou são válidas ou não, sendo que a declaração de sua invalidade retira sua eficácia de aplicação para todos os casos<sup>518</sup>.

Em situações em que ocorra colisão com outro princípio um dos princípios deverá ceder ao outro apenas para o caso concreto, ou seja, o princípio permanecerá válido dentro

---

ter sido apresentada e descrita à Comissão”. (MOBLEY Samantha J; DENTON, Ross (Eds.). *BAKER & McKENZIE: global leniency manual 2010*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. vi).

<sup>515</sup> Apesar de que em tese, como expõe Virgílio Afonso Silva, “o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”, o qual deveria ser chamado regra de proporcionalidade, o que importa é que “mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo ‘princípio’ é deixar claro que ele, na expressão ‘princípio da proporcionalidade’, não tem o mesmo significado de ‘princípio’ na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy”. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 26, abr. 2002).

<sup>516</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. 5. ed. alemã Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>517</sup> Op. cit., p. 90.

<sup>518</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. 5. ed. alemã Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 94.

do sistema para ser aplicado em outras situações, podendo-se dizer que para um caso concreto um princípio terá mais peso que o outro<sup>519</sup>:

No caso da colisão de princípios, deve ser realizada uma análise com base em três critérios, denominada princípio da proporcionalidade *lato sensu*<sup>520</sup>, para se verificar qual deles tem mais peso para a situação concreta e, conseqüentemente, qual será determinado válido para o caso:

“Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”<sup>521</sup>.

A regra de colisão de princípio também pode ser aplicada no âmbito criminal, já que neste âmbito existe uma constante confrontação entre valores constitucionais e a liberdade individual para se evitar excessos. Em estudo específico sobre essa constatação, Mariângela Magalhães Gomes<sup>522</sup> dispõe que o princípio da proporcionalidade é uma garantia material em relação à intervenção estatal na esfera de liberdade dos indivíduos, sendo uma garantia de caráter negativo, limitando o *jus puniendi*<sup>523</sup>.

Todavia, ao se verificar a proporcionalidade nos casos de extinção de punibilidade, nota-se que ele é revestido de um viés positivo: o dispositivo de exclusão da punibilidade já garante a liberdade (afastamento ou redução da punição). Assim sendo, o princípio da proporcionalidade deve ponderar a eficácia jurídico-penal da política criminal, se essa é efetiva para afastar a pena de um fato punível, levantando-se a questão sobre programas de leniência e se essa é isonômica em relação aos que possuem as condições de punibilidade:

<sup>519</sup> Op. cit., p. 93-94.

<sup>520</sup> “O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade”. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 15-16, abr. 2002)

<sup>521</sup> Op. cit., p. 115-116.

<sup>522</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>523</sup> Op. cit., p. 74-75. Segue a autora “O princípio da proporcionalidade, então, derivado do critério democrático de legitimidade do direito, vincula substancialmente o setor integrado por normas sancionadoras, o que acarreta, como consequência, que certas normas restritivas de liberdade só se justificam em sua funcionalidade para gerar mais liberdade do que sacrificá-la”.

“Sem dúvida leniência é eficaz. Mas deveríamos nos preocupar que dois participantes de cartel em condições muito similares recebam tratamento jurídico muito diferente? Como você refletir sobre esta questão, você pode querer revisitar uma pergunta à espreita nos fundamentos da lei antitruste – são eles efeitos apenas econômicos ou também morais?”<sup>524</sup>.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva existe uma pauta para a aplicação da proporcionalidade<sup>525</sup>. Conforme a prática do Tribunal Constitucional alemão, há um processo racional, pelo qual “os sub-elementos independentes - a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* - são aplicados em uma ordem pré-definida”<sup>526</sup>.

Seguindo a ordem de Alexy, o primeiro critério<sup>527</sup>, é o da adequação (também denominado como idoneidade). Trata da aptidão, adequação entre o meio utilizado e o fim a ser alcançado<sup>528</sup>, ou:

“Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada promovida, ainda que o objetivo

<sup>524</sup> FOX, Eleanor; CRANE, Daniel. *Global issues in antitrust and competition law*. Estados Unidos: West, 2010, p. 448. Tradução livre.

<sup>525</sup> “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 15-16, abr. 2002). Porém, no presente caso, por motivos acadêmicos, serão analisadas as três sub-regras, já que se está realizando uma análise em abstrato.

<sup>526</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 31, abr. 2002.

<sup>527</sup> Cabe destacar que existem os que defendam a utilização de tais critérios em ordens distintas da que será utilizada no presente estudo: “A primeira delas, amplamente majoritária - e aqui seguida - adota a divisão em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A segunda, adotada principalmente pelos críticos do sopesamento como método de aplicação do direito, representados principalmente por Böckenförde e Schlink, aceita somente a análise da adequação e da necessidade, excluindo o sopesamento que a análise da proporcionalidade em sentido estrito implica.

Por fim, a terceira tendência costuma identificar um elemento adicional, que precede a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Essa tendência é perceptível principalmente nos autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a *Corte Europeia de Direitos Humanos*”. (Op. cit., 27).

<sup>528</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 126.



não seja completamente realizado. [...] Dessa forma, uma medida somente pode ser inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”<sup>529</sup>.

Como restou demonstrado nesse capítulo, há uma grande dificuldade prática para se realizar a persecução dos crimes de cartéis, utilizando-se os métodos tradicionais de investigação. Em razão das relações entre os membros do cartel ocorrerem de forma privada e muitas vezes secretas, é muito difícil sua detecção por monitoramento econômico. Assim, a leniência se mostra uma ferramenta apta a auxiliar a restaurar as relações econômicas e o bem-estar geral lesados pelo cartel, pois a obtenção de informações sobre a infração por meio de um de seus participantes foi uma política que trouxe resultados práticos muito significativos. Ou seja, se mostrou um meio adequado.

Nem sempre foi assim. Como vimos, a eficácia dos programas de leniência no combate aos cartéis só ganhou proporção após as reformas que diminuíram a discricionariedade das autoridades, que deram mais segurança e transparência aos direitos e obrigações do candidato a leniência e garantiram uma imunidade administrativa e penal total ao primeiro a colaborar (desde que já não se tenha iniciado uma investigação sobre o fato a ser denunciado).

Porém, os programas de leniência não demonstram ter a mesma eficiência em relação aos cartéis internacionais. Não existe segurança e integração entre as autoridades, garantindo que um candidato que se apresente em uma jurisdição consiga os mesmos benefícios em outra jurisdição também afetada pelo mesmo cartel. Não há órgão central internacional ou acordos multilaterais entre os Estados que tratem de um procedimento padronizado para afastar tal insegurança, que poderia ser resolvida por meio de uma única candidatura que garantisse a extensão do benefício às demais jurisdições. No mundo globalizado, não existe segurança que informações sobre uma candidatura à leniência em uma jurisdição não chegue ao conhecimento de outra na qual ainda não se procurou o benefício:

“É inevitável que uma investigação num país desencadeie uma investigação em outro – e apesar de autoridades de concorrência em todo o mundo podem parecer unidas em torno da leniência para desarraigam cartéis ilícitos, muitas vezes há grandes diferenças na natureza da proteção disponível e nas etapas que precisam ser tomadas para garantir essa proteção. Eventual falha para vencer a corrida de leniência em todas as jurisdições afetadas pode ser extremamente prejudicial. (...) A necessidade das empresas e os seus consultores para serem capazes de identificar e gerenciarem o risco global,

---

<sup>529</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 36-37, abr. 2002.

realizando candidaturas à leniência multi-jurisdicionais de forma coordenada, é, portanto, mais urgente do que nunca. O risco de uma candidatura em uma jurisdição que alerte as autoridades antitruste em outra jurisdição que preveja sanções civis e criminais é uma lembrança ainda mais a necessidade de adotar uma abordagem verdadeiramente global para programas de leniência”<sup>530</sup>.

Uma solução para tal problema, com o fim de que as políticas criminais relacionadas aos programas de leniência se tornem mais adequadas para o combate à cartéis internacionais, pode ser a troca da abordagem da política criminal que vem sendo utilizada. Ao invés de se utilizar instrumentos jurídicos que resultem em harmonização das regras dos Estados, ou seja, um formato menos rígido, talvez seja o caso de se unificar, isto é, aplicar as regras por todos os Estados. Diferentes critérios para candidatura à leniência, como a exclusão e líderes de cartéis ou contra quem tenha realizado algum tipo de coação; e a possibilidade ou não de se poder realizar a leniência plus; também são falhas que geram um sentimento de insegurança<sup>531</sup>. A unificação por meio de instrumentos internacionais e não somente a harmonização pode ser um meio para resolver tal problema.

Portanto, os programas de leniência ainda precisam ser aprimorados para se mostrarem como ferramentas político-criminais mais apropriadas e eficazes para o combate a cartéis internacionais. Talvez a adoção de instrumentos de *hard law* possa ser um meio de solucionar tais problemas, desde que se obtenha consenso internacional para tanto.

O segundo critério de análise é a necessidade, que é a proteção de um interesse relevante. Ou seja, se os programas de leniência, como políticas criminais, são necessários socialmente<sup>532</sup>, significando que a “interferência há de ser proporcional ao legítimo objetivo almejado, o que não deve ser julgado no plano abstrato, mas considerando se a interferência era necessária tendo em vista fatos e circunstâncias”<sup>533</sup>.

---

<sup>530</sup> MOBLEY Samantha J; DENTON, Ross (Eds.). *BAKER & McKENZIE: global leniency manual 2010*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. vii. Tradução livre.

<sup>531</sup> A ausência de regras e vícios no uso de causas de extinção da punibilidade para crimes empresariais também ocorre em outros casos: “[...] seria necessário, ainda, formular algumas regras específicas para lidar com questões características de certos delitos – como, a título de exemplo, a extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento do tributo ou a realização de acordos administrativos, como os termos de cessação de conduta na esfera do Cade ou da CVM” (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (Livre-Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 277).

<sup>532</sup> “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 39-40, abr. 2002).

<sup>533</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.

No caso do acordo de leniência, o interesse relevante é o próprio fato punível<sup>534</sup>; é a reafirmação da vigência das normas do ordenamento jurídico no tocante à ilegalidade de cartéis internacionais. Esse interesse é tão relevante, que as proposições de política-criminal sobre a necessidade de adoção de programas de leniência partem de diversos organismos internacionais.

Cabe uma crítica em relação aos programas de leniência no tocante a esse segundo critério. Apesar de existirem instrumentos de *soft law* recomendando a internalização de duras sanções, incluindo significativas penas restritivas de liberdade contra indivíduos, como forma de se garantir o sucesso aos programas de leniência, a experiência internacional demonstra que poucos Estados adotaram tal posição e instituíram programas de leniência mesmo prevendo apenas sanções cíveis e ou administrativas como forma de coibir cartéis. Assim, há dúvidas quanto a esse viés da política-criminal, que necessita de análise concreta, de acordo com as condições e realidade de cada Estado<sup>535</sup> que internalizou normas de programas de leniência.

Por derradeiro, ao se analisar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se o acordo de leniência é um meio proporcional, medindo-se os valores (pesos) envolvidos<sup>536</sup>:

“Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a

---

<sup>534</sup> Cujá proporcionalidade não será objeto da presente dissertação.

<sup>535</sup> “Em última instância, portanto, é o legislador, guiado por suas representações valorativas, quem determina qual dos aspectos da realidade pré-jurídica deseja adotar como fundamento de sua regulação. Além do mais, as estruturas prévias não são suficientemente claras, nem estão, por sua vez, livres de influência jurídica, nem podem impor uma regulação concreta, de modo que nas zonas limítrofes dos conceitos existe um campo aberto à intervenção criadora presidida por considerações teleológico-valorativas”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 120.

<sup>536</sup> “É nesse contexto que se insere a observação de que a maior dificuldade que envolve o princípio da proporcionalidade em sentido amplo diz respeito, justamente, à concretização da relação valorativa, em virtude da qual se determina que ‘este’ fato merece ‘esta’ pena, seja no plano abstrato como ao concreto; ou ainda a constatação de que a proporcionalidade em sentido estrito difere significativamente dos demais subprincípios da proporcionalidade quanto ao seu caráter eminentemente subjetivo”. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 157).

importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”<sup>537</sup>.

Em razão da governança internacional dos programas de leniência para o combate a cartéis resultar em duplo revestimento do instituto como sendo uma forma de político-criminal, sua valoração também deve ser mantida em tal nível, a ser aferido no momento da internalização da norma de *soft law*.

Em princípio, poderia se argumentar que no sistema do *common law* existe uma arraigada tradição na disponibilidade da punição como se verifica nos usos de conceitos como *whistleblowers*<sup>538</sup> e *plea bargain*<sup>539</sup>, enquanto nos sistemas continentais se parte do pressuposto de que a “ação penal é indisponível”, ou seja, que o Estado precisa punir a todo custo ações típicas antijurídicas e culpáveis. Mas a realidade é que a transação da punibilidade faz parte também da tradição continental. Inicialmente, houve a possibilidade de extinção da punibilidade pelo arrependimento de condutas (como nos crimes contra a honra), ao mesmo tempo em que a diminuição ou extinção da punibilidade em casos de arrependimento posterior e de reparação do dano<sup>540</sup>. Hoje, adotam-se sistemas parecidos ao *plea bargain*, principalmente para infrações menos graves. Logo, por esse aspecto, haveria proporcionalidade advinda das tradições tanto do *common* quanto do *civil law*.

Outro ponto que se pode questionar é a eventual desproporcionalidade, que visa garantir o mesmo tratamento aos indivíduos responsáveis pela liderança do cartel ou que tenham coagido outros concorrentes a aderirem ao cartel. Tais condutas se demonstrariam mais reprováveis do ponto de vista ético moral e, em tese, a exclusão da punibilidade para

<sup>537</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 43, abr. 2002.

<sup>538</sup> Que atualmente já influencia o direito espanhol, por exemplo como se verifica em RÁGUES I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013; RODRIGUEZ YAGUE, Cristina. La protección de los whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos procesuales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 447-484 e na italiana AMATO, Giovanna. Whistleblowing and bribery prevention in Italy: a survey on the relevant criminal law issues of failure to report. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 62, p. 9-57, jul./set. 2016.

<sup>539</sup> Sobre o tema vide PASCHOAL, Janaína Conceição. *Breves apontamentos relativos ao instituto do “plea bargaining” no direito norte-americano*. *FMU Direito*, São Paulo, v. 15, n. 23, p. 115-126, 2001 e LANGBEIN, John H. Comprendiendo la breve historia del plea bargaining. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p. 59-70, 2001.

<sup>540</sup> Como demonstra os trabalhos de RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e ROSENTHAL, Sérgio. *A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano*. São Paulo: Dialética, 2005.

tais indivíduos poderia gerar um tratamento desigual em relação aos outros indivíduos que participam de um cartel internacional. Porém, como verificamos no capítulo anterior, esse ponto depende da internalização e de cada regra, partindo da política criminal de que cada Estado aplica aos seus institutos e extinção de punibilidade como se amoldará o programa de leniência internamente. Além disso, é importante destacar que, apesar do líder do cartel realizar uma conduta com uma maior violação moral e ética, ele é o que, provavelmente, possui mais informações sobre a conduta, ou seja, sua candidatura ao programa de leniência pode trazer mais elementos probatórios às autoridades antitrustes do que os demais membros.

A ponderação política que se deve realizar é se os interesses político-econômicos podem se sobrepor aos interesses político-criminais, ou seja, qual política deve prevalecer? A resposta parece ser ambas, pois no caso de programas de leniência parece existir uma conjunção de interesses: a persecução dos cartéis, os danos advindos dessa conduta e a persecução criminal em relação aos demais membros do cartel.

Também, deve-se levar em consideração, para o presente estudo, que o benefício da extinção da punibilidade é balanceado com toda a colaboração que se deve ter com as autoridades (incluindo os custos incorridos com tal colaboração), sendo que se as condições não forem fielmente observadas, o candidato pode acabar perdendo o benefício.

Assim, apesar de vícios pontuais e necessidade de aprimoramento, os programas de leniência se mostram uma política criminal proporcional ao combate de cartéis internacionais.

### 5.3 Conclusões parciais

A configuração dos instrumentos de *soft law* que tratam dos programas de leniência foi baseada no modelo norte-americano e levou em consideração as mudanças legais que ocorreram no começo da década de 1990 em tal país, que garantiram maior eficácia ao programa, quais sejam: (i) menor poder discricionário para as autoridades antitruste concederem o benefício; e (ii) maior transparência e segurança sobre as obrigações e benefícios relacionados ao candidato à leniência, principalmente no tocante às penas a serem anistiadas.

A lógica dos programas de leniência está baseada na teoria dos jogos, mais especificamente em um jogo conhecido como “dilema do prisioneiro”. O dilema do prisioneiro é uma ferramenta econômica que serve para situações em que há contraposição de interesses individuais entre diversos jogadores. Nesse tipo de situação, o jogador deve ponderar sobre os benefícios e prejuízos de cada uma de suas possíveis jogadas e também sobre os movimentos que os demais jogadores podem adotar. A jogada mais racional é aquela que produz o melhor resultado ao jogador (equilíbrio de Nash). No caso dos programas de leniência, a ponderação deve levar em consideração a posição do jogador (se líder do cartel ou não, por exemplo), a posição dos demais concorrentes (quem será o primeiro a se candidatar); as jogadas das autoridades públicas envolvidas e, principalmente, se há investigação em curso sobre o cartel, dentre outras variáveis. Sendo que as probabilidades ganham proporções exponenciais no caso de cartéis internacionais, devido às diversas jurisdições envolvidas e a arquitetura legal que cada Estado adotou ao incorporar os programas de leniência.

As críticas realizadas sobre a adoção de institutos legais com origem no teorema dos prisioneiros parecem não mais encontrar fundamento doutrinário. A visão social que se tinha de que o candidato seria um traidor, não subsiste mais, sendo alçado como protetores do interesse público. Ademais, um Estado democrático e social de direito não pode basear suas políticas em fundamentos morais, mas sim na eficácia (desde que respeitado os limites impostos pelo ordenamento jurídico).

Os acordos de leniência, como institutos de extinção de punibilidade, afastam-na de algumas de ações típicas, antijurídicas e culpáveis de acordo com um critério objetivo pós delito. A punibilidade, em determinados casos especiais, atendendo formulações político criminais e extrapenais, pode ser afastada mediante um juízo de ponderação entre a necessidade de pena e o fim que se busca com a causa de extinção da punibilidade.

As condições envolvendo tanto os membros do cartel que podem se candidatar à leniência, quanto os requisitos para se obter a leniência, bem como os benefícios envolvidos (supressão total ou redução da pena restritiva de liberdade) tratam de interesses político criminais que podem estar vinculados à finalidade extrapenais, como econômicos, já que o Direito Antitruste eminentemente reflete políticas econômicas. Assim, tais interesses

econômicos (persecução a cartéis) se sobrepõem aos interesses penais, principalmente os relacionados à finalidade da pena.

Os acordos de leniência possuem uma função dupla de política criminal. Refletem uma política criminal desenvolvida no âmbito internacional, por meio de organismos internacionais como a OCDE, UNDTAD e ICN e, no nível doméstico, tem o fim de tornar mais eficaz a punição aos crimes de cartel em razão da dificuldade de se realizar a persecução desse tipo de infração por meio dos casos tradicionais, por meio do afastamento da punibilidade do candidato à leniência. Assim, o acordo de leniência, ao buscar a punição dos demais membros do cartel, é revestido de características relacionadas à prevenção geral positiva da pena:

Porém, a aplicação do acordo de leniência para cartéis internacionais, na atual governança mundial do instituto, acarreta uma série de dificuldades que mitigam as características que foram responsáveis pelo sucesso do uso programa para cartéis nacionais. A ausência de um órgão central que permita uma candidatura única e os diferentes requisitos para se obter o benefício em cada país afasta a segurança aos candidatos, pois não há clareza se: (i) ele poderá se candidatar em todas as jurisdições; e (ii) se haverá condições antagônicas entre as legislações de cada Estado.

Como instrumento de política criminal ao combate a cartéis internacionais que envolve a exclusão de punibilidade, o uso de programas de leniência, ao ser analisado por meio do princípio da proporcionalidade, mostrou-se válido, apesar da necessidade de aprimorá-lo para se tornar mais eficaz. É adequado em razão da dificuldade prática para se realizar a persecução os crimes de cartéis, utilizando-se os métodos tradicionais de investigação, fomentando o objetivo político criminal pretendido, qual seja, de persecução e punição aos cartéis internacionais. É necessário para se reafirmar a vigência das normas do ordenamento jurídico no tocante à ilegalidade de cartéis internacionais. Esse interesse é tão relevante, que as proposições de política-criminal sobre a necessidade de adoção de programas de leniência partem de diversos organismos internacionais. Por fim, ao se sobrepesar o uso de programas de leniência criminal como política criminal, verifica-se que seus benefícios remanescem em relação aos seus pontos negativos, ou seja, a exclusão da pena (mesmo quando se trata de indivíduos com papel de liderança em um cartel) como atrativo para se investigar e punir os demais membros deve prevalecer em relação a uma

remotíssima chance de se punir o candidato à leniência levando-se em consideração os métodos tradicionais de detecção de cartéis.



## 6 CONCLUSÃO

O Direito Internacional Penal é um fenômeno recente, relacionado a uma nova organização da criminalidade, ligada à globalização e à intensificação das relações supranacionais da sociedade contemporânea, mas com raízes no passado, como no caso do combate a pirataria em águas internacionais.

A doutrina vem estudando e explicando com bastante homogeneidade as causas e os fatos que suportam o aumento do número de instrumentos vinculados à nova criminalidade transnacional. Porém, há uma grande divergência na definição de seu objeto: o que é realmente o Direito Internacional Penal?

Sem uma definição clara e amplamente aceita sobre quais normas integram o Direito Internacional Penal e como se dá sua aplicação prática, estudos que visam estabelecer seus princípios, por meio da formulação de uma parte geral ou mesmo especial, podem ter sua importância bastante reduzida ou limitada.

Parece-nos claro que limitar o Direito Internacional Penal ao sistema criado por meio da Convenção de Roma, que instituiu os crimes sob jurisdição suplementar do Tribunal Penal Internacional, é retirar dessa ciência a análise da elaboração de uma série de normas internacionais que influem na tipificação de diversos delitos nos ordenamentos estatais, o mesmo se aplicando apenas às normas criminais previstas nas fontes tradicionais de Direito Internacional, previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Não se pode negar que nos últimos anos os ordenamentos jurídicos nacionais vêm sofrendo grande influência de instrumentos normativos emanados de antigos e novos atores da nova governança internacional e que tais normas buscam uma harmonização (*lato sensu*) de tipos penais entre os Estados, passando por um processo de unificação, universalização ou harmonização (*stricto sensu*).

Apesar de não existir um consenso sobre o significado de crime internacional, ou seja, o objeto do Direito Internacional Penal, busca-se resolver esse impasse por meio da

utilização de um critério que vem sendo ultimamente estudado pelo Direito Internacional Público e pela ciência das Relações Internacionais, ligado ao viés de aplicação prática das normas internacionais: *compliance*, isto é, verificar quais normas de natureza penal os Estados vêm internalizando em seus ordenamentos jurídicos.

Assim, por meio do *compliance*, ou seja, da verificação se há ou não a incorporação da norma internacional de Direito Penal ao respectivo ordenamento jurídico nacional, pode-se chegar a uma solução para se delimitar o objeto do Direito Internacional Penal.

O *compliance* com as normas de Direito Internacional Penal, não importando sua natureza, ocorre com a internalização da norma aos ordenamentos jurídicos domésticos. Somente por meio desse processo de internalização, em atenção ao princípio da legalidade, é que a norma produz efeitos. Por meio desse processo é que o Poder Judiciário pode aplicá-la, concretizá-la e, eventualmente, exercer o *ius puniendi* estatal.

As críticas em relação a eventual déficit de legitimidade de tais normas, por suposta violação ao princípio da legalidade, não parecem válidas quando a internalização da norma ocorre seguindo as formas dispostas em cada ordenamento jurídico, já que tais formas foram democraticamente estabelecidas. Em paralelo, as críticas realizadas em relação à racionalidade do processo legislativo das normas internacionais também são cabíveis às normas internas. Ou seja, ambas parecem padecer dos mesmos vícios.

A conclusão sobre *compliance* com as normas de Direito Penal Internacional faz uso de preceitos realistas, já que a ponderação e os fatores internos e externos são utilizados ao se internalizar normas de Direito Penal Internacional. Em essência, pode-se afirmar que o combate à criminalidade organizada<sup>541</sup> e as normas emanadas para seu combate representam os interesses externos que, por meio de uma decisão racional de política interna, são incorporados ao ordenamento jurídico de um determinado Estado. Ou seja, os Estados devem agir dentro da racionalidade de seus ordenamentos ao realizar o *compliance* com as normas internacionais. Do ponto de vista dos institucionalistas, nota-se que o Direito Internacional Penal possui uma relação muito grande com organismos internacionais. Além de negociarem tratados, os ordenamentos jurídicos nacionais também incorporam muitas

---

<sup>541</sup> Mencionada no capítulo precedente.

recomendações de criminalização de condutas ou até mesmo modelos legais padrões preparados por tais organismos internacionais. Logo, aparentemente tais atos normativos são revestidos por *fairness*. Ainda de acordo com os institucionalistas, mas levando-se em consideração aspectos gerenciais, internalização de tais normas, em cada ordenamento, é o ritual que garante o *compliance*, já que ele é fundamental ao Direito Penal em razão do princípio da legalidade. Por meio da internalização, e a consequente aplicação de tais normas pelos juízes – sua concretização - acarretará transparência sobre a *compliance* e, por sua vez, tais dados poderão ser analisados pelos organismos internacionais. Além disso, também é possível a avaliação dos efeitos práticos de tais normas de natureza criminal<sup>542</sup>.

Por derradeiro, o processo de internalização possui aspectos da teoria liberal. Tal processo garante o respeito a fatores internos que resultam em *compliance* com as normas de Direito Internacional Penal, já que permite a adesão à norma de acordo com a situação política interna, que pode gerar reservas aos tratados por um lado ou a incorporação parcial de recomendações ou modelos legais por outro lado.

A governança internacional das normas que tratam do acordo de leniência é realizada por meio de instrumentos de *soft law* emanados por organismos internacionais de naturezas distintas: OCDE, UNTAD e ICN. Tais organizações além de recomendarem ou proporem modelos legislativos aos seus membros sobre a adoção de programas de leniência para o combate a cartéis, também são responsáveis pela avaliação de tais programas, revisando constantemente suas proposições e, conseqüentemente, os instrumentos internacionais por eles emanados que estão em constante aprimoramento.

No tocante à adoção do programa de leniência, verificamos que todos os membros da OCDE internalizaram tal mecanismo de combate a cartéis em seus ordenamentos jurídicos, mas não de forma uniforme, ou seja, a adoção foi realizada considerando as estruturas internas de combate a cartéis que, muitas vezes não preveem o uso de sanções criminais, apesar de recomendações internacionais nesse sentido. Essas recomendações e modelos legais são classificados como instrumentos de *soft law*, que são normas emanadas

---

<sup>542</sup> Como se verifica em MORALES ROMERO, Marta Muñoz. Evaluación legislativa y racionalidad en el ámbito penal europeo (y nacional). *Revista Penal*, Valencia, n. 27, p. 51-77, jan. 2011 e Evaluación de los sistemas penales: contribución a una política criminal racional. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; PRIETO DEL PINO, Ana María; SOTO NAVARRO, Suzana (Eds.). *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 253-272.

por organismos internacionais sem caráter vinculante, mas que, apesar disso, possui bons níveis de *compliance* por parte dos Estados.

Assim como outras normas de Direito Internacional, a forma de avaliar o *compliance* com normas de *soft law* é verificar se tais instrumentos foram internalizados nos ordenamentos jurídicos dos Estados, em atenção ao princípio da legalidade. Além disso, se o nível de *compliance* em relação a instrumentos de *soft law* é significativo, elas podem se transformar em instrumentos internacionais de *hard law* quando: (i) são convertidos em tratados e convenções; ou (ii) são aptos a formar o *opinio iuris* do Direito Consuetudinário Internacional.

Como instrumentos de *soft law* não são aptos a produzirem efeitos jurídicos sem a internalização nos ordenamentos jurídicos nacionais, ou seja, são normas de efeito mediato, podem ser classificados como importantes ferramentas de política criminal internacional, pois resultam em harmonização legislativa, uma espécie de *lege ferenda* com um alto grau de eficácia.

Se por um lado, a influência política na política criminal internacional é muito forte, por outro, o respeito ao princípio da legalidade no momento do Estado incorporar dispositivos jurídicos, advindo de políticas criminais internacionais, dá-lhe garantias jurídicas e legitimidade.

A configuração dos instrumentos de *soft law* que tratam dos programas de leniência foi baseada no modelo norte-americano e levou em consideração as mudanças legais que ocorreram no começo da década de 1990 em tal país. Tais mudanças garantiram maior eficácia ao programa, quais sejam: (i) menor poder discricionário para as autoridades antitruste concederem o benefício; e (ii) maior transparência e segurança sobre as obrigações e benefícios relacionados ao candidato à leniência, principalmente no tocante às penas a serem anistiadas.

A lógica dos programas de leniência está baseada na teoria dos jogos, mais especificamente em um jogo conhecido como “dilema do prisioneiro”. O dilema do prisioneiro é uma ferramenta econômica que serve para situações em que há contraposição de interesses individuais entre diversos jogadores. Nesse tipo de situação, o jogador deve

ponderar sobre os benefícios e prejuízos de cada uma de suas possíveis jogadas e também sobre os movimentos que os demais jogadores podem adotar. A jogada mais racional é aquela que produz o melhor resultado ao jogador (equilíbrio de Nash). No caso dos programas de leniência, a ponderação deve levar em consideração a posição do jogador (se líder do cartel ou não, por exemplo), a posição dos demais concorrentes (quem será o primeiro a se candidatar); as jogadas das autoridades públicas envolvidas e, principalmente, se há investigação em curso sobre o cartel, dentre outras variáveis. Sendo que as probabilidades ganham proporções exponenciais no caso de cartéis internacionais, devido às diversas jurisdições envolvidas e à arquitetura legal que cada Estado adotou ao incorporar os programas de leniência.

Os acordos de leniência são classificados como institutos de extinção de punibilidade. Assim, são situações pós delitivas aptas a afastar a aplicação da pena em situações, *a priori*, puníveis. A punibilidade, em determinados casos especiais, atendendo formulações político criminais e extrapenais, pode ser afastada mediante um juízo de ponderação entre a necessidade de pena e o fim que se busca com a causa de extinção da punibilidade.

As condições envolvendo tanto os membros do cartel que podem se candidatar à leniência, quanto os requisitos para se obter a leniência, bem como os benefícios envolvidos (supressão total ou redução da pena restritiva de liberdade) tratam de interesses político criminais que podem estar vinculados a finalidades extrapenais, como econômicas, já que o Direito Antitruste eminentemente reflete políticas econômicas. Assim, tais interesses econômicos (persecução a cartéis) se sobrepõem aos interesses penais, principalmente os relacionados à finalidade da pena.

Os acordos de leniência possuem uma função dupla de política criminal. Refletem uma política criminal desenvolvida no âmbito internacional, por meio de organismos internacionais como a OCDE, UNDTAD e ICN e, no nível doméstico tem o fim de tornar mais eficaz a punição aos crimes de cartel em razão da dificuldade de se realizar a persecução desse tipo de infração por meio dos casos tradicionais e por meio do afastamento da punibilidade do candidato à leniência. Assim, o acordo de leniência, ao buscar a punição dos demais membros do cartel, é revestido de características relacionadas à prevenção geral da

pena, na concepção geral positiva: reforçar a firmeza da vigência das normas do ordenamento jurídico no tocante ao combate à cartéis.

A aplicação do acordo de leniência para cartéis internacionais, na atual governança mundial do instituto, acarreta uma série de dificuldades que mitigam as características que foram responsáveis pelo sucesso do uso programa para cartéis nacionais. A ausência de um órgão central que permita uma candidatura única e os diferentes requisitos para se obter o benefício em cada país afasta a segurança aos candidatos, pois não há clareza se: (i) ele poderá se candidatar em todas as jurisdições; e (ii) se haverá condições antagônicas entre as legislações de cada Estado.

Como instrumento de política criminal ao combate a cartéis internacionais que envolve a exclusão de punibilidade, o uso de programas de leniência, ao ser analisado por meio do princípio da proporcionalidade, mostrou-se válido, apesar da necessidade de aprimorá-lo para se tornar mais eficaz. É adequado em razão da dificuldade prática para se realizar a persecução dos crimes de cartéis, utilizando-se os métodos tradicionais de investigação, fomentando o objetivo político criminal pretendido, qual seja, de persecução e punição aos cartéis internacionais. É necessário para se reafirmar a vigência das normas do ordenamento jurídico no tocante à ilegalidade de cartéis internacionais. Esse interesse é tão relevante, que as proposições de política-criminal sobre a necessidade de adoção de programas de leniência partem de diversos organismos internacionais. Por fim, ao se sobrepesar o uso de programas de leniência criminal como política criminal, verifica-se que seus benefícios remanescem em relação aos seus pontos negativos, ou seja, a exclusão da pena (mesmo quando se trata de indivíduos com papel de liderança em um cartel) como atrativo para se investigar e punir os demais membros deve prevalecer em relação a uma remotíssima chance de se punir o candidato à leniência levando-se em consideração os métodos tradicionais de detecção de cartéis.

## REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard law and soft law in international governance. *International Organization*, [s. l.], v. 54, n. 3, p. 421-456, Summer 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. 5. ed. alemã Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

AMATO, Giovanna. Whistleblowing and bribery prevention in Italy: a survey on the relevant criminal law issues of failure to report. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 62, p. 9-57, jul./set. 2016.

AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. esp. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

\_\_\_\_\_. *Princípios e imputación en el derecho penal internacional*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008.

\_\_\_\_\_. *¿Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional: dos estudios para una teoría coherente del derecho penal internacional*. Trad. Ezequiel Malarino e Carolina Aguilera Marinovic. Bogotá: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho da Universidad Externado de Colombia, 2013.

ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do direito penal: idéias e processo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 84, p. 49-76, mai./jun. 2010.

\_\_\_\_\_. La armonización internacional del derecho penal: hechos, actores y procesos en los caminos de la armonización. *European Inklings (EUi)*, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://www.ehu.es/documents/1736829/2010409/EyC+32+Armonizaci%C3%B3n+Pena+DIG.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_; NIETO MARTÍN, Adán. *Código de derecho penal europeo e internacional*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2008.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (Coords.). *El derecho penal económico en la era compliance*. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013.

ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of criminal law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ASÚA BATARRITA, Adela. Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional. In: CERESO MIR, José et al. *El nuevo código*

*penal*: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 228.

BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 57-69, 1997.

BARATTA, Roberto. *Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded?* *European Journal of International Law*. [s. l.], v. 11, n. 2, p. 413-425, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECK, Ulrich. *World at risk*. Trad. inglês Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BORGER, Julian. 'Flagrant disregard': UN condemns north Korean missile launches. *The Guardian*. set. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/sep/06/grave-violation-un-strongly-condemns-north-korean-missile-launches>>. Acesso em: 11 set. 2016.

BOYLE, A. E. Some reflections on the relationship of treaties and soft law. *International and Comparative Law Quarterly*. [s. l.], v. 48, n. 4, p. 904-907, Oct. 1999.

BRANCO, Fernando Castelo. Reflexões sobre o acordo de leniência: moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flavia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito penal econômico*: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008. (GVLaw).

BURGSTALLER, Markus. *Theories of compliance with international law*. [s. l.]: Martinus Nijhof, 2004.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Delação premiada: moral, legitimidade, arranjo institucional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 232, p. 7-8, mar. 2012.

CARRINGTON, Damian. The Maldives, a fledgling democracy at the vanguard of climate change. *The Guardian*. set. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/environment/2013/sep/26/maldives-democracy-climate-change-ipcc>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de. La categoría de la punibilidad como sede de las valoraciones ajenas a lo injusto culpable. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 17, p. 379-407, 2005.



CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASSESE, Antonio. *International criminal law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

\_\_\_\_\_. Existe um conflito insuperável entre a soberania dos estados e justiça penal internacional? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Sílvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

CERVINI, Raúl; TAVAREZ, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

CHINKIN, Christiane. Normative development in the International legal system. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

CHERIF BASSIOUNI, M. *Derecho penal internacional: projecto de codigo penal internacional*. Trad. Jose L. de La Cuesta Arzamendi. Madri: Tecnos S.A., 1984.

\_\_\_\_\_. *Introduction to international criminal law*. 2. ed. Boston: Martinus Nijhoff, 2013.

COBO DEL ROSAL, Manuel. La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 6, p. 09-53, 1983.

CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a lei 11.482/2007. *Revista do IBRAC*, v. 15, n. 4, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (Livre-Docência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

CRAWFORD, Adam. International and comparative criminal justice and urban governance. In: CRAWFORD, Adam (Ed.). *International and comparative criminal justice and urban governance: convergence and divergence in global, national and local settings*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

CRYER, Robert et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. Introducción: objetivos y metodología. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. A influência do direito comparado sobre a atividade dos tribunais penais internacionais. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DÍEZ RIPOLLÈS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DISSENHA, Rui Carlos. *Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DWORKIN, Ronald M. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FRANCK, Thomas M. *Fairness in the international law and institutions*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

FREEDOM HOUSE. *An eighth year of decline in political rights and civil liberties*. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2014?gclid=CL3yqfflm8MCFdgJgQodvFQAvA#.VLq8j205CUk>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Globalização e sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 165-186, abr./jun. 2003.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FOX, Eleanor; CRANE, Daniel. *Global issues in antitrust and competition law*. Estados Unidos: West, 2010.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 2-3, fev. 2006.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. Acerca de la internacionalización del derecho penal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito internacional penal: uma perspectiva dogmático-crítica*. Coimbra: Almedina, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HENKIN, Louis. *How nations behave: law and foreign policy*. 2. ed. Nova Iorque: Columbia University Press, 1979.

HESSLER, Kristen. State sovereignty as no obstacle to international criminal law. In: MAY, Larry; HOSKINS, Zachary (Eds.). *International criminal law and philosophy*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.

HIRSCH, Hans Joachim. Internacionalización del derecho penal y de la ciencia del derecho penal: ciencia del derecho penal nacional y universal. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo, estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional - CSA da Moeda, 1999.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán. Crímenes internacionales, jurisdicción y principio de legalidad penal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gernécia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projecto filosófico*. Trad. Artur Morão. Covilhã: LusoSofia Press, 2008. (Col. Textos Clássicos de Filosofia).

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOH, Harold Hongju. Why do nations obey international law? *Faculty Scholarship Series*. Paper 2101, 1997.

LANGBEIN, John H. Compreendendo la breve historia del plea bargaining. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p. 59-70, 2001.

LEARY, Virginia. *International labor conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. Boston: Martinus Nijhoff, 1982.

LEE, Win-chiat. International crimes and universal jurisdiction. In: MAY, Larry; HOSKINS, Zachary (Eds.). *International criminal law and philosophy*. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.

LEITE, Inês Ferreira. *O conflito de leis penais: natureza e função do direito penal internacional*. Coimbra: Coimbra, 2008.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: 34/Edesp, 2004.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MANES, Vittorio. Método e limites da interpretação conforme as fontes supranacionais em matéria penal. Trad. Rogério Fernando Taffarello. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 97, p.11-67, jul./ago. 2012.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. 3. reimpr. da 1. ed. de 2005. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

MANUEL OTERO, Juan. Hacia la internacionalización de la política criminal: castigo o impunidad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires*, v. 9, n. 16, p. 113-135, 2003.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MATOS, César. O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos. *Revista do IBRAC*, v. 4, p. 39-58, jan. 1997.

MEARSHIMER, John J. Structural realism. In: DUNNE, Tim; KURKI, Milja; SMITH, Steve (Eds.). *International relations theories: discipline and diversity*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MENDONCA, Susana. *The hole of the OECD in shapping EU trade policy*. Directorate-General for External Policies, Policy Department, European Parliament. Disponível em:

<[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/570455/EXPO\\_BRI\(2016\)570455\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/570455/EXPO_BRI(2016)570455_EN.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2016.

MENDONZA CALDERÓN, Silvia. Algunas observaciones sobre la aplicación del principio de legalidad en derecho penal internacional. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Ed.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

MERKOURIS, Panos; FITZMAURICE, Malgosia. *Environmental compliance mechanisms*. Oxford Bibliographies Online, 2012.

MILANOVIC, Marko; SICILIANOS, Linos-Alexander. Reservations to treaties: an introduction. *The European Journal of International Law*. [s. l.], v. 24, n. 4, p. 1055-1059, 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOBLEY Samantha J; DENTON, Ross (Eds.). *BAKER & McKENZIE: global leniency manual 2010*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

MONTIEL, Juan Pablo. La "mala costumbre" de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional. In: MONTIEL, Juan Pablo (Ed.). *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madri: Marcial Pons, 2012.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz. Evaluación legislativa y racionalidad en el ámbito penal europeo (y nacional). *Revista Penal*, Valencia, n. 27, p. 51-77, jan. 2011.

MORAVCSIK, Andrew. Liberalism and international relations theory. *Center for International Affairs*. Harvard University. Working Paper n. 92-6, 1992.

MUÑOZ DE MORALES, Marta. La armonización y la unificación como instrumento de global governance. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; JULIO LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán. *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

MURPHY, Craig N. Global governance over the long haul. *International Studies Quarterly*, v. 58, n. 1, p. 216-218, mar. 2014.

NASHEED, Mohamed. Maldives ousted president appeals for global help to bring early election. *The Guardian*. abr. 2012. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2012/apr/18/maldives-ousted-president-mohamed-nasheed>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEUHOLD, Hanspeter. The foreign-policy "cost-benefit-analysis" revisited. *German yearbook of international law*. [s. l.], v. 42, p. 84-124, 1999.

NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del derecho penal económico? In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

O'CONNELL, Mary Ellen. International legal system. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the International legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

O'KEEFE, Roger. Universal jurisdiction: clarifying the basic concep. *Journal of International Criminal Justice*, set. 2004. Disponível em: <<http://jicj.oxfordjournals.org/content/2/3/735.full.pdf+html>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

O'KEEFE, Roger. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

OLIVEIRA, Gesner. A cenoura e o porrete contra os cartéis. *Folha de São Paulo*, nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1511200305.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Breves apontamentos relativos ao instituto do "plea bargaining" no direito norte-americano*. *FMU Direito*, São Paulo, v. 15, n. 23, p. 115-126, 2001.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *¿Qué queda del principio de legalidad en Derecho penal internacional? En especial, una reflexión sobre la necesidad de recuperar el rigor en la construcción de normas penales internacionales, los límites materiales al Derecho positivo y la capacidad de rendimiento de la fórmula de RADBRUCH*. [s. l.: s. n], p. 1.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Guilherme Teixeira. *Política de combate a cartel no Brasil: análise jurídica do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Principio de justicia penal universal versus principio de jurisdicción penal internacional*. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Ed.). *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

\_\_\_\_\_; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. El principio de justicia universal. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.); BENITO SÁNCHEZ, Demelsa (Ed.). *El principio de justicia universal: una propuesta de lege ferenda*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional penal: imunidades e anistias*. Barueri: Manole, 2012.

PIETH, Mark. Los actores del cambio. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.); PIETH, Mark (Dir.); SIEBER, Ulrich (Dir.); MORALES M, Marta (Coord.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Estados Unidos: Harvard, 1995.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

RÁGUES I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013.

RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. International law, international relations and compliance. In: RISSE, Thomas; CARLNAES, Walter; SIMMONS, Beth (Eds.). *Princeton Law & Public Affairs Paper No. 02-2. The handbook of international relations*. Sage Publications, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REDGWELL, Catherine. Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties. *British Yearbook of International Law*, [s. l.], v. 64, n. 1, p. 245-282, nov. 1994.

REINICKE, H. Wolfgang; WITTE, Jan Martin. Challenges to the international legal system interdependence, globalization, and sovereignty: the role of non-binding international legal accords. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROCKEFELLER, Edwin S. *A religião do antitruste: como a crença cega no antitruste levou a uma aplicação confusa e arbitrária das leis antitruste*. Trad. Lucia Helena de Sena Franca. São Paulo: Singular, 2009.

RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. *Revista dos Tribunais*, v. 96, n. 862, p. 22-33, ago. 2007.

RODRIGUEZ YAGUE, Cristina. La protección de los whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos processuales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

ROSENTHAL, Sérgio. *A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano*. São Paulo: Dialética, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, S.L, 1997.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Trad. 2. ed. alemã e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas Ediciones, S.L, 2008.

\_\_\_\_\_. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. *Sistema del hecho punible/2: ilícito y justificación*. CÓRDOBA E. Gabriela et al (Coords.). Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

RUDLOFF, Peter. Offensive realism, defensive realism, and the role of constraints. *The Midsouth Political Science Review*, [s. l.], v. 14, p. 45-77, dez. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMI, Maíra Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SHELTON, Dinah. Introduction: law, non-law and the problem of 'soft law'. In: SHELTON, Dinah (Ed.). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

SIEBER, Ulrich. Los factores que guían la armonización del derecho penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille et al (Eds.). *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 65-78, out./dez. 1998.

\_\_\_\_\_. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. Trad. 2. ed. esp. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 34-38, out./dez. 1995.

\_\_\_\_\_. *Principio de legalidad y legislación penal europea ¿una convergencia imposible?* Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla, La Mancha, 2006, p. 1. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/5jesus-maria-silva.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, n. 9, p. 83-101, jan. 2002.



\_\_\_\_\_. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Vladimir Spíndola. O instituto da leniência no direito antitruste norte-americano. *Revista do IBRAC*, v. 9, n. 1, p. 323-345, jan. 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

\_\_\_\_\_; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance: direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 25, p. 591-626, 2013.

SIMONSSON, Ingeborg. Criminalizing cartels in the EU: is there a case for harmonisation? In: BEATON-WELLS, Caron; EZRACHI, Ariel (Eds.). *Criminalizing cartels: critical studies of an international regulatory movement*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Liberal international relations theory and international economic law. *The American University International Law Review*, v. 10, n. 2, p. 717-743, 1995.

SOUSA, João Ramos de. *Julgamento sem romance: processo penal, literatura jurídica e teoria dos jogos: uma análise econômica*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 13, n. 3, p. 387-416, jul./set. 2003.

STACY, Helen. Criminalizing culture. In: MAY, Larry; HOSKINS, Zachary (Orgs.). *International criminal law and philosophy*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2014.

TAVARES, Juarez. Criminalidade nacional, transnacional e internacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014.

TIEDEMANN, Klaus; CANCIO MELIÁ, Manuel. La armonización del derecho penal en los estados miembros de la Unión Europea. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, v. 49, n. 2, p. 385-404, mai/ago. 1996.

VOGEL, Joachim. Por un código penal europeo. *Iter Criminis: revista de ciencias penales*, México, n. 9, p. 313-349, jan./mar. 2004.

\_\_\_\_\_. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. *Revista Penal*. Valencia, n. 22, p. 160-167, jul. 2008.

\_\_\_\_\_. Evaluación de los sistemas penales: contribución a una política criminal racional. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; PRIETO DEL PINO, Ana María; SOTO NAVARRO, Suzana (Eds.). *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

\_\_\_\_\_. Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicial. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2006.

\_\_\_\_\_. Legislación penal y ciencia del derecho penal: reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 11, p. 249-265, jan. 2003.

WALLACE, Rebecca M. M.; MARTIN-ORTEGA, Olga. *International law*. 7. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2013.

WALTZ, Kenneth N. Structural realism after the cold war. *International Security*. [s. l.], v. 25, n. 1, p. 5-41, Summer 2000.

WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. A framework for analysis. In: WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold K. (Eds.). *Engaging countries: strengthening compliance with international environmental accords*. Cambridge: MIT Press, 1998.

WEISS, Thomas G.; WILKINSON, Rorden. Rethinking global governance? Complexity, authority, power, change. *International Studies Quarterly*. [s. l.], v. 58, n. 1, p. 207-215, mar. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

## DOCUMENTOS CONSULTADOS

DOJ. *Final report to the attorney general and assistant attorney general for antitrust*, 2000. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/final-report>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

ICN. *Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties*, 2005. Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>>). Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Anti-Cartel Enforcement Manual*, 2007. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc343.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Recommended Practices*. Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/icnguidance.aspx>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Other ICN Guidance*. Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/icnguidance.aspx>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Good practices and other Practical tools*. <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/icnguidance.aspx>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

OCDE. *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, 1998. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Hard Core Cartels*, 2000. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*, 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Programmes*, 2002 Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf>>. Acesso em: 15 de nov. de 2016;

\_\_\_\_\_. *Competition Law and Policy in Korea*, 2002. Disponível em: <<https://www.oecd.org/korea/34834187.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Competition Law and Policy in Japan*, 2002. Disponível em: <<https://www.oecd.org/japan/34832229.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Competition Law and Policy in South Africa*, 2003. Disponível em: <<https://www.oecd.org/japan/34832229.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Competition Law and Policy in Peru*, 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/34728182.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean*, Outubro, 2004 Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835329.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016;

\_\_\_\_\_. *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*, 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/35863307.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases*, 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/41255395.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*, 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2010%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Latin American Competition Forum*, 2009. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/latinamerica/2009%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *2010 Latin American competition forum*, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2010%20Latin%20American%20Competition%20Forum.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Competition Law and Policy in Brazil*, 2010. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Improving International Co-operation in Cartel Investigations*, 2012; Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *The impact of cartel on the poor*, 2013. Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1_en.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Recommendation of the OECD Council concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings*, 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/2014-rec-internat-coop-competition.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016;

OMC. *Consumers, Multilateral Competition Policy and the WTO: technical report*, Março, 2003. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/symp03\\_ci\\_tech\\_report\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/symp03_ci_tech_report_e.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016;

UNCTAD. *Can developing economies benefit from WTO negotiations on binding disciplines for hard core cartels?*, 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/ditccpl20033\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/ditccpl20033_en.pdf)>. Acesso em 12 dez. 2016;

\_\_\_\_\_. *Model on law Competition*, 2007. Disponível em <[http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf5d7rev3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf)>, Acesso em 16 de nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Guidebook on competition systems*, 2007. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/ditccpl20072\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/ditccpl20072_en.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Model Law on Competition (2010) – Chapter X*, Agosto, 2010. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L10_en.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Model Law on Competition (2010) – Chapter XI*, Agosto, 2010. Disponível em <[http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L11\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7L11_en.pdf)> Acesso em 16 de nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries*, 2010. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d4_en.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Appropriate sanctions and remedies*, 2010. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d5_en.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *The impact of cartel on the poor*, 2013. Disponível em: <[http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd24rev1_en.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2016;

\_\_\_\_\_. *Competition Guidelines: Leniency Programmes*, 2016. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2016d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2016d3_en.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2016;

## ANEXO A

País:	Data	Sanções Criminais (não considera crimes em licitações)	Imunidade ao 1º Leniente	Imunidade a outros Lenientes	Há Leniência Plus?	Líderes dos cartéis podem se candidatar?	Leniências fechadas
África do Sul	1998	Não	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	17
Albânia	2004	Não	Total	Parcial	Não	Total	0
Alemanha*	2006	Independente	Total	Parcial	Não	Parcial	n.a.
Assoc. Europ. de Livre Comércio	2003	Não	Total	Parcial	Não	Parcial	n.a.
Austrália*	2009	Sim	Total	Parcial	Sim	Não elegíveis	n.a.
Áustria*	2006	Não	Parcial	Parcial	Sim	Não elegíveis	4
Bélgica*	2006	Não	Total	Parcial	Não	Parcial	1
Brasil	2003	Sim	Total	Parcial	Sim	Total	1
Bulgária	2008	Não	Total	Parcial	Não	Total	0
Canadá*	2009	Sim	Parcial	Parcial	Sim	Não elegíveis	0
Chile*	2009	Não	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	0
Chipre	2003	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	0
Coréia*	1999	Sim	Total	Parcial	Sim	Não elegíveis	10
Dinamarca*	2007	Sim (multa)	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	0
Egito	2008	Sim (multa)	Parcial	Não	n.a.	n.a.	0
El Salvador	2007	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	Não elegíveis	0
Eslováquia*	2001	Independente	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	n.a.
Eslovênia*	2008	n.a.	Total	n.a.	n.a.	Não elegíveis	n.a.
Espanha*	2008	Não	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	n.a.
Estados Unidos*	1993	Independente	Total	Parcial	Sim	Não elegíveis	n.a.
Estônia*	2009	Sim	Total	Total	n.a.	Não elegíveis	0
Finlândia*	2004	Não	Total	Parcial	Não	Total	n.a.
França*	2001	Sim	Total	Parcial	Não	Parcial	4
Grécia*	2006	Sim	Total	Parcial	Não	Parcial	0
Holanda*	2007	Não	Total	Parcial	Não	Parcial	2
Hungria*	2009	Independente	Total	Parcial	Não	Parcial	7
Índia	2009	Não	Total	Parcial	n.a.	n.a.	n.a.
Irlanda*	2001	Sim	Total	Não	Não	Não elegíveis	n.a.
Islândia*	2005	Independente	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	4
Israel*	2005	Sim	Total	Não	Sim	Não elegíveis	n.a.

Itália*	2007	Não	Total	Parcial	Não	Total	1
Japão*	2006	Sim	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	30
Letônia*	2004	Não	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	n.a.
Lituânia	2008	Não	Total	Parcial	Não	Parcial	0
Luxemburgo*	2004	Não	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	n.a.
Malta	2000	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
México*	2006	Independente	Parcial	Parcial	Sim	Total	n.a.
Noruega*	2004	Independente	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	0
Nova Zelândia*	2009	Não	Total	Parcial	Não	Total	13
Paquistão	2007	Não	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	n.a.
Polônia*	2009	Não	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	2
Portugal*	2006	Sim (contra-ordenação)	Total	Parcial	Sim	Não elegíveis	0
Reino Unido*	1998	Sim	Total	Parcial	Sim	Parcial	6
República Checa*	2010	Não	Total	Parcial	Não	Não elegíveis	0
Romênia	2009	Não	Total	Parcial	Sim	Não elegíveis	0
Rússia	2009	Independente	Total	n.a.	Não	Total	0
Sérvia	2009	n.a.	Total	Parcial	n.a.	Não elegíveis	n.a.
Singapura	2009	Não	Total	Parcial	Sim	Não elegíveis	n.a.
Suécia*	2008	Não	Total	Total	Não	Parcial	n.a.
Suíça*	2004	Não	Total	Parcial	Sim	Parcial	0
Tunísia	2003	Sim	Total	Parcial	Não	Total	n.a.
Turquia*	2009	Não	Total	Parcial	Sim	Parcial	n.a.
Ucrânia	2001	Não	Total	Não	Não	Não elegíveis	n.a.
União Europeia	2006	Não	Total	Parcial	Não	Parcial	n.a.
* Países membros da OCDE (todos os membros da organização possuem normas sobre acordos de leniência)							