XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL I

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

GUSTAVO ASSED FERREIRA

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;
Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Florisbal de Souza Del Olmo, Gustavo Assed Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-164-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

O Direito Internacional passou por importantes transformações nas últimas décadas. De um lado, a globalização e o incremento da tecnologia da informação significaram novos limites para os mais distintos campos do Direito Internacional e para as Relações Internacionais. Por outro lado, a crise global de 2008 e seus impactos, também significaram desafios adicionais para a disciplina e para os seus operadores. Os artigos apresentados no GT Direito Internacional I enfrentam o quadro acima descrito. Os trabalhos debatem as mais distintas áreas do Direito Internacional, tais como comércio internacional, meio ambiente, investimentos e arbitragem. Essa compilação de textos sintetiza, com a devida profundidade, a essência dos debates acontecidos em Brasília.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo (URI)

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira (USP)

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato (FURG)

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: UMA ABORDAGEM METODOLÓGICA DA GESTÃO DO CRIME TRANSNACIONAL

INTERNATIONALIZATION OF THE CRIMINAL LAW: AN APPROACH OF THE METHODOLOGY OF THE MANEGEMENT OF THE TRANSNATIONAL CRIME

Claudio Macedo De Souza

Resumo

Este artigo tem como objetivo investigar o conteúdo metodológico no qual se assentou a aproximação legislativa orientada pelas Recomendações do GAFI para a gestão do crime transnacional. Neste sentido, concluiu-se que há uma aproximação legislativa no sistema jurídico brasileiro guiada pelas Recomendações do GAFI cujo método provou ser a uniformização legislativa fundamentada na prevenção de riscos. Esta constatação também revelou que a ideia de comportamento suspeito e, portanto, perigoso em escala global não é apenas uma forma de aproximação das legislações; é principalmente o objeto de gestão dos crimes financeiros e econômicos transnacionais.

Palavras-chave: Direito penal internacional, Gestão do crime, Metodologia da prevenção do risco

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to investigate the methodological content in which has fixed the approximation of laws guided by the FATF Recommendations for the management of transnational crime. In this sense, it was concluded that there is a legislative approximation in the Brazilian legal system guided by the FATF Recommendations in which method proved to be the legislative uniformized based on risk prevention. This finding also revealed that the idea of suspicious behavior, and therefore dangerous on a global scale is not only a way of approximation of laws; is primarily the way of management of transnational financial and economic crimes.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International criminal law, Crime management, Risk prevention methodology

1. INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva investigar os mecanismos de efetivação do combate à criminalidade transnacional previstos em instrumentos internacionais. E entre os inúmeros mecanismos possíveis, o objeto de estudo consiste na investigação do método e do conteúdo metodológico nos quais se assentou a aproximação legislativa nacional, orientada pelas Recomendações do Regime Global na gestão do crime transnacional. Peça central desse regime global é o Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI[1], instrumento de internacionalização do Direito Penal.

Portanto, por Direito Penal Internacional, este trabalho compreende qualquer atividade ou iniciativa que vise à aproximação das legislações nacionais aos instrumentos internacionais que tratam de matéria penal. A aproximação, neste caso, tem como finalidade permitir ou aprimorar a intervenção dos Estados sobre certos problemas penais considerados comuns a um conjunto de países. Embora estejamos diante de um vasto campo, este artigo focaliza, especificamente, o GAFI, instituição criada para gerir determinados problemas e conflitos penais de escala global, relacionados à integridade do sistema financeiro internacional.

Neste sentido, a investigação se justifica porque, o combate à criminalidade transnacional, pelo viés das normativas do GAFI, apresenta-se como fonte muito relevante para a produção do Direito Penal Internacional por meio da aproximação legislativa e, para uma posterior discussão a respeito da cooperação jurídica entre países. Entretanto, a justificativa da pesquisa não está presente apenas na necessidade de promover um debate em relação ao processo de aproximação orientada por Recomendações internacionais em matéria penal; mas, sobretudo, na necessidade de revelar o objeto que fundamenta a gestão dos crimes transnacionais de características, financeira e/ou econômica, como forma de subsidiar uma análise futura e crítica da dogmática jurídico-penal tradicional que, no atual contexto, precisa adaptar-se às novas realidades impostas pela ordem internacional.

---

[1] O Grupo de Ação Financeira (GAFI) é uma entidade intergovernamental, sem *status* de organização internacional formal e sua função é definir padrões e promover a efetiva adoção de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater ameaças à integridade do sistema financeiro internacional. As Recomendações foram adotadas por mais de 180 países, sendo reconhecidas universalmente como o padrão internacional antilavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo. O mandato do GAFI foi expandido para tratar, também, do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa.

É importante ressaltar que, as Recomendações são reconhecidas, universalmente, como padrão contra crimes de lavagem de dinheiro e de combate ao financiamento ao terrorismo. Todavia, o artigo não se deterá no exame do papel de outros órgãos que funcionam como engrenagens auxiliares do regime de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, tais como o Grupo de Egmont, o Escritório das Nações Unidas sobre o Crime e as Drogas (UNODC), o Comitê de Contra-Terrorismo da OEA (CICTE) e o Grupo de Peritos para o Controle da Lavagem de Dinheiro (Grupo LAVEX) da Comissão Interamericana contra o Abuso de Drogas (CICAD/OEA).

Ademais, os aspectos técnicos dos crimes de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo não constituem objeto de estudo deste trabalho. Não se trata de examinar os crimes em si, mas de como se conformou um regime internacional para enfrentá-los. Tampouco serão fornecidas análises estatísticas da dimensão da lavagem de ativos e do financiamento do terrorismo no mundo.

Este artigo parte do pressuposto de que a gestão internacional de problemas e de conflitos penais de escala global reside na utilização de métodos para a aproximação legislativa. Essa constatação implica indagar: "De que forma ocorre a aproximação da ordem jurídica brasileira às Recomendações do GAFI para a produção do Direito Penal internacional?" Para dar efetividade ao combate à criminalidade transnacional, supõe-se que a aproximação da ordem jurídica nacional às Recomendações do GAFI ocorre por meio do método da uniformização legislativa o qual se baseia no princípio geral da prevenção do risco criado por determinadas condutas e/ou atividades consideradas perigosas em escala mundial.

Ou seja, supôs-se que a aproximação legislativa para a produção do Direito Penal Internacional, no caso específico das Recomendações, ocorreu com base no princípio geral da prevenção do risco. Nesta perspectiva, o marco teórico gira em torno do *princípio geral da prevenção do risco* e da sua forte influência para a introdução de regras na ordem jurídica interna por meio do processo de uniformização.

A compreensão da internacionalização do Direito Penal impõe atentar às duas etapas por meio das quais se desenvolve a sua produção. A primeira etapa refere-se à elaboração de um instrumento internacional; e, a segunda, à recepção desse instrumento nos ordenamentos jurídicos internos por meio de um método. A recepção do instrumento revela a transformação da ordem jurídica interna impulsionada pelo instrumento internacional. Mas, a recepção por si

só não nos fornece a dimensão do conteúdo metodológico que patrocinou a transformação da ordem jurídica nacional.

Em outros termos, a compreensão da internacionalização do Direito Penal, requer a identificação do método e do conteúdo metodológico mediante estudos individualizados de Tratados, de Acordos, de Convenções e de Recomendações que focalizam uma matéria penal específica. Portanto, é preciso compreender sob quais fundamentos metodológicos a produção do Direito Penal Internacional tem acontecido na prática. Neste sentido, reitera-se que o texto aqui apresentado, propõe-se a investigar não apenas o método, mas também o conteúdo metodológico de gestão do crime transnacional elaborado pelo GAFI como referencial para a aproximação legislativa**.**

Por isso, o artigo encontra-se dividido em duas partes. Na primeira, será dada ênfase à estratégia metodológica utilizada pelo GAFI para estabelecer uma rede mundial de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, como forma de empreender uma abordagem das condições que norteiam a produção internacional do Direito Penal. Em outros termos, torna-se relevante revelar as bases sobre as quais se apóiam as Recomendações do GAFI, enquanto fonte de normas internacionais úteis à ordem jurídica interna. Como instrumento internacional, suas Recomendações participam, em maior ou menor medida, da aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais. Ou seja, suas Recomendações construídas a partir das situações de risco são recepcionadas pelos sistemas regulatórios e de justiça criminal dos países mediante processo de uniformização para o combate aos crimes transnacionais.

Na segunda parte, será focalizada a força que a estratégia metodológica adotada pelo GAFI exerce sobre os ordenamentos jurídicos nacionais mediante a participação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Em um recorte que focaliza especificamente a produção normativa brasileira, será avaliada a Lei Complementar 105/2001, especificamente o artigo 6º que permite aos órgãos da administração tributária quebrar o sigilo bancário e fiscal de contribuintes sem autorização judicial; cuja constitucionalidade foi ratificada em decisão proferida pelo STF – Supremo Tribunal Federal[2].

---

[2] Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Conclui-se, pois, que a investigação do fenômeno de internacionalização da produção do Direito Penal no marco das Recomendações do GAFI cumpriu dupla função: colocou em relevo que, a ordem jurídica brasileira recepcionou mediante o método de uniformização as Recomendações numa clara internacionalização da produção do Direito Penal; e, ao mesmo tempo, aclarou que o conteúdo metodológico para a gestão dos crimes transnacionais baseia-se no princípio geral da prevenção do risco o qual se confirmou com a recente decisão do STF a respeito de dispositivo legal previsto na Lei Complementar 105/2001.

Em suma, a aproximação legislativa à luz das Recomendações coloca em destaque o método de uniformização e o princípio da prevenção geral do risco no que concerne aos mecanismos de efetividade adotados para o combate aos crimes transnacionais de caráter econômico-financeiros. Acrescente-se que, a aproximação legislativa possibilita a cooperação jurídica em matéria penal entre Estados-Partes, bem como as mútuas pressões políticas e econômicas que podem ser exercidas uns sobre os outros, induzindo-os a combater concretamente os crimes transnacionais.

2. INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A criminalidade transnacional é uma realidade cada dia mais presente. Mas, a internacionalização da produção do Direito Penal em relação a certos conflitos relacionados, por exemplo, com o movimento de capitais financeiros é também fenômeno que merece bastante atenção. O Direito Penal Internacional é campo vasto; todavia, este artigo focaliza, especificamente, a aproximação legislativa tendo em vista o instrumento criado pelo GAFI no plano internacional para gerir determinados conflitos e problemas penais.

As Recomendações que orientam os Estados a realizarem uma criminalização exageradamente antecipada (preventiva) de condutas de risco ocorrem com muita freqüência para a repressão de crimes transnacionais (lavagem de dinheiro, sonegação de impostos, corrupção etc.). O que se pode desde logo sublinhar é que a polêmica relacionada com a referida antecipação vem hoje centrada na idéia da internacionalização do Direito Penal do risco. Ou seja, um Direito Penal que antecipa as condutas e/ou atividades de risco a fim de combater a criminalidade em escala mundial.

As bases dessa concepção são as seguintes: por um lado estão aqueles que afirmam ser preciso proteger bens jurídicos típicos da sociedade de risco, como é o caso da ordem

econômica ou financeira. Por outro lado, a técnica proposta na esfera internacional mais compatível de tipificação desses crimes seria a do *perigo abstrato*. O Direito Penal internacional do risco, segundo o cânone prevencionista, emerge como uma política ideal de pacificação dos conflitos de caráter econômico e/ou financeiro; isto é, como se fosse um meio absolutamente imprescindível no arsenal de qualquer política internacional em matéria penal.

Perante tal quadro, as Recomendações são instrumentos estimados como cabíveis sempre que a matéria discutida não comporte, todavia um tratamento por meio de Convenções; seja pela precariedade político-jurídica de sua adoção, seja pelo caráter incerto do tema suscitado. A Convenção constitui uma forma de Tratado internacional, não assim a Recomendação; a Convenção pode ser, por conseguinte, objeto de ratificação pelo correspondente Estado, o que logicamente não pode ocorrer com uma Recomendação. Ratificada uma Convenção, o Estado tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção. Não havendo a ratificação de Recomendações, não vigora, pois, a seu respeito, dita obrigação por parte dos Estados.

A Recomendação é um acessório, sendo seu papel definido a partir do princípio geral segundo o qual se adota essa forma quando o objeto tratado não se presta à adoção imediata de uma Convenção. Podem ser distinguidas três funções principais de uma Recomendação: a primeira é a forma mais apropriada quando um tema ainda não está maduro para a adoção de uma Convenção, podendo abrir espaço para a adoção posterior de uma Convenção. Uma segunda função é a de servir de complemento a uma Convenção, podendo ser útil para inspirar os governos, porém sem o mesmo caráter obrigatório que os termos de uma Convenção.

Por último, a Recomendação tem um valor intrínseco em certo número de casos: quando as normas que contém possuem um caráter técnico detalhado, isto pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando, no entanto a possibilidade de programarem-se adaptações conforme a necessidade dos países. A mesma coisa acontece quando a Recomendação trata de questões nas quais as situações e as práticas variam de tal maneira de um país a outro que dificilmente poder-se-ia pensar em compromissos internacionais estritos a respeito das medidas preconizadas.

A Recomendação cumpre assim, junto à Convenção, uma função útil em vários aspectos, residindo a diferença existente entre os dois instrumentos no aspecto relativo à

eficácia. Por definição, uma Recomendação não pode ser objeto de compromissos internacionais e, que os Estados dispõem da margem que desejam para dar-lhe o efeito que julgam oportunos, embora estejam obrigados a submeter tanto as Recomendações, como as Convenções, às autoridades nacionais competentes, informando sobre a execução e sobre o curso dado à Recomendação. Embora, a Recomendação seja considerada a prima pobre da Convenção, é incontestável que ela tem tido uma influência considerável em numerosos países.

2.1 Uma abordagem baseada na prevenção do risco.

No contexto da criminalidade transnacional, o GAFI se tornou o elaborador global de padrões. Os padrões desse grupo internacional (as Recomendações) são adotados por diversos países, por meio de uma rede global de organizações regionais de combate aos crimes transnacionais. As Recomendações são normas que definem medidas que os países devem adotar em seus sistemas regulatórios e de justiça criminal. A adoção dessas medidas pelos países produz dois resultados. O primeiro resultado é a efetiva aproximação legislativa realizada na ordem jurídica interna, como forma de antecipar-se ao risco presente em determinadas condutas e/ou atividades. O segundo resultado é a possibilidade concreta de cooperação jurídico-penal entre países. Implica afirmar que o pressuposto da cooperação jurídica em matéria penal é a concreta realização da aproximação legislativa na ordem jurídica interna. Sem a aproximação legislativa, torna-se, em tese, mais difícil a desejada cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Afirma-se que, as Recomendações são uma forma de emprestar ao Direito Penal internacional a idéia da prevenção do risco inerente a determinadas condutas e/ou atividades, haja vista ser este o princípio geral que deverá subsidiar a gestão dos crimes transnacionais por meio da aproximação legislativa. É importante ressaltar que, no universo jurídico, o caráter inovador desse *princípio geral da prevenção do risco* está no oferecimento de um marco conceitual para a noção de *uniformização,* enquanto processo indispensável na relação entre instrumentos internacionais e as ordens jurídicas internas. Entretanto, a harmonização e a unificação apresentam experiências muito relevantes para a análise do Direito Penal Internacional, pois são também espécies de aproximação legislativa. Na verdade, cada processo à sua maneira: uniformização, unificação e harmonização denotam uma idéia de transformação no universo jurídico.

A harmonização e a uniformização emergem como alternativas à unificação do direito, porque pressupõe a manutenção da diversidade formal dos direitos nacionais. Já, a unificação consiste em substituir direitos formalmente distintos por um direito único. Nesse sentido, uma codificação seria uma forma de unificação. Harmonização, uniformização e unificação legislativa designam métodos específicos na relação que deve existir entre um instrumento internacional e os ordenamentos jurídicos nacionais. A estrutura comum entre eles é o fato de que são métodos que se iniciam a partir de um instrumento internacional a fim de aproximarem legislações. Entretanto, cada método possui uma estratégia específica e distinta.

A harmonização, por sua vez, distingue-se da uniformização em razão de não conduzir a essa padronização de teor normativo buscada pela adoção de um princípio geral. Em suma, na uniformização, os países teriam regras distintas entre si, mas idênticas em escala mundial porque surgiram a partir de uma orientação internacional padronizada. Na harmonização, os países teriam regras distintas entre si e, equivalentes em escala mundial porque não haveria uma orientação internacional baseada em princípio geral.

Numa abordagem baseada na prevenção do risco, os países precisam entender claramente quais riscos existem e, se esses riscos são concretos para a prática do crime da lavagem de dinheiro, por exemplo. A partir da constatação que os riscos existem e que eles são concretos para a prática de crimes em escala mundial, os países deverão adaptar seus sistemas para anteciparem-se aos riscos. Ou seja, adotar medidas preventivas contra os riscos. Os países devem adotar medidas preventivas mais acentuadas contra riscos maiores e, a opção de medidas preventivas mais simplificadas contra riscos menores.

Na antecipação ao risco, os países poderão direcionar com mais eficiência seus recursos e aplicar medidas preventivas que correspondam aos riscos de setores ou atividades específicos. Por exemplo, o instituto do sigilo bancário e fiscal dos contribuintes é considerado um risco concreto para a prática de crimes transnacionais. Assim sendo, não há interesse na manutenção desse risco. E a única forma de dissolver esse risco é quebrar o sigilo bancário e fiscal sem necessidade de ordem judicial. E, ao incorporarem à sua ordem interna essa lógica, os países estarão realizando uma prevenção do risco ou antecipando-se ao risco.

Uma boa incorporação das Recomendações baseada na prevenção do risco transforma a produção do Direito Penal Internacional em um processo muito mais rápido. Portanto, a proposta presente nas Recomendações é aproximar legislações antecipando-se ao

risco ou ao perigo; isto é, fazendo uma prevenção do próprio risco ou do perigo. Neste caso, a prevenção torna-se protagonista no processo de aproximação legislativa. Entretanto, a prevenção do risco é apenas uma possibilidade, porque se trata do perigo remoto.

Sob este ponto de vista subjetivo, a prevenção do risco se fundamenta no perigo que não é uma entidade concreta, e sim uma representação da mente humana. Trata-se de uma hipótese, e não de um fato. O perigo enquanto uma possibilidade de um dano, não tem existência concreta. Na verdade, essa interpretação doutrinária é insustentável, porque a idéia de prevenir o risco seria uma forma de afirmar que existe um perigo por detrás do risco (do sigilo bancário e fiscal) que merece ser considerado no combate aos crimes transnacionais.

Percebe-se, pois, que enquanto instrumento internacional, as Recomendações foram produzidas no contexto de riscos suspeitos de potencializarem a ocorrência de crimes transnacionais. Sendo assim, os países que recepcionam as Recomendações devem garantir que as medidas de prevenção adotadas na ordem jurídica interna sejam proporcionais aos riscos identificados. O GAFI recomenda, por exemplo, que os países devem adotar medidas legislativas, para permitir que suas autoridades competentes possam congelar ou apreender e confiscar (sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa-fé) bens, produtos ou instrumentos pertencentes à pessoa que tenha a intenção de que fossem usados em crimes de lavagem de dinheiro; ou, à pessoa com a intenção de que fossem usados ou alocados para uso no financiamento do terrorismo, de atos ou de organizações terroristas. Com base na prevenção do risco, os países deveriam antecipar-se à ocorrência do crime transnacional numa espécie de punibilidade dos atos de cogitação.

De acordo com o GAFI, os países e instituições financeiras devem ser obrigados, em primeiro lugar, a identificar os riscos criados com o uso das novas tecnologias a fim de que a lavagem de dinheiro seja enfrentada. Ou seja, antes de enfrentar a lavagem de dinheiro é preciso que se faça a prevenção dos riscos criados pelas novas tecnologias. A transferência eletrônica, por exemplo, é uma espécie de risco que deve ser identificado pelos países.

Neste caso, a prevenção desse risco consiste em assegurar que as instituições financeiras incluam informações requeridas e precisas sobre os remetentes e os beneficiários. Ademais, o GAFI recomenda a quebra do sigilo bancário e fiscal. Significa dizer que, protegidas por lei contra a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal, as instituições financeiras, seus diretores, funcionários e empregados podem quebrar qualquer restrição à

divulgação imposta por contrato ou por lei, caso percebam uma atividade suspeita como forma de prevenir o risco inerente ao próprio sigilo fiscal e bancário.

No âmbito do GAFI, o conteúdo metodológico é construído muitas vezes a partir de uma abordagem baseada nas atividades e nas profissões consideradas de risco. As profissões não financeiras são exemplos de atividades de risco, porquanto são suspeitas e previstas nas recomendações 10, 11, 12, 15 e 17 do GAFI. A atuação de advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores em transações para seus clientes relacionadas à compra e venda de imóveis e/ou gestão de contas correntes é considerada atividade de risco que merece sofrer uma prevenção no âmbito da ordem jurídica nacional.

Na verdade, os países são fortemente encorajados a incorporarem ao seu ordenamento todo e qualquer tipo de prevenção para barrar as atividades de risco. No entanto, o GAFI explica que não será exigido que advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores, quando atuarem como profissionais legais independentes, comuniquem transações suspeitas se as informações relevantes tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional.

Entretanto, cabe a cada país determinar as questões que se encaixariam em segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal, mas sempre considerando a questão do risco maior ou menor dependendo de cada situação. As 40 Recomendações do GAFI constituem-se como um guia para que os países adotem padrões e promovam a efetiva aproximação legislativa mediante a adoção de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater o crime transnacional.

Baseadas no risco, as Recomendações são revisadas sempre para aumentar as exigências de prevenção em situações de alto risco e para permitir que os países adotem posturas mais objetivas e focadas para esses riscos. As exigências são especificamente fortalecidas nas áreas de maior risco ou naquelas em que a prevenção pode ser melhorada. São expandidas para incluir novas ameaças, como o financiamento da proliferação de armas de destruição em massa, além de serem mais rígidas contra a corrupção. Podemos considerar o método baseado no risco como uma ordem aos países para que se comportem de maneira padronizada no enfrentamento da criminalidade transnacional. Implica dizer que a gestão do crime na esfera internacional segue a lógica da prevenção do risco para a produção do Direito Penal Internacional.

3. A GESTÃO DO CRIME TRANSNACIONAL

As Recomendações são uma forma de emprestar ao Direito Penal internacional a idéia da prevenção do risco inerente a determinadas condutas e/ou atividades, haja vista ser este o princípio geral que deverá subsidiar a gestão dos crimes transnacionais por meio da uniformização legislativa. Esse modelo de gestão do crime é uma forma de buscar soluções para problemas que não existiam antes, usando métodos para administrá-los sempre com a finalidade em fazer a prevenção do risco, antecipando-se ao próprio risco. Por isso, é importante ressaltar que, no período de 26 de outubro a 07 de novembro de 2009, representantes do GAFI apresentaram um Relatório de Avaliação Mútua do Brasil[3], aprovado pelo Plenário do GAFI em 25 de junho de 2010, onde foram resumidas as medidas de prevenção à lavagem de dinheiro e repressão ao financiamento do terrorismo em vigor no país.

O relatório concluiu que no Brasil as principais fontes dos recursos do crime de lavagem de dinheiro são a corrupção, os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a fraude e a evasão de divisas, o tráfico de drogas, o tráfico de armas, o crime organizado, o contrabando e o desvio de dinheiro público. Os riscos que estão por detrás desses crimes são maiores nas regiões de fronteira e na economia informal, sendo o setor bancário o aquele que costuma enfrentar maior risco, sobretudo nas áreas de câmbio e operações bancárias privadas

Embora abordem temas também tratados nas Convenções da ONU, as Recomendações apresentam linguagem propositadamente mais assertiva, sem margem a dúvidas quanto às obrigações que os países devem assumir. Diferentemente do que ocorre nos instrumentos da ONU, não há concessões feitas à lei nacional, a não ser quando se trata de medidas consideradas menos essenciais ou apenas suplementares. Não há submissão das Recomendações à lei nacional. Ao contrário, os países são orientados a implementar as Recomendações e a adotar legislação nacional para tal fim.

Segundo o GAFI, o sigilo bancário não pode constituir-se em obstáculo à aplicação das Recomendações e à conseqüente montagem de eficiente sistema de repressão à lavagem.

---

[3] O Brasil é membro do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI) e do Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFISUD). Esta avaliação conjunta do GAFISUD - GAFI foi adotada pelo Plenário do GAFI em 25 de junho de 2010.

Ao contrário do que ocorre nas Convenções da ONU, que também reconhecem, em termos, esse imperativo, o texto das Recomendações é taxativo, sem qualquer concessão às questões legais internas nem a qualquer tipo de salvaguarda que preserve o exercício da soberania pelos Estados.

Com abordagem baseada no risco do sigilo bancário, a Lei Complementar 105/2001[4] permitiu a quebra do sigilo bancário dos contribuintes brasileiros pelo fisco sem autorização judicial, numa verdadeira incorporação dos riscos previstos nas Recomendações do GAFI. Significa dizer que, a conduta de quebrar o sigilo bancário dos contribuintes pelo funcionário da Receita Federal foi permitida a fim de dissolver o risco. Todavia, surgiram diversas ações[5] no Poder Judiciário brasileiro questionando a norma prevista no artigo 6º da Lei Complementar, que trata do acesso pelo Fisco às informações bancárias sem a necessidade de ordem judicial.

Instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da referida lei, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros. Segundo o STF, como bancos e Fisco têm o dever de preservar o sigilo dos dados, não há ofensa à Constituição Federal.

O STF entendeu que o poder de fiscalização inserido no Texto Constitucional autoriza o Fisco a obter os dados bancários dos contribuintes a fim de buscar elementos indicadores da sua capacidade contributiva e, assim, aferir a correção do recolhimento tributário, sem que se possa reputar contrariado o direito do cidadão à intimidade e à privacidade.

O Ministro Marco Aurélio foi voto vencido. Todavia, fez referência ao inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual "é inviolável o sigilo de dados". A única

---

[4] Os riscos estão por detrás dos crimes previstos no art. 1º, § 4º da LC 105/2001. O artigo se refere aos crimes de terrorismo, tráfico ilícito de drogas; contrabando ou tráfico de armas; extorsão mediante seqüestro; contra o sistema financeiro nacional; contra a administração pública; contra a ordem tributária e previdência social; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; praticado por organização criminosa.

[5] A discussão foi fomentada por um recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e ações diretas de inconstitucionalidade. Luiz Edson Fachin foi o relator do RE 601.314, e Dias Toffoli, das ADIs número 2.386, 2.397 e 2.859.

exceção para a violação desse dispositivo é a existência de ordem judicial. O Ministro Celso de Mello acompanhou a divergência aberta pelo Ministro Marco Aurélio e votou pela necessidade de ordem judicial para que a Receita Federal tenha acesso aos dados bancários dos contribuintes.

Ao votar pela constitucionalidade da Lei, o Presidente do STF, Ricardo Lewandowski argumentou que o mundo evoluiu e, por isso, ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo. A declaração do Ministro de que é preciso enfrentar a criminalidade transnacional foi determinante para justificar a decisão pela constitucionalidade da Lei 105/2001. Com isso, observa-se que a manutenção do sigilo bancário representou um risco para o Ministro; e, portanto, nada mais normal no momento atual do que permitir a sua quebra sem ordem judicial. Vê-se, pois, uma relação entre a possibilidade de redução do direito à privacidade e a idéia, sempre presente, de que é preciso combater a criminalidade transnacional.

Em nota à imprensa, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) afirmou ter obtido "importante vitória perante o Supremo Tribunal Federal" com o reconhecimento da constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001. Segundo a PGFN, a decisão mantém o Brasil entre os países signatários de Acordos de cooperação internacional envolvendo trocas de informações. O órgão ressalta, ainda, que a decisão auxilia no combate à evasão fiscal internacional e a outros crimes, como lavagem de dinheiro, narcotráfico e terrorismo.

O princípio geral da prevenção do risco aproximou a ordem jurídica interna às Recomendações (em matéria penal) do GAFI, pois influenciou na produção da Lei Complementar 105/2001. Ao permitir a quebra do sigilo bancário sem autorização da justiça dos contribuintes pela Receita Federal, com base no risco, a LC 105/2001 irradiou seus efeitos sobre o Direito Tributário nacional. E a aproximação legislativa foi confirmada com a decisão do STF em declarar que o funcionário da Receita poderá quebrar o sigilo bancário, numa clara redução da intimidade e da privacidade do contribuinte.

Surge, assim, um movimento para a flexibilização do entendimento do chamado sigilo bancário, tendo por base a preocupação crescente das autoridades de vários países em relação ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro, aos crimes de desvios de recursos públicos, além das atividades relacionadas ao crime organizado.

4. CONCLUSÃO

Neste artigo propôs-se, à luz das Recomendações do GAFI, investigar o método e o conteúdo metodológico que subsidia a gestão do crime na esfera internacional. Em breve conclusão, pode-se afirmar que a gestão do crime na esfera internacional tem como objeto a prevenção do risco criado por determinadas condutas consideradas suspeitas e, por isso, perigosas. É importante ressaltar que, com base nas Recomendações, o caráter utilizado para subsidiar a produção do Direito Penal Internacional residiu na abordagem metodológica da prevenção do risco. Numa abordagem baseada na prevenção do risco, os países são orientados a adaptarem seus sistemas jurídicos para que suas legislações se aproximem do perigo abstratamente presente em determinadas condutas consideradas suspeitas as quais, poderão no futuro produzir crimes transnacionais.

Com isso, o GAFI elegeu uma forma de lidar com a criminalidade transnacional mediante a construção do mais amplo acervo de Recomendações na esfera internacional para servirem de diretrizes à uniformização legislativa. Sendo assim, os países que recepcionam as Recomendações devem fazê-la com fulcro na prevenção do risco reconhecido pelo GAFI para garantir que as medidas de combate aos crimes transnacionais sejam proporcionais aos riscos (perigo abstrato) identificados em condutas suspeitas.

Implica dizer que todo o processo de aproximação legislativa que envolve lavagem de dinheiro, por exemplo, segue a lógica da prevenção risco. Embora abordem temas também tratados nas Convenções da ONU, as Recomendações apresentam linguagem propositadamente mais assertiva, sem margem a dúvidas quanto às obrigações que os países devem assumir. Diferentemente do que ocorre nos instrumentos da ONU, não há concessões feitas à lei nacional, a não ser quando se trata de medidas consideradas menos essenciais ou apenas suplementares. Portanto, não há submissão das Recomendações à lei nacional. Ao contrário, são os países que recepcionam as Recomendações e, é o Poder Legislativo dos países envolvidos com o GAFI que criam a legislação nacional específica para tal fim.

Para os propósitos deste trabalho, o Direito Penal Internacional é resultado de aproximações legislativas orientadas por instrumentos internacionais em matéria penal. Neste sentido, este artigo discutiu a existência de uma aproximação legislativa na ordem jurídica brasileira orientada pelas Recomendações do GAFI em matéria penal cujo método revelou ser a uniformização legislativa fundamentada na prevenção do risco. Essa constatação revelou, ainda, que a idéia de condutas suspeitas, e por isso, perigosas em escala mundial não é apenas

uma maneira de aproximar legislações por meio da uniformização; é, sobretudo, o objeto da gestão dos crimes transnacionais com características, financeira e/ou econômica.

Por fim, ao STF coube recepcionar as Recomendações do GAFI referente ao sigilo bancário e decidir sobre a constitucionalidade da LC 105/2001 no que se refere à possibilidade de quebra do sigilo bancário dos contribuintes pelo Fisco sem autorização judicial. Afirma-se que, enquanto instrumento internacional, as Recomendações orientam não apenas o Poder Legislativo, mas também o Poder Judiciário o qual teve e terá papel fundamental na concreta aproximação legislativa.

Igualmente, tudo parece indicar que o século XXI trouxe consigo uma crise para a dogmática jurídico-penal por conta da internacionalização do Direito Penal, sobretudo por causa da idéia da prevenção do risco presentes em determinadas condutas e/ou atividades. A crise do presente não tem interesse em discutir o Direito Penal enquanto controle social formal; pelo contrário, este continuará gozando de uma surpreendente reputação internacional como instrumento de resolução de conflitos sociais. Mas, tudo parece indicar que a critica será direcionada para a dogmática tradicional a qual parece dar sinais claros de que seus postulados não se adaptam ao macrocosmo da criminalidade.

Regra geral, o risco presente em determinadas condutas é inerente a específicas atividades sociais, ou decorre de obrigação contratual, como é o caso da atividade de um Contador ou de um Advogado. Em tais situações, obviamente não há crime sob o ponto de vista da dogmática tradicional. Em face do seu caráter universal, as Recomendações produzem desdobramentos na dogmática, ao reduzir direitos e garantias, em prol da ideologia da prevenção do risco, dissimulada no binômio: repressão-efetividade. Em outros termos, a repressão à criminalidade transnacional só será concretizada se for efetiva; e, a efetividade depende de uma concreta repressão.

De qualquer modo, em tempos de Direito Penal Internacional, a dogmática da teoria do crime volta ser posta em julgamento. E à medida que o mundo se torna mais globalizado, mais integrado, haverá cada vez mais demanda pela internacionalização da produção do Direito Penal e, na qual a discussão em torno da dogmática jurídica não é apenas desejável, mas necessária. Inicialmente, a necessidade de combater crimes transnacionais fez surgir as Recomendações em matéria penal. No texto desenvolvido até aqui, ficou patente que o Direito à privacidade é um risco que precisa passar pelo crivo da prevenção. Todavia, não se pode construir o Direito Penal Internacional a partir da prevenção do risco. E para evitar essa

tendência de prevenção do risco, torna-se indispensável o respeito aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Desde o ponto de vista do Direito Penal Internacional se deve rechaçar o funcionalismo jurídico-penal radical que defende uma aproximação legislativa extrema guiada por uma concepção de culpabilidade da prevenção geral; ou seja, orientada pelas necessidades punitivas da sociedade. Seja como for, um poder punitivo transnacional deve ocorrer em referência aos direitos humanos interculturalmente reconhecidos. Uma fundamentação nesse sentido pressupõe, desde logo, um Direito Penal que parta do indivíduo e de sua dignidade humana inviolável. Sendo assim, não pode haver mais nenhuma dúvida de que a comunidade internacional e os Estados serão chamados a proteger a dignidade humana com o Direito Penal Internacional.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. **A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática.** São Paulo: RT, 2008.

_____. La construcción de una parte general del Derecho Penal Internacional. In: AMBOS, Kai Ambos *et al*. (Editores) **Temas actuales del Derecho Penal Internacional: Contribuciones de América Latina, Alemania y España.** Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

CORREA, Luiz Maria Pio. **Grupo de ação financeira internacional (GAFI): organizações internacionais e crime transnacional.** Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

CUPANI, Alberto. **Filosofia da tecnologia: um convite**. 2 edição. Florianópolis: UFSC, 2013.

GAFI – Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf – acesso em 09/04/2016.

LESSA, Mônica Leite e GONÇALVES, Williams da Silva. **História das relações internacionais – teoria e processos.** Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO MÚTUA – sumário executivo. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo.** Republica Federativa do Brasil, 2010. http://www.coaf.fazenda.gov.br/linksexternos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf – acesso em 09/04/2016.

SÁNCHEZ, Jésus María Silva. **Tiempos de derecho penal – escritos breves sobre teoria y prática, vida social y economia.** Buenos Aires – Montevideo: Julio Cesar Faira, 2009.

SOUZA, Cláudio Macedo de**. Direito penal no Mercosul: uma metodologia de harmonização.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

STIGLITZ, Joseph. **Globalização: como dar certo**. Tradução Pedro Mais Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. **La armonización del derecho penal em los estados miembros de Unión Europea**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de Conferencias y Articulos n. 17. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.