



FELIPE DANTAS DE ARAÚJO

**DIREITO ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL:
Internacionalização, Política Interna e Novos Paradigmas
Sancionatórios e Institucionais**

Brasília

2010

FELIPE DANTAS DE ARAÚJO

**DIREITO ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL:
Internacionalização, Política Interna e Novos Paradigmas
Sancionatórios e Institucionais**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
para conclusão do Programa de Mestrado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UNICEUB.**

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Dias Varella

Brasília

2010

FELIPE DANTAS DE ARAÚJO

**DIREITO ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL:
Internacionalização, Política Interna e Novos Paradigmas
Sancionatórios e Institucionais**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
conclusão do Programa de Mestrado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Dias Varella

Brasília, 02 de dezembro de 2010.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo Dias Varella
Orientador

Prof.^a Dr.^a Maíra Rocha Machado
Examinadora

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho
Examinador

Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal
Examinador

Prof. Dr. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu
Examinador

SUMÁRIO

Resumo	1
Abstract.....	2
Lista de Ilustrações (tabelas, gráficos, etc.).....	3
Lista de Siglas.....	4
Introdução.....	5
Capítulo 1: Internacionalização da Anticorrupção	9
1.1 Regimes Globais de Proibição: Traçando o Paralelo entre Antilavagem de Dinheiro e Anticorrupção.....	10
1.2 Dimensões da Internacionalização da Anticorrupção.....	18
1.3 Dimensão Criminal da Anticorrupção.....	20
1.4 Dimensão Administrativa da Anticorrupção.....	23
1.5 Positivização da Anticorrupção: FCPA, OCDE, OEA, ONU.....	29
Capítulo 2: Política Interna Anticorrupção.....	35
2.1 ENCLA: origens e políticas públicas de internalização de regimes internacionais de proibição.....	36
2.2 Complexidade da Anticorrupção: ENCCLA e outras políticas públicas anticorrupção.....	46
2.3 Análise da ENCCLA por suas diretrizes.....	57
Capítulo 3: Corrupção, Risco e Responsabilidade	70
3.1 Um Conceito de Corrupção?.....	72
3.2 Expansão do Direito Penal e natureza supraindividual do bem jurídico protegido pela tipificação penal de atos de corrupção.....	76
3.3 Risco e Responsabilidade.....	82
3.4 Administrativização do Direito Penal ou Direito de Intervenção.....	88
3.5 Perspectivas concretas: rumo a um Direito de Intervenção Anticorrupção e regras jurídicas primárias e secundárias na construção de um sistema jurídico.....	96
Capítulo 4: Proposições Sancionatórias do Direito de Intervenção Anticorrupção	99
4.1 Marco Principiológico.....	99
4.2 Política Criminal.....	104
4.3 Conteúdo Sancionatório – Prevenção Normativa x Prevenção Técnica.....	108
4.4 Espécies de Sanções.....	120
Capítulo 5: Proposições Institucionais do Direito de Intervenção Anticorrupção – Legitimidade e Competências de uma Agência Anticorrupção Interventiva	134
5.1 Conceito e Competências de Agências Anticorrupção.....	135
5.2 Por uma Agência Anticorrupção Interventiva (ou Reguladora).....	144
5.3 Legitimidade das Agências Anticorrupção.....	151
Conclusão	163
Referências	173
ANEXO A – DIRETRIZES ENCLA/ENCCLA DE 2004 A 2010.....	183
ANEXO B – LISTA DE MEMBROS DA ENCCLA	213
ANEXO C – DETALHAMENTO ORÇAMENTÁRIO DAS AÇÕES ANTICORRUPÇÃO DO PODER EXECUTIVO	215
APÊNDICE A – CLASSIFICAÇÃO DAS DIRETRIZES DA ENCLA/ENCCLA	218
APÊNDICE B – ESPÉCIES TÍPICAS DE ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E PENAS DE CORRUPÇÃO NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, SEGUNDO AS CONVENÇÕES ANTICORRUPÇÃO INTERNACIONAIS	227

Dedico este trabalho:

À Advocacia-Geral da União, que por meio de sua Escola da AGU financiou este estudo;

À Secretaria de Prevenção da Corrupção e informações Estratégicas da Controladoria-Geral da União, pela inspiração oriunda do trabalho;

Ao mestrado do UniCEUB, pela sólida formação propiciada;

A todas as pessoas destas instituições que de alguma forma me acompanharam nesta jornada, e, sobretudo, à família e aos amigos, que a tornaram menos árdua.

Uma flecha no ar

Mas não é o céu que a leva

Antes, um arco

Resumo

A corrupção já era tratada pelo sistema jurídico como um ilícito, mesmo antes do surgimento do respectivo regime global de proibição, e formas penais para lidar com o problema foram concebidas, com maior ou menor grau de sofisticação, por diversas culturas passadas. A corrupção é agora vista como incompatível com a vida política das sociedades modernas, e não é mais tolerada. O direito vale-se da sua técnica mais tradicional, a ameaça de punição, dirigida contra aqueles que praticarem as condutas definidas como corrupção no âmbito do próprio direito. A sociedade de risco tem acarretado, no direito, a criação e expansão da categoria dos bens jurídicos supraindividuais, onde inserimos a tutela dos atos de corrupção. A transição de risco externo para risco manufacturado na sociedade atual está ocasionando uma crise de responsabilidade, que implica mudança nas correlações entre risco, responsabilidade e decisões. Dessa crise emerge uma “irresponsabilidade organizada”: ela aumenta a diversidade de riscos criados pelo próprio homem, pelos quais as pessoas e as instituições são naturalisticamente imputáveis, e acarreta desvios extremados, como a expansão do direito penal. O fato do direito penal preocupar-se com a corrupção não é novo, mas saberes como a economia, a ciência política, a administração pública e até a ética aplicada e a psicologia consolidaram uma gama considerável de conhecimentos e informações sobre a corrupção, suas causas, efeitos, circunstâncias, tipologias, probabilidades. Face à expansão do direito penal e levando em conta outros saberes, é possível cogitar como a tecnologia jurídica pode se configurar para melhor aplicar esses novos conhecimentos sobre o fenômeno da corrupção na tarefa última de prevenir sua ocorrência da forma mais eficiente, mas também mais justa possível. Este trabalho esmiúça modelos de uma nova tecnologia jurídica, possivelmente adequada para se lidar com a corrupção, mas que tentam se apartar de paradigmas do direito penal tradicional, no sentido de uma administrativização do direito penal. Adotada a nomenclatura de Direito de Intervenção, esta é consolidada com um exercício prospectivo de tentar concretizar um modelo jurídico de direito interventivo voltado para se lidar com os problemas da corrupção, enumerando e analisando quais seriam as características desejáveis de um Direito de Intervenção Anticorrupção, ao mesmo tempo em que se fornecem exemplos concretos de institutos jurídicos atuais, presentes no direito pátrio e nas convenções internacionais anticorrupção internalizadas pelo Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Convenções Internacionais contra a Corrupção – Expansão do Direito Penal – Administrativização do Direito Penal – Sociedade do Risco – Direito de Intervenção Anticorrupção.

Abstract

Corruption was already handled by the legal system as an illegal practice, even before the arrival of its global prohibition regime, and criminal law ways to deal with this problem were already designed, with varying degrees of sophistication, by various past cultures. However, corruption is now seen as incompatible with the political life of modern societies, and is no longer tolerated. The law uses its more traditional technique, the threat of punishment directed against those who practice the conduct described as corruption within the law itself. The risk society has led, in law, to the establishment and expansion of the category of collective legal goods, where we insert the regulation of acts of corruption. The transition from external risk to manufactured risk in modern society is causing a crisis of responsibility, which implies a change in the correlations between risk, responsibility and decisions. From this crisis emerges an “organized irresponsibility”: it increases the diversity of risks created by man, by which people and institutions are naturalistically blamed, and causes extreme deviations, as the expansion of criminal law. The fact that criminal law be concerned with corruption is not new, but sciences like economy, political science, public administration and even psychology and applied ethics consolidate a considerable range of knowledge and information about corruption, its causes, purposes, conditions, types, probabilities. Given the expansion of criminal law and taking into account those other sciences, it is possible to wonder how the legal technology can be configured to best apply this new knowledge about the phenomenon of corruption in the task of preventing its occurrence in the most efficient but also more equitable possible way. This dissertation deeply analyzes models of a new legal technology, possibly suitable for dealing with corruption, but that at the same time attempts to depart from traditional paradigms of criminal law, towards a merging of criminal law and administrative law. The adopted nomenclature of Intervention Law is reinforced by a prospective exercise of trying to achieve a legal model of law aimed at intervening to deal with the problems of corruption, listing and analyzing what would be the desirable characteristics of an Anti-Corruption Intervention Law, while are provided concrete examples of existing legal institutions present in Brazilian law and international anti-corruption conventions internalized by Brazil.

KEY-WORDS: International Conventions against Corruption – Expansion of Criminal Law – Administrativization of Criminal Law – Risk Society – Anti-Corruption Intervention Law

Lista de Ilustrações (tabelas, gráficos, etc.)

Ilustração 1: Alegoria do Sistema de Integridade	28
Ilustração 2: Colunas vs. Políticas do Sistema de Integridade	28
Ilustração 3: Réus, Condenados, Inquéritos e Ações Penais Sobre Lavagem de Dinheiro	44
Ilustração 4: Ações Anticorrupção por Entidade	51
Ilustração 5: Chave de Classificação das Diretrizes da ENCCLA	62
Ilustração 6: Tabulação da Classificação das Diretrizes da ENCCLA	64
Ilustração 7: Diretrizes por Ano	65
Ilustração 8: % das Diretrizes quanto à Natureza	65
Ilustração 9: % das Diretrizes quanto à Dimensão	66
Ilustração 10: % das Diretrizes quanto ao Tema	67
Ilustração 11: % das Diretrizes quanto à Instrumentalização	68
Ilustração 12: % dos Protagonistas quanto à Natureza	68
Ilustração 13: 10 Maiores Protagonistas da ENCCLA	69
Ilustração 14: Estrutura da Obrigação Penal	115
Ilustração 15: Estrutura da Obrigação Interventiva	116

Lista de Siglas

- ACA – Agência Anticorrupção, acrônimo de *anti-corruption agency*
- ACU – Unidade Anticorrupção, acrônimo de *anti-corruption unit*
- AML – Antilavagem de Dinheiro, acrônimo de *Anti-Money Laundering*
- CGU – Controladoria-Geral da União
- COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras
- CTF – Contra o financiamento do terrorismo, acrônimo de *Counter Terrorism Financing*
- DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça
- ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
- FCPA – Lei contra as práticas corruptas no estrangeiro, acrônimo de *Foreign Corrupt Practices Act*
- GAFI / FATF – Grupo de Ação Financeira Internacional, ou *Financial Action task Force*
- GAFISUD – Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo
- GGI-LD – Gabinete de Gestão Integrada de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro
- KYC – “Conheça o seu cliente”, acrônimo de *Know Your Customer*
- JUG – *Joined-up Government*
- MESICIC – Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção
- NCCT – Países e territórios não-cooperantes [às recomendações do GAFI], acrônimo de *non cooperative countries and territories*.
- NIS – Sistema Nacional de Integridade, acrônimo de *National Integrity System*
- OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- ONU – Organização das Nações Unidas
- SAR – “Relatório de operação suspeita”, acrônimo de *Suspicious Activity Report*
- SPCI – Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas da Controladoria-Geral da União
- UIF – Unidade de Inteligência Financeira
- UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, acrônimo de *United Nations Office on Drugs and Crime*

Introdução

Apesar da amplitude do tema, trataremos da corrupção em um aspecto bastante específico: partindo da constatação da complexidade das políticas internas que visam o cumprimento de um regime internacional de anticorrupção, proporemos novos modelos sancionatórios e institucionais visando o resgate da racionalidade jurídica em um contexto de expansão do direito penal e de quebras de barreiras entre áreas do direito (administrativização do direito penal).

Formas não-penais para lidar com o problema foram concebidas, com maior ou menor grau de sofisticação, por diversas culturas passadas. O primeiro-ministro brâmane de Chandragupta, escrevendo 2300 anos atrás, listou 40 formas de desviar dinheiro do Estado. Na China antiga, funcionários públicos recebiam um adicional chamado Yang-li, que significava “provento da incorruptibilidade” (o qual aparentemente falhava em alcançar seu propósito) (KLITGAARD, 1988, p. 7). Entretanto, a forma tradicional de se lidar com a corrupção é mediante o uso do sistema penal – outras medidas administrativas, por mais que se acredite que tenham efeitos moralizadores, eram propostas e aplicadas devido a um juízo de eficiência ou de racionalização de determinado setor, e não pela corrupção em si.

A corrupção é tão antiga quanto o próprio Estado. Embora o que seja legal ou ilegal dependa de país para país, a maioria dos Estados penaliza formas mais ou menos coincidentes de suborno, peculato, extorsão e fraude em contratos públicos. Diferentemente da lavagem de dinheiro (regime com o qual compararemos a anticorrupção), a corrupção já era tratada pelo sistema jurídico como um ilícito, mesmo antes do surgimento do respectivo regime global de proibição.

Entretanto, a corrupção vem há duas décadas passando por um processo de problematização em nível internacional. Analisaremos como se deu essa internacionalização da anticorrupção no Capítulo 1, descrevendo-a enquanto um regime global de proibição. Observe-se desde já que o conteúdo das medidas e políticas propostas pela anticorrupção pode ser dividido, do ponto de vista jurídico, em duas dimensões, uma criminal e outra administrativa. Do lado da dimensão administrativa, preocupações com desenvolvimento econômico e social, eficiência do Estado e gestão transparente do patrimônio público. Na dimensão penal, ressaltam-se o paralelismo e a sobreposição, em alguns pontos, da anticorrupção com outro regime global de proibição: a antilavagem de dinheiro, ambos concorrendo para o modelo de enfrentamento penal do fenômeno da criminalidade

organizada. Nesse caso, o contexto é de atuação da comunidade internacional sobre um problema que, por si só, desconhece fronteiras, vez que a criminalidade organizada transnacional, ao mesmo tempo em que consiste no comércio internacional de bens ilícitos de naturezas diversas, se beneficia dos espaços de anomia entre uma jurisdição e outra.

Contemporaneamente, acredita-se que a corrupção mina a boa governança e destrói a confiança pública na justiça e na imparcialidade da administração pública. Esses efeitos são maximizados pelas funções do Estado moderno, que se apropria tributariamente de boa parte da riqueza gerada pelos particulares, e a reverte em serviços públicos na tentativa de corrigir ou mitigar desigualdades sociais. Em casos extremos de corrupção endêmica, a própria existência do Estado coloca-se em perigo – o “combate” à corrupção aparece na propaganda e no discurso legitimador de praticamente todos os grupos revolucionários modernos, armados ou organizados em partidos. Mas também se acredita que a corrupção pode distorcer seriamente a concorrência e pôr em perigo o desenvolvimento econômico, quando, por exemplo, as empresas subornam agentes públicos para vencer licitações. Com a globalização das estruturas econômicas e financeiras, bem como com a integração dos mercados nacionais em um mercado global, as decisões tomadas sobre os movimentos de capitais ou investimentos em um país podem fazer efeitos em outros. Corporações multinacionais e investidores internacionais desempenham um papel determinante na economia atual e não são limitados por fronteiras, e manter as regras do mercado leais e transparentes é tanto do interesse dos operadores econômicos, como de todos os afetados pela economia global.

O exame dessa conjuntura inicia-se com a adoção pelo Brasil de diversas convenções internacionais que representam, do ponto de vista interno, a introdução de um regime internacional de proibição voltado à anticorrupção, o qual se manifesta internamente por meio de uma política legislativa de adequação de nosso ordenamento jurídico aos seus paradigmas. Veremos que o regime da anticorrupção é naturalmente complexo no Capítulo 1, onde descreveremos os processos internacionais de produção e expansão do regime global de proibição da anticorrupção, a partir do paralelismo com o regime global de proibição da antilavagem de dinheiro e da categorização da bidimensionalidade (administrativo-criminal) da anticorrupção.

No Capítulo 2 apresentaremos os processos de internalização no Brasil desse regime de proibição, demonstrando a sua complexidade por meio de uma análise temático-quantitativa das diretrizes da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à

Lavagem de Dinheiro), destacando o padrão de paralelismo com a antilavagem e a bidimensionalidade administrativo-criminal. As políticas públicas que concretizam a adoção interna da anticorrupção demonstram a grande complexidade desse regime: o paralelismo entre a anticorrupção e a AML não pára em nível internacional e a bidimensionalidade administrativo-criminal da anticorrupção é intensificada internamente com a polarização institucional de cada uma dessas dimensões.

A complexidade da anticorrupção, presente tanto na internacionalização quanto nas políticas públicas internas desse regime, também apresenta percalços para a teoria jurídica, notadamente no contexto da administrativização e da expansão do direito penal, em um sintoma de amalgamação entre direito e risco. As políticas de internalização da anticorrupção denunciam a complexidade do regime por meio da sua dimensão dupla – administrativo-criminal –, da clivagem institucional, e de preocupações ao mesmo tempo punitivas e preventivas. A complexidade das políticas anticorrupção é enxergada pelo direito como a retirada de marcos precisos, como o recuo de noções jurídicas nitidamente delimitadas, como a de culpa penal ou de responsabilidade civil, em proveito de noções com fronteiras mais imprecisas, como periculosidade e solidariedade. Nessa retirada de marcos, não só o conteúdo das normas é afetado, mas a sua própria organização, desaparecendo as divisões que separam as grandes categorias ou disciplinas nas quais se repartem as diversas espécies de direito: penal, civil e administrativo. E isso pode significar mais do que um ajuste das técnicas jurídicas à complexidade do mundo pós-industrial, pois põe em causa o princípio da razão: quando os contornos do direito de punir se perdem entre uma legalidade muito enfraquecida e uma repressão administrativa em pleno desenvolvimento, enfraquece-se a qualidade de racionalidade interna e sistêmica do direito, o que causa, como demonstraremos, um sistema jurídico menos justo. Assim, no Capítulo 3 identificaremos a natureza do bem jurídico protegido pelas normas anticorrupção, dentro de um contexto de perspectivas e problemas modernos de responsabilidade jurídica (sociedade de risco, expansão do direito penal, administrativização do direito penal).

A partir dos antecedentes da internacionalização de um complexo regime de proibição (descrita no Capítulo 1), da internalização do regime da anticorrupção, sob o ponto de vista das políticas públicas e da política criminal, também de forma complexa (demonstrada no Capítulo 2), e da situação dessa conjuntura no contexto das recentes teorizações do direito penal sobre expansão punitiva, administrativização do direito penal, e direito penal do risco (Capítulo 3), propomos um paradigma/modelo jurídico racional de sancionamento e desenho

institucional denominado direito de intervenção anticorrupção (Capítulos 4 e 5). Dados os problemas de como ocorreu a internalização no Brasil do regime global de proibição da anticorrupção, e de como esse fenômeno se insere em um contexto de complexidade, de sociedade de risco e de expansão do direito penal, e, dada a complexidade de todo esse cenário, surge a indagação se há, e quais são, as alternativas de modelos jurídicos que podem contribuir para trazer ou aumentar a racionalidade/justiça do regime da anticorrupção. A hipótese, adotada nesta dissertação, é a de que uma nova classe de direito, o direito de intervenção anticorrupção, resultante da administrativização do direito penal, ao mesmo tempo em que se apresenta como alternativa à expansão do direito penal, filia-se a um programa de direito penal mínimo, e dá racionalidade jurídica à complexa bidimensionalidade (administrativo-penal) internacional e interna do regime da anticorrupção, mantendo sua legitimidade.

Capítulo 1: Internacionalização da Anticorrupção

O conjunto de regras e políticas que denominamos de anticorrupção deriva majoritariamente de um movimento internacional que possui como objetivo a erradicação ou minoração da corrupção. Uma das formas mais expressivas de atuação desse movimento é a produção de normas de direito internacional a respeito desse tema, mas estas, ainda assim, são apenas a consequência de uma intrincada rede de atores nacionais e internacionais de naturezas diversas: países, grupos, organizações internacionais públicas e não-governamentais.

Uma das razões da predominância da anticorrupção nas relações internacionais é um raro consenso entre os Estados quanto ao tema. A origem da anticorrupção nas relações internacionais é substancialmente mais complexa, como se demonstrará a seguir, a adequação de métodos é disputada, formas de mensuração da corrupção são denunciadas¹, mas o consenso de ser “contra a corrupção” é avassalador. Pode-se questionar a regulação internacional de determinadas substâncias psicoativas por serem estas ligadas a culturas tradicionais e a efeitos da altitude sobre a fisiologia humana. Definições universalizantes de direitos humanos são invariavelmente taxadas de eurocêntricas. Simpatizantes e detratores se apegam a visões distintas, estes à violência dos métodos, aqueles à justiça da causa, no debate de qualificar um ato como terrorista ou como de resistência. Mas não há como não ser contra a corrupção. Na perspectiva tradicional da preponderância dos Estados como sujeitos do direito internacional, a corrupção é vista como um perigo para a existência dos próprios Estados. Em uma agenda mais contemporânea, de prevalência de direitos humanos e de elevação da proteção do indivíduo no direito internacional, o consenso atual relaciona inversamente corrupção a desenvolvimento humano e capacidade de investimento em infraestrutura, saúde e educação. Regimes corruptos praticam delitos coletivos não só contra o patrimônio de sua população presente, mas contra o direito de as gerações futuras se beneficiarem do desenvolvimento que não ocorreu. Todo esse movimento internacional da anticorrupção mobiliza recursos e esforços de diversos atores, e, numa próxima instância, alcança força suficiente para se impor e convencer os Estados a internalizarem suas políticas e suas normas.

¹ Como o índice de percepção da corrupção produzido pela ONG internacional Transparência Internacional – este índice é discutido porque evolução da estrutura de persecução contra casos de corrupção redundou em aumento do número de casos, maior discussão interna na mídia, o que gera impactos óbvios na percepção do fenômeno. De forma mais sutil, as políticas anticorrupção envolvem também o aumento de condutas ou tipos penais englobados na chave semântica da corrupção, ver subcapítulo 3.2 sobre a expansão do direito penal.

No âmbito internacional, a anticorrupção faz parte de um contexto de expansão do direito internacional, justamente no aspecto de ser um tema relativo a uma área tradicionalmente considerada como sendo interna aos Estados (política criminal e defesa do patrimônio público). Se a expansão do direito internacional se caracteriza, no plano material, por uma multiplicação dos temas que passam a ser ligados a ele como fontes de inspiração do conteúdo na formação desse direito, no plano formal, a expansão das normas restritivas e das *soft norms* também é notável (VARELLA, 2005, pp. 136 e 164). Todavia, como o conjunto das normas e princípios resultantes da descentralização das fontes do direito internacional nem sempre é coerente, surgem diversos focos de complexidade (incoerência sistêmica), que são reproduzidos em nível interno (como veremos no Capítulo 2).

Para entender a complexidade do regime de internacionalização da anticorrupção de forma apropriada é adequado traçar um paralelo com outro regime global de proibição muito relevante, que precedeu a internacionalização da anticorrupção e que com ela guarda muitas conexões: trata-se do regime da antilavagem de dinheiro (1.1). Mas adiantamos que, apesar de relacionado, o regime da antilavagem de dinheiro diferencia-se do regime da anticorrupção não apenas quanto ao conteúdo, mas quanto a suas dimensões (1.2) criminal (1.3) e administrativa (1.4) e quanto ao fato de a anticorrupção encontrar suporte jurídico em um conjunto de normas internacionais tão ou mais especializado do que o da antilavagem (1.5), todas estas características distintivas contribuindo para a grande complexidade da anticorrupção.

1.1 Regimes Globais de Proibição: Traçando o Paralelo entre Antilavagem de Dinheiro e Anticorrupção

A literatura da internacionalização do direito penal aponta que a problematização criminal da lavagem de dinheiro é um dos principais exemplos do sucesso de um movimento internacional em provocar alterações substanciais nos regimes jurídicos internos dos Estados. Sucesso este demonstrado pelo fato de que, em questão de uma década, uma recém-criada organização internacional, o GAFI² (Grupo de Ação Financeira Internacional, também muito

² Criado em 1989 no âmbito do G-7 e da Comunidade Européia. Em 1990 as recomendações foram estendidas aos demais membros da OCDE, Hong Kong e Cingapura, e em 1999 ao Brasil e Argentina.

referenciado no seu acrônimo inglês FATF, *Financial Action Task Force*) conseguiu expandir para um terço dos países do mundo seu modelo de persecução penal e de inteligência financeira aplicados contra a lavagem de dinheiro. Demonstraremos esse contexto do surgimento da antilavagem de dinheiro, doravante AML³, como um regime global de proibição, concluindo neste ponto com o paralelismo desse regime internacional com a anticorrupção, o qual redundará na adoção interna pelo Brasil de uma política comum para enfrentamento da lavagem de dinheiro e da corrupção (tema do Capítulo 2).

Todavia, não é o objetivo desta dissertação tratar exaustivamente do tema lavagem de dinheiro, mas tão somente do necessário para estabelecer as relações iniciais de paralelismo do regime da AML com o da anticorrupção. Dessa forma, trataremos da definição lavagem de dinheiro e sua relação com o crime organizado, especialmente o transnacional (I), característica esta que justifica o desenvolvimento de um verdadeiro regime internacional de proibição (II). Como prática associada ao controle da criminalidade moderna, a AML é formada por técnicas penais deveras peculiares (III), técnicas estas que se comunicam, de alguma forma, ao regime global de proibição que é tema principal deste trabalho, a anticorrupção (IV).

(I) Impulsos muito primitivos do ser humano estão ligados ao ato de esconder ou disfarçar a natureza ou a origem criminosa do proveito de um delito praticado (DE CARLI, 2006, p. 68). Toda transgressão a normas ativa vários mecanismos de defesa, destinados, fundamentalmente, a evitar a punição. Esses mecanismos operam com duas finalidades: negar o crime e tornar possível usufruir os ganhos por ele gerados. A lavagem de dinheiro opera nessa dimensão, em primeiro lugar, procurando negar um crime anterior, tentando apagar uma evidência dele: o ganho indevido resultante deixa de ser aparente. Em segundo lugar, após múltiplas operações de estratificação do dinheiro sujo, há um momento no qual esse capital é integrado à normalidade financeira, revertido em bens ou participações em empresas, e passa a ser usufruído.

Todavia, o direito penal tradicional já possuía ferramentas para coibir esse instinto natural do criminoso de esconder vestígios materiais do seu crime, para aumentar as chances de não ser punido, ou para facilitar o gozo patrimonial decorrente do ilícito: os crimes de receptação ou ocultação de cadáver, por exemplo, tinham suas objetividades penais dirigidas

³ Acrônimo em inglês de “*Anti-Money Laundering*”.

contra crimes patrimoniais ou contra a vida praticados anteriormente⁴. Não obstante a existência dessas ferramentas, o que intriga na lavagem de dinheiro é o seu surgimento recente, enquanto crime, e a súbita propagação de regimes penais e administrativos que se voltam contra essa prática. Apesar de o crime de lavagem de dinheiro ser relativamente novo, tendo sido primeiro tipificado em meados dos anos 80 na Itália e nos EUA, em poucos anos, a partir da década de 90, principalmente, reproduziu-se em dezenas de Estados.

(II) Há uma série de fatos que recebem o tratamento de crime internacional, do qual a fórmula mais genérica é composta por dois elementos: (1) a existência de uma questão qualquer a qual se atribua condição de crime; e (2) o envolvimento de uma pluralidade de Estados nessa questão, que pode advir tanto da forma de criação ou produção do direito penal, quanto da forma de aplicação do direito penal determinada pela atividade jurisdicional via cooperação jurídica internacional (MACHADO, 2004, p. 21).

Seguindo-se a uma fase de adoção de instrumentos legais internacionais e filiação a organismos ou redes específicas (fase de unificação), há um processo de recepção do direito internacional unificado pelos direitos internos, caracterizada esta recepção por processos de uniformização (“inserção nos direitos nacionais de regras idênticas, mas não únicas”) e harmonização “(realização, pautada no respeito a pluralidade dos direitos estatais de uma equivalência de regras nacionais)” (MACHADO, 2004, p. 21). Assim, no processo de reprodução intranacional da AML foram adotados regimes jurídicos e políticas antilavagem praticamente idênticos, padronizados até mesmo em nível institucional (como no exemplo das Unidades de Inteligência Financeira – UIFs⁵). Criou-se, ainda, um elaborado conjunto de medidas e de organismos internacionais de cooperação que visam a implementação de uma política uniforme global de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro (DE CARLI, 2006, p. 133). Esses transplantes normativos de uma jurisdição para outra são apontados pelo direito comparado como a principal causa de mudança nos sistemas jurídicos (CHOUDHRY, 2006, p. 17).

Delineamos, assim, alguns motivos para a reprodução global da AML, que vai além da padronização jurídica: (1) transnacionalidade das movimentações financeiras; (2)

⁴ Código Penal:

Art 180. Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro de boa fé a adquira, receba ou oculte:

Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

⁵ A UIF do Brasil é o COAF: Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão ligado ao Ministério da Fazenda.

transnacionalidade da prática criminosa antecedente; (3) além de “hermética e cheia de siglas”, a AML é de fato um complexo de regimes jurídicos e políticas públicas específicas concertadas. Para o sistema funcionar, não basta que apenas alguns itens do modelo sejam reproduzidos – sua adoção se dá em blocos: a AML envolve não apenas a tipificação do crime de lavagem de dinheiro; mas a criação de normas regulamentares específicas para diversos setores econômicos (bancos, seguros, valores mobiliários, imóveis, jogo e loterias, jóias, previdência, fomento mercantil, dentre outros); e também a criação de instituições especializadas, como unidades de investigação e persecução, e de inteligência financeira (UIFs). Antecipando o papel da ENCCCLA⁶, a própria coordenação da atuação de todos esses atores, submetidos a tantos regulamentos diferentes, é um esforço considerável.

A esses motivos somam-se mais quatro ligados ao conceito de um “regime internacional de proibição”, de Nadelmann: (1) a inefetividade de regimes nacionais coibirem apenas internamente atividades transnacionais; (2) intenção de eliminar paraísos para refúgio de criminosos; (3) padronização que torna possível a cooperação jurídica internacional entre países de tradições jurídicas distintas; e (4) expectativa de cooperação entre países, que, caso não cumprida, cria certo embaraço internacional (NADELMANN, 1990, p. 481)⁷.

Um “regime internacional de proibição” não abrange, apenas, normas materiais identificando condutas a serem proscritas também internamente, mas também entes internacionais dedicados ao seu *enforcement*. No caso da AML, esse destaque vai para o GAFI que funciona, em termos operacionais, como órgão central da comunidade formada pelas diversas UIFs mundo afora, as quais usam a estrutura fornecida pelo GAFI como canal para troca de informações. O GAFI também possui um caráter supranacional, ao elaborar recomendações e avaliar se os seus membros estão adimplentes ou não com as obrigações que

⁶ Ver subcapítulo 2.1.

⁷ O trecho é ilustrativo ao ponto de merecer ser transcrito na íntegra:

The most important inducement to the creation of international prohibition regimes is the inadequacy of unilateral and bilateral law enforcement measures in the face of criminal activities that transcend national borders. No government possesses sufficient resources to police effectively all of the high seas or to investigate and punish the array of illicit activities that are committed abroad and harm its interests or citizens. Nor is any government willing, except on rare occasions, to unilaterally pursue a criminal when doing so involves a blatant affront to another state's external sovereignty. International prohibition regimes are intended to minimize or eliminate the potential havens from which certain crimes can be committed and to which criminals can flee to escape prosecution and punishment. They provide an element of standardization to cooperation among governments that have few other law enforcement concerns in common. And they create an expectation of cooperation that governments challenge only at the cost of some international embarrassment. In these respects, international prohibition regimes amount to more than the sum of the unilateral acts, bilateral relationships, and international conventions that constitute them.