

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

CAIO MARCELO CORDEIRO ANTONIETTO

A Disciplina Penal das Organizações Criminais Transnacionais: uma análise econômica do tráfico internacional de drogas e lavagem de capitais

CURITIBA

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

CAIO MARCELO CORDEIRO ANTONIETTO

A Disciplina Penal das Organizações Criminais Transnacionais: uma análise econômica do tráfico internacional de drogas e lavagem de capitais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa “Estado, Economia e Desenvolvimento”

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

CURITIBA
2015

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

A635d
2015 Antonietto, Caio Marcelo Cordeiro
A disciplina penal das organizações criminais transnacionais : uma análise econômica do tráfico internacional de drogas e lavagem de capitais / Caio Marcelo Cordeiro Antonietto ; orientador, Rodrigo Sánchez Rios. – 2015.
124 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2015
Inclui bibliografias

1. Crime organizado. 2. Tráfico de drogas. 3. Lavagem de dinheiro. 4.
Direito penal.econômico. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade
Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 340

CAIO MARCELO CORDEIRO ANTONIETTO

Disciplina Penal das Organizações Criminais Transnacionais: uma análise econômica do tráfico internacional de drogas e lavagem de capitais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Curitiba, 30 de janeiro de 2015.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios
Orientador - PUCPR

Prof. Dr. André Luís Callegari
Unisinos - RS

Prof. Dr. Fábio André Guaragni
Unicuritiba-PR

RESUMO

Um dos principais riscos à ordem social e econômica na sociedade contemporânea, marcada pela mitigação das fronteiras, intensa movimentação mundial de pessoas, bens e capitais, avanço tecnológico e das comunicações inerentes ao processo de globalização é a atividade econômica criminal exercida com características de organização e transnacionalidade. Mesmo com o surgimento de novas formas criminais a principal e mais lucrativa atividade praticada por organizações criminais transnacionais continua sendo o tráfico internacional de drogas ilícitas, atrelado ao tráfico está a lavagem do dinheiro obtido de maneira ilícita. A criminalidade organizada transnacional é um desafio a ser trabalhado pelos Estados tanto em âmbito interno como externo, razão pela qual é objeto de grande regulamentação por Estados nacionais e por entidades internacionais. O presente estudo tem por objetivo o levantamento da política criminal e regulamentação penal internacional em matéria de organizações criminais, tráfico de drogas ilícitas e lavagem de capitais bem como a análise de seus reflexos no ordenamento jurídico interno e no sistema de justiça criminal brasileiro. Para a realização do objetivo optou-se por utilizar métodos da análise econômica do direito, principalmente na importação de conceitos econômicos, na preocupação com as consequências da disciplina penal das organizações criminais sobre o comportamento de pessoas e instituições e na visão do crime como atividade econômica. Partindo da análise do crime como atividade econômica lucrativa e do mercado criminal, passando pela exposição da disciplina internacional e nacional sobre organizações criminais, tráfico de drogas e lavagem de capitais buscou-se chegar a conclusões baseadas em critérios de cientificidade capazes de somar no desafio de prevenção e repressão à criminalidade organizada.

Palavras chave: Organizações Criminais; Tráfico Internacional de Drogas; Lavagem de Capitais; Política Criminal; Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

One of the main risks to the social and economic order in contemporary society, marked by mitigation of the borders, intense global movement of people, goods and capital, technological and communication advancement inherent to the globalization process is the criminal economic activity pursued with organizational characteristics and transnationality. Even with the emergence of new criminal forms the main and most profitable activity practiced by transnational criminal organizations remains the international trafficking of illicit drugs, trafficking is linked to the laundering of unlawfully obtained money. Transnational organized crime is a challenge to be worked by States internally and externally, why it is great subject to regulation by National States and international organizations. This study aim to lift the criminal policy and international criminal legislation on criminal organizations, illicit drug trafficking and money laundering as well as analysis of its effects on the domestic legal system and the Brazilian criminal justice system. For the realization of the goal we chose to use methods of law and economics, especially in the import of economic concepts, the concern with the consequences of criminal discipline of criminal organizations on the behavior of people and institutions and at the crime vision as economic activity. Leaving of the analysis of crime as a lucrative activity and the criminal market, through the exposure of the international and national discipline on criminal organizations, drug trafficking and money laundering sought to reach conclusions based on scientific criteria able to add in the challenge of prevention and repression of organized crime.

Keywords: Criminal Organizations; International Drug Traffic; Money Laundering; Criminal Policy; Law and Economics.

À Maria Alice, Gabriela e ao nosso nenê.

Agradeço a realização deste trabalho a uma série de pessoas que contribuíram a chegada e a conclusão desta tão importante etapa pessoal, acadêmica e profissional.

Agradeço a minha família, minha esposa Maria Alice, minha filha Gabriela e ao meu filho ou filha que está chegando. Aos meus pais e meus avós.

Agradeço ao Professor Rodrigo Rios que mesmo liderando uma das principais Bancas de Advocacia Criminal do país encontra tempo e paciência para se dedicar com capacidade ímpar as atividades do Magistério, incentivando, guiando e contribuindo grandemente neste trabalho.

Ao sócio, colega de Mestrado e amigo Rafael Guedes que me acompanhou e auxiliou de perto nesta trajetória.

Aos Colegas do PPGD da PUC-PR.

Por fin, pero no menos importante, en la persona de Profesor Isidoro Blanco Cordero agradezco a los Profesores del departamento de Derecho Penal de la Universidad de Alicante donde tuve por gran acogida en rápida, todavía muy productiva, estancia de investigación en su Universidad.

Sumário

Introdução.....	01
1. A atividade econômica criminal transnacional.....	03
1.1. Análise econômica em matéria penal.....	04
1.2. O delito como atividade econômica lucrativa.....	06
1.3. Organizações criminais transnacionais.....	08
1.3.1. Crime e processo de globalização.....	08
1.3.2. Crime organizado, organizações criminais e crimes de mercado, o crime na era da globalização.....	11
a) Crime Organizado.....	12
b) Instituições e organizações.....	13
c) Criminalidade de massa.....	15
d) Características das organizações criminosas.....	16
e) Organizações criminosas e atividades criminais.....	20
1.4. O mercado das drogas ilícitas.....	21
a) Destinação dos valores arrecadados com a droga.....	25
1.5. Lavagem de Capitais – características.....	28
2. Criminalidade Organizada, tráfico internacional de drogas, lavagem de capitais e a transnacionalidade da criminalização.....	32
2.1. Combate à criminalidade organizada transnacional.....	33
a) Convenção de Palermo.....	36
b) Convenção de Mérida.....	39
2.2. Políticas de combate ao tráfico de drogas ilícitas.....	40
a) Convenção de Viena de 1988.....	42
b) Estratégias no combate às drogas.....	44
2.3. Políticas de combate à lavagem de capitais.....	49
a) O GAFI e seus Organismos Regionais.....	53
b) As 40 recomendações do GAFI.....	55
c)As Diretivas europeias.....	57
d) As políticas de colaboração.....	59
3. O ambiente institucional brasileiro diante das políticas criminais internacionais de combate as atividades de organizações criminais.....	63

3.1. Evolução brasileira na disciplina penal da criminalidade organizada	66
a) Lei n. 9.034 de 1995.....	68
b) Lei n. 10.271 de 2001.....	71
c) Habeas Corpus n. 96.007.....	72
d) Lei n. 12.850 de 2013.....	74
3.2. A legislação brasileira de repressão ao tráfico de drogas	77
a) Lei n. 5.726 de 1971.....	78
b) Lei n. 6.368 de 1976.....	81
c) Lei n. 11.343 de 2006.....	83
3.3. O sistema brasileiro de combate à lavagem de dinheiro	85
a) Lei n. 9.613 de 1998.....	86
b) Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.....	88
c) Lei n. 12.683 de 2012.....	91
4. Consequências e perspectiva do modelo brasileiro de combate à criminalidade organizada transnacional	95
4.1. Consequências da política de combate ao tráfico de drogas no Brasil	95
4.2. Críticas as alterações promovidas na legislação brasileira de lavagem de capitais	99
4.3. Apontamentos à delimitação de organizações criminosas no ordenamento brasileiro	103
4.4. Perspectivas ao modelo brasileiro de combate à criminalidade organizada transnacional	107
Considerações Finais	111
Referências Bibliográficas	115

Introdução

A sociedade contemporânea passa por um processo de significativas mudanças decorrentes de novas formas de relacionamento entre as pessoas e mesmo entre os Estados. Marcada pelo processo de globalização, avanço da tecnologia e da comunicação o Estado se encontra diante do desafio de regular atividades e riscos nunca antes existentes, nos moldes da estrutura social formada no Estado de Direito esta regulação passa necessariamente pela regulação penal.

Uma das estruturas que desafiam os Estados neste modelo social é a realização de atividades criminais de maneira organizada e transnacional. As organizações criminais transnacionais são fontes de risco incalculável, sua atuação desafia o poder estatal e abala a ordem econômica com a movimentação ilícita anual de bilhões de dólares. As atividades criminais, o uso da violência, a ingestão de capital ilícito no sistema financeiro formal e o desrespeito a ordem jurídica são questões que exigem especial atenção internacional em torno do fenômeno da criminalidade desenvolvida de forma organizada. Dentre as atividades criminais desenvolvidas além das fronteiras nacionais se destacam o tráfico de drogas ilícitas e a lavagem de capitais. Mesmo diante de novas formas de criminalidade o tráfico de drogas continua sendo o negócio criminal mais lucrativo no mundo e os lucros obtidos com esta forma criminal são reinseridos na atividade econômica formal em procedimentos criminalizados que dissimulam ou ocultam sua origem ilícita.

Esta preocupação gerada pelo risco da criminalidade transnacional e organizada fez com que entidades internacionais desenvolvessem uma regulação que ultrapassa o limite dos ordenamentos jurídicos internos. Atualmente existem diversos Tratados internacionais e órgãos multilaterais criados para tentar prevenir e reprimir a prática de atividades criminais transnacionais. Pode-se afirmar que existe uma política criminal global em matéria de criminalidade organizada e uma regulamentação jurídico-penal internacional contra o tráfico de drogas, a lavagem de capitais e as organizações criminais de forma geral.

O Brasil não está alheio a realidade global. Há o desenvolvimento de atividades criminais organizadas em território nacional, assim como uma regulamentação penal da matéria, inclusive com recentes alterações legislativas como o caso da lei n. 12.683 de 09 de julho de 2012 que promoveu significativas alterações na legislação brasileira de combate a lavagem de dinheiro e da lei 12.850 de 02 de agosto de 2013 que dispõe sobre as organizações criminosas.

O presente estudo tem por objetivo desenvolver uma pesquisa científica em torno da política criminal transnacional em matéria de criminalidade organizada, tráfico de drogas ilícitas e lavagem de capitais, sua regulação em nível transnacional, bem como seus impactos no ambiente

jurídico brasileiro. Até que ponto o Brasil é influenciado pela política internacional sobre criminalidade organizada? Quais os reflexos da influência da política criminal transnacional no sistema jurídico brasileiro? Para tanto, no primeiro capítulo desenvolveu-se a análise do crime enquanto atividade econômica lucrativa, dos reflexos do processo de globalização na atividade criminal, do mercado mundial de drogas ilícitas e das principais características da atividade de lavagem de dinheiro. No segundo capítulo foi desenvolvida pesquisa em torno dos reflexos do processo de globalização sobre a política penal internacional e da regulação penal internacional em matéria de criminalidade organizada transnacional, tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro, destacando-se os principais Tratados e organismos internacionais que se preocupam com o assunto. No terceiro capítulo foi desenvolvida pesquisa com intuito de analisar a regulamentação penal brasileira sobre organizações criminais, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro destacando a evolução legislativa do tema e sua relação com a política internacional pesquisada no capítulo antecedente. O quarto capítulo apresenta um caráter conclusivo de críticas e perspectivas à regulamentação penal pátria.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo. Para o desenvolvimento da pesquisa e alcance dos objetivos traçados no presente estudo optou-se por pesquisa em referenciais teóricos nacionais e internacionais da doutrina especializada sobre a temática abordada, bem como a coleta de dados junto a publicações de órgãos oficiais nacionais e internacionais. Sobre a pesquisa bibliográfica realizada aplicou-se, também, métodos desenvolvidos pela análise econômica do direito, especialmente no que se refere a importação de conceitos econômicos, a preocupação com os impactos da normativa penal de organizações criminais sobre o comportamento de instituições e tomada de decisões e dos aspectos econômicos que envolvem a prática de atividade criminal em escala transnacional e organizada.

Desta forma, buscou-se desenvolver o tema proposto para pesquisa com o escopo de analisá-lo com critérios de cientificidade para somar no desafio enfrentado pelos Estados de Direito contemporâneos na prevenção e repressão à atividade criminal organizada.

1. A atividade econômica criminal transnacional

A criminalização de condutas, entendida como o último meio de regulação social disponível no Estado de Direito, deve seguir a realidade e o desenvolvimento das relações sociais. Para tanto se faz necessário que a lei penal acompanhe a forma de desenvolvimento e a motivação das atividades prejudiciais que pretende tornar ilícita criminalmente. No modelo social-econômico capitalista grande parte das atividades humanas é voltada para a produção de bens econômicos objetivando sua troca e acumulação de capital. As atividades humanas socialmente danosas seguem esta mesma lógica, na maior parte das vezes são voltadas a finalidades econômicas.

Atividade econômica não se confunde com Economia, ambos estão ligados ao referencial de escassez de fontes, produção de bens e serviços e interesse humano sobre recursos escassos. Há uma escassez de recursos disponíveis para a satisfação das necessidades humanas, a atividade econômica é aquela voltada a administração desta escassez por meio de escolhas e tomadas de decisões. Economia é a ciência que estuda a atividade econômica, o comportamento humano, as relações e fenômenos dela decorrentes, ou seja, dedica-se a analisar o comportamento humano e social diante da escassez de recursos (NUSDEO, 2013, p. 30).

A atividade econômica, por sua vez, segundo GRAU, enquanto gênero pode ser dividida em três espécies: atividade econômica em sentido estrito, representada pelas atividades econômicas lícitas típicas da iniciativa privada; serviços públicos, atividade econômica própria do Estado; e atividades ilícitas, atividade econômica em sentido amplo cujo exercício é vedado pela lei (2012, P. 100). Ao conceito de atividades econômicas ilícitas pode ser acrescida a subespécie atividade econômica ilícita criminal, ou atividade econômica criminal, que seriam as atividades econômicas em sentido amplo definidas na lei como crime. Note-se que não há óbice para se falar conceitualmente em atividade econômica criminal, pois o conceito de atividade econômica comporta bens econômicos e interesses ilícitos, razão pela qual é possível falar em atividade econômica criminal representada pela forma de atividade econômica criminalmente típica. Essa forma de atividade econômica integra a atividade econômica em sentido amplo e com ela se comunica de diversas formas.

Para NUSDEO “chama-se de bem econômico todo aquele dotado de utilidade e cujo suprimento seja escasso. Em duas palavras, o bem econômico é aquele útil e escasso.” (2013, p. 33). A noção de bem econômico está ligado a possibilidade de determinado bem escasso, ou seja, não encontrado sem limitações, ser capaz de suprir uma necessidade, satisfazendo-a em todo ou em parte. As necessidades humanas não são delimitadas pelas regras jurídicas, ao contrário, podem se dar nas mais diversas espécies, morais ou imorais, lícitas ou ilícitas. As necessidades poderão ser

adjetivadas socialmente como reprováveis, nocivas, autodestrutivas ou imorais, mas continuarão existindo e serão consideradas manifestações econômicas sempre que houver uma movimentação de recursos para atendê-las, motivo pelo qual não podem ser ignoradas pela análise econômica. “O exemplo mais saliente vem a ser o da necessidade por drogas. Reprovável, condenável, sem dúvida, não pode, no entanto, ser ignorada, já que movimenta uma parcela enorme de recursos escassos para a sua satisfação em nível, inclusive, mundial.” (NUSDEO, 2013, p. 34). O papel da Economia como ciência não é valorar a necessidade, mas constatar e explicar a atividade desenvolvida para satisfazer estas necessidades, ao Direito cabe valorá-las sem, contudo, ignorar esta realidade econômica que as envolvem.

Para RUGGIERO pode-se traçar uma distinção entre economia informal e economia do crime, naquela os bens não são oficialmente ilegais, porém sua produção e circulação enfrentam entraves de condições ilegais, nesta tanto os bens produzidos como sua produção e circulação são considerados ilegais, a união destas duas formas de movimentação econômica formariam uma “economia oculta” (2008, p. 71). Com maior rigor terminológico pode ser feita uma distinção em atividade econômica informal e atividade econômica do crime. Atividade econômica informal seria aquela cujo bem econômico não é ilegal, mas o é a forma de produzi-lo ou fornecê-lo, sem representar crime, de outro lado, atividade econômica criminal seria aquela cujo bem econômico, sua produção ou circulação são criminalmente proibidos, como por exemplo o contrabando, a pirataria ou o tráfico de drogas.

A atividade econômica criminal é a conduta humana representada pela movimentação de recursos escassos para o fornecimento de bens econômicos criminalizados. Exemplos são a atividade econômica do fornecimento de drogas ilícitas e a prestação de serviços para o branqueamento de capitais de origem criminal.

1.1. Análise econômica em matéria penal.

De modo geral parte relevante dos juristas brasileiros se mostram muito fechados a mudanças metodológicas e à interdisciplinaridade, seja pela dificuldade de adequação do instrumental teórico necessário para se estabelecer um dialogo com o conhecimento advindo de outros ramos, especialmente no que se refere a linguagem, seja por uma larga tradição positivista do pensamento jurídico, os estudos do Direito no Brasil ainda vivem estas barreiras. Esta realidade parece mais forte quando se pensa na ciência do Direito Penal. Por muitos anos a doutrina penal brasileira permaneceu fechada aos conhecimentos oriundos de outras áreas, mesmo as mais correlatas como sociologia, criminologia e política criminal, até mesmo a doutrina penal

desenvolvida no exterior. Presa em suas próprias teorias e na jurisprudência dos Tribunais pátrios, a partir de final dos anos 80, início dos anos 90 a doutrina penal brasileira teve de absorver 50 anos de desenvolvimento teórico em uma década.

Este é o panorama quando se fala em análise econômica do direito em matéria penal. De forma preconceituosa esta análise é negligentemente tomada como a aplicação do velho brocardo “o crime não deve compensar”, limitadas aos ensinamentos proferidos por BECCARIA no século XVIII de que a pena deve ser imposta de forma a inibir o crime, ou seja, os prejuízos advindos da sanção devem ser maiores que os frutos do crime (1997, p. 92). Contudo, a análise econômica do direito oferece um instrumental teórico e metodológico que pode auxiliar o desenvolvimento do Direito Penal, principalmente quando voltada ao estudo de manifestações criminais com aspectos econômicos.

Um exemplo das afirmações acima é a simplificação das teorias desenvolvidas por GARY BECKER em seu artigo intitulado “Crime and Punishment: An Economic Approach”¹, publicado em 1968. BECKER foi muito além de dizer que a punição deve ser maior que o benefício do crime, sustenta que partindo da noção econômica usual de análise de escolhas pode se dizer que uma pessoa cometerá uma ilicitude se os benefícios advindos excederem os que poderia obter utilizando seu tempo para outras atividades (1968, p. 176). A opção por uma prática criminosa não se faz por meio de um simples cálculo de possíveis perdas e ganhos, mas envolve diversos fatores. Essa abordagem implica que há relação entre o número de crimes cometidos pela pessoa com a probabilidade de condenação, a punição que receberia se condenado, renda disponível em atividades legais e ilegais, a frequência de prisões e sua vontade de cometer um ato ilícito (1968, p. 176). Estas variáveis aumentam quando se pensa em um quadro de racionalidade limitada e escassez de informações sobre a atividade criminal.

Faz-se necessário trazer para o estudo do Direito Penal alguns avanços metodológicos que o Direito obteve por meio da análise econômica do direito. GICO JUNIOR leciona que a análise econômica do direito é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo “empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a avaliação e aplicação de normas jurídicas, principalmente às suas consequências” (2011, p. 19). Cada vez mais os postulados da economia tem se revelado necessários para o estudo do ordenamento jurídico e da complexidade em que se assentam as relações sociais, sendo uma importante ferramenta interdisciplinar para compreender os impactos e implicações que uma norma legal produz na sociedade, de forma a verificar sua manutenção ou modificação dentro de um contexto específico.

¹Crime e Punição: uma abordagem econômica (tradução do autor)

Não se pode pensar na análise de uma lei penal sem ter por base suas consequências, não apenas econômicas, mas na sua forma de influenciar o comportamento humano e das instituições sociais, função última da norma penal. Ao estabelecer regras de condutas que visam modelar o comportamento das pessoas o Direito deve se preocupar com os impactos econômicos e incentivos que influenciam a tomada de decisões dos agentes, o Direito influencia e é influenciado pela Economia assim como as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional (ZYLBERSZTAJN e SZTJAN, 2005, p. 3).

Outra contribuição que se pode extrair da análise econômica em matéria penal é no que se refere a conceitos desenvolvidos pela Economia enquanto ciência que estuda o comportamento do homem e das instituições que influenciam na tomada de decisões. Estes conceitos podem ser utilizados na compreensão de realidades sociais complexas como é o caso das organizações criminais transnacionais e suas atividades criminais econômicas, que não envolve apenas a disciplina criminal, mas apresenta um viés enquanto atividade humana desenvolvida com o objetivo de obter lucros.

Sem se distanciar da dogmática penal e do referencial legislativo que envolve o tema, pretende-se aplicar o referencial teórico da análise econômica para abordar o tema das organizações criminais e sua disciplina penal de forma crítica sob a perspectiva de sua realidade econômica para que se possa analisar as consequências sociais do modelo de repressão adotado em escala global e no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2. O delito como atividade econômica lucrativa

As legislações nacionais ao redor do mundo preveem um número incontável de condutas descritas como crime, dentre elas existem muitas condutas cuja motivação pode ser absolutamente estranha ao raciocínio econômico, contudo, pode-se afirmar que relevante proporção das atividades criminosas está ligada a obtenção de vantagem econômica, desde o furto simples ao mais complexo esquema de corrupção, tráfico de drogas, fraude ao sistema econômico e lavagem de capitais a motivação das condutas é a obtenção de lucro. A atividade criminal enquanto fonte de benefícios econômicos conduz ao que se denomina criminalidade reditícia, onde os lucros fomentam a continuidade das práticas delitivas. “Criminalidade reditícia é aquela que faz voltar o lucro através de um processo cíclico. Os lucros provenientes da própria criminalidade são reinvestidos para fomentar novas práticas criminais, e é exatamente esse processo de reinvestimento no próprio crime que se entende por crime reditício.” (RIOS e LINHARES, 2014)

Das muitas teorias criminológicas que tentam explicar a razões da criminalidade, a

teoria da anomia estrutural de MERTON é bastante precisa ao desenvolver a relação entre conduta criminosa e motivação financeira. Tendo como ponto inicial a teoria da anomia de Durkheim, o sociólogo norte-americano Robert Merton busca a motivação das atividades criminosas no comportamento inovador dos indivíduos frente a situação de anomia representadas pela insuficiência dos meios convencionais para o alcance dos objetivos socialmente impostos. Merton destaca que a sociedade norte-americana tem como meta cultural a riqueza pautada na ideia de que toda pessoa é capaz de alcançar o sucesso financeiro por seu próprio esforço, não importando os meios utilizados. Esta realidade faz com que se estimule a prática de ilícitos para se obter o êxito econômico, de tal sorte que as pessoas assimilam a meta cultural da riqueza desprezando o vínculo aos meios lícitos para obtê-la (1968, p. 204). De seu trabalho pode se extrair a conclusão de que a motivação das atividades criminais de caráter econômico é igual a motivação das atividades econômicas lícitas e buscam os mesmos objetivos, ou seja, serão praticados crimes na medida em que forem financeiramente vantajosos.

De outro lado, na década de 40 do século passado, Edwin Sutherland desenvolveu a teoria criminológica dos contatos diferenciais e iniciou o estudo do que chamou de crime do colarinho branco, *white collar crime*. Para SUTHERLAND pode se classificar como crime do colarinho branco aquele cometido por pessoa com respeitabilidade social e com status de alta classe social no curso de suas atividades profissionais (2012, p. 7). Em sua obra, SUTHERLAND fez o estudo de vários casos de ilícitos econômicos, civis e criminais, envolvendo grandes corporações norte americanas até o final da década de 30. Em suas conclusões expôs que os executivos destas grandes corporações tendem a cometer ilícitos decorrentes do grau de aceitação das normas por parte dos grupos sociais com os quais convivem, e que convivem predominantemente com pessoas que aceitam como moralmente válida a violação de normas legais com o intuito de obter ganhos financeiros, destacando, ainda, que estas pessoas tendem a se afastar do convívio de grupos sociais que não admitem como válida a violação das normas (2012, p. 250). O comportamento ilícito objetivando lucros é divulgado e aprendido entre empresas diversas, sendo ainda mais rápido entre empresas concorrentes no mesmo ramo. A propagação deste conhecimento de atividades ilícitas desenvolvidos para maximizar lucros se desenvolve por meio da centralização do controle das indústrias, dos Banco de Investimentos e das conferências de negócios realizadas em associações. (SUTHERLAND, 2012, p. 246).

“Há uma racionalidade direcionada à obtenção calculada de proveitos e efetivada sob a consciente violação das normas proibitivas”, isto pode ser observado na criminalidade de empresa cometida para potencializar lucros da atividade lícita por meio de práticas ilícitas e nos crimes praticados por organizações criminosas (RIOS e PUJOL, 2014, p. 308). Isto faz com que exista uma

forte conexão entre atividades econômicas lícitas e ilícitas sendo que a prosperidade da atividade econômica criminal não se dá somente pela não criminalização dos agentes, mas pela obtenção de lucros e sua comunicação com a atividade econômica lícita. Conforme destaca o RUGGIERO “Há prosperidade na economia criminal, ao menos potencialmente, quando parte dos procedimentos ilegais são convertidos em empreitadas legais”(2008, p. 54). Muitos negócios aparentemente legítimos são impulsionados por práticas ilícitas, inclusive criminais, sendo que grandes corporações econômicas contam com condenações por estas práticas em sua história. Do volume financeiro movimentado pelas atividades econômicas criminais transnacionais estima-se que metade seja injetada no sistema financeiro formal gerando rendimentos (BLANCO CORDERO, 1997, p. 214).

Um motivo que impulsiona a prática delitiva é a apreciação do infrator de que a compensação trazida pelo delito diverge daquela que o Estado impõe ao cominar a pena. A sujeição à pena, independente das possibilidades de condenação, não anula o benefício trazido pelo crime, sua compensação material. A pena funciona como um custo eventual de um benefício econômico (CAEIRO, 2013, p. 461). Nesta perspectiva o risco de responsabilização criminal entra como custo de transação na atividade econômica criminal desenvolvida, a norma penal não é um impeditivo mas uma variante a ser acrescentada na formação dos preços.

O potencial lucrativo encontrado na atividade criminal fez com que grupos de pessoas se unissem de forma organizada para a prática de condutas criminais voltadas a finalidade financeira, motivando a preocupação com o que se denominou de organizações criminais.

1.3. Organizações criminais transnacionais.

A compreensão do fenômeno da transnacionalidade criminal e de sua organização esta ligada ao que se denomina de globalização. Para que se possa desenvolver um estudo sobre o tema da criminalidade transnacional ligada ao tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro é imperioso que se exponha o que se entende por sociedade globalizada a fim de analisar como estas formas delitivas alcançaram o grau de desenvolvimento financeiro e de complexidade de execução que possuem e quais seus reflexos na estrutura social.

1.3.1. Crime e processo de globalização

Uma pessoa com acesso ao mercado de consumo que viva no Brasil, nos Estados Unidos ou na Espanha no ano de 2015 pode se vestir com os mesmos calçados e roupas, dirigir o mesmo

veículo, alimentar-se na mesma rede de restaurantes, comprar os mesmos cereais matinais, massas, refrigerantes e bebidas alcoólicas, assistir aos mesmos filmes, seriados, desenhos animados ou eventos esportivos em qualquer destes países. Além disso poderá se comunicar por meio de seu telefone celular, realizar chamadas com imagem de vídeo ou trocar mensagens em tempo real com outra pessoa que esteja nestes ou em outros países, ou ainda realizar saques de dinheiro de sua conta pessoal por meio da rede bancária. Da mesma forma que realiza estas atividades legalmente, esta pessoa poderá consumir as mesmas drogas ilícitas, realizar uma operação de câmbio ilegal, ou contratar imigrantes ilegais para a produção de bens econômicos em qualquer destas localidades. Essa integração mundial não representa apenas uma realidade econômica, mas demonstra sinais de inter-relação cultural, política e ecológica. “Vivemos num mundo de transformações, que afectam quase tudo o que fazemos. Para o melhor ou para o pior, estamos a ser empurrados para uma ordem global que ainda não compreendemos na sua totalidade, mas cujos efeitos já se fazem sentir entre nós.” (GIDDENS, 2006, p. 19).

É difícil precisar o início deste processo, podendo-se apontar diversos marcos como revolução industrial burguesa, 2ª Guerra Mundial, ou queda do Muro de Berlim, mas é certo que todas as sociedades mundiais atravessam um processo de integração multifacetado que se intensificou nos últimos anos com os avanços da tecnologia de informação e transmissão de dados. A sociedade moderna é marcada por uma realidade onde as fronteiras e as distâncias foram vencidas pelo processo de globalização. Há uma universalização mundial da economia, cultura e política, na qual há a imposição de uma cultura dominante em detrimento das culturas locais numa realidade complexa de interligação na qual acontecimentos em uma localidade específica podem gerar reflexos em todas as partes do planeta. “Uma revisão dos estudos sobre os processos de globalização mostra-nos que estamos perante um fenómeno multifacetado com dimensões económicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo.” (SANTOS, 2002, p. 26).

BECK conceitua a globalização como “procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”(1999, p. 26)² e enumera algumas razões pelas quais estes processos são irreversíveis, dentre elas, a densidade do mercado mundial e o poder das empresas multinacionais, a revolução da informação e da tecnologia, a exigência universal de respeito aos direitos humanos, o problema da pobreza mundial e os problemas ecológicos globais (1999, p. 29/30).

2 Processo em virtude do qual os Estados nacionais soberanos misturam e sobrepõem por atores transnacionais e suas respectivas possibilidades, orientações, identidades e várias treliças. (tradução do Autor)

Diversos efeitos podem ser identificados a partir do processo de globalização, o trânsito mundial de pessoas e mercadorias, a extinção das culturas locais, a inter-relação dos sistemas financeiros e o aumento da desigualdade econômica, tanto entre os países ricos e pobres, como entre as camadas sociais. Destaca BOAVENTURA SANTOS que o poder econômico na sociedade globalizada está concentrado em uma nova categoria de agentes internacionais, as empresas multinacionais. “Uma das transformações mais dramáticas produzidas pela globalização econômica neoliberal reside na enorme concentração de poder econômico por parte das empresas multinacionais: das 100 maiores economias do mundo, 47 são empresas multinacionais; 70% do comércio mundial é controlado por 500 empresas multinacionais.” (2002, p. 31).

A grande característica desse modelo social é o nível financeiro da movimentação de capital alimentada pelo dinheiro eletrônico que existe apenas em informações digitais, no que GIDDENS chama de economia eletrônica global, na qual bancos, empresas e investidores podem desestabilizar economias consideradas sólidas num simples apertar de botão (2006, p. 21). Neste cenário o poder político nacional dá espaço ao poder econômico globalizado (ZAFFARONI, 2001, p. 143).

No bojo do movimento de mundialização do capital, o Estado-nação tem assistido à relativização de seu poder soberano em virtude do surgimento de outros centros de poder que com ele rivalizam, como as empresas transnacionais, cuja voracidade econômica impõe a desregulamentação dos mercados, ao argumento de que somente dessa maneira os ganhos econômicos seriam expressivos (GUARAGNI e PORTELLA JUNIOR, 2013, p. 28).

Essa abertura de um mercado mundial decorrente do enfraquecimento das fronteiras nacionais beneficia o desenvolvimento das atividades econômicas lícitas, mas também das atividades econômicas criminais. Conforme afirmado acima, os objetivos da atividade econômica criminal na sociedade capitalista são os mesmos da atividade lícita, a exploração do trabalho, recursos ambientais, condições políticas e sociais para a obtenção de vantagem financeira, deste modo a abertura de um mercado global não passou despercebida a atividade criminosa. BECK destaca que a globalização significa a perda de fronteira em distintas esferas, econômica, da informação, ecológica, cultural, e com ela os governos já não conseguem deixar fora da fronteira de seus países coisas, ideias e mercadorias que desejariam evitar, tais como drogas, imigrantes ilegais, críticas a suas violações de direitos humanos (1999, p. 42).

As aberturas decorrentes do processo de globalização aparecem como grande oportunidade a exploração de novas atividades criminais, especialmente as diversas formas de tráfico favorecidas pelas facilidades do fluxo de pessoas e mercadorias pelas fronteiras nacionais, principalmente nos Blocos de Integração Regionais. Destacam-se, também, o crescimento dos

crimes financeiros transnacionais que se desenvolvem com a exploração da facilidade das transações bancárias, da interligação dos sistemas financeiros nacionais e do elevado fluxo do capital nas relações comerciais e especulativas em nível mundial. Segundo ZAFFARONI, há um crescimento dos delitos econômicos tendentes a assenhorar-se da economia mundial frente a impotência dos Estados nacionais e dos organismos internacionais (2001, p. 149). Esta realidade é confirmada quando ROXIN aponta como o primeiro desafio à dogmática penal do futuro a criminalidade econômica internacional (2007, p. 08).

Esta realidade de uma sociedade mundial da era da globalização e seus reflexos na atividade econômica criminosa conduziram à formação de organizações transnacionais bem como ao discurso em torno do que se denominou de crime organizado.

1.3.2. Crime organizado, organizações criminais e crimes de mercado, o crime na era da globalização.

O estudo do crime enquanto atividade econômica e sua dinâmica transnacional exige a compreensão de alguns fenômenos criminais inerentes ao processo de globalização, dentre eles se destacam a figura do crime organizado e das organizações criminais transnacionais.

Um dos grandes problemas enfrentados pela doutrina penal nos últimos anos é a definição do que se entende por organização criminosa. Esta dificuldade se deve, em grande parte, pela mística criada em torno desta figura. As organizações criminosas são vistas como um mito moldado na literatura, cinema e mídia que afetam a política criminal, o direito penal, a criminologia e contaminam o poder público (PITOMBO, 2009, p. 118), o que conduz a definições equivocadas, sem conteúdo científico ou finalidade político criminal válida.

O objetivo do estudo da criminalidade praticada em modelo de organização deve ser o de estabelecer um conceito com função, qual seja, delimitar uma realidade social e econômica representada por uma forma destacada de criminalidade em lugar de utilizar uma expressão genérica capaz de abarcar diversas categorias. Contudo, não se pode negar a dificuldade em alcançar este conceito, como aleta ALBRECHT, criminalidade organizada pode ser entendida como um conceito substitutivo para qualquer estrutura de difícil identificação que represente uma ameaça a economia e a sociedade com condições de desestabilizar a ordem política, o que significa uma resposta lacônica e insatisfatória ao problema (2010, p. 556/557).

Também não se pode aceitar acriticamente as definições de organização criminal que se assemelham ao tipo comum de associação delitiva. Conforme se destacou acima a atividade criminal possui relevância financeira, não se pode negar que existem pessoas organizadas em

estruturas de natureza empresarial para o cometimento de crimes com finalidade econômica capaz de gerar forte abalo social. Segundo SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, as organizações criminais tendem a cada vez mais penetrar no espaço da economia legal, tanto no setor público como privado, o que se deve a necessidade de cobertura as atividades ilícitas, as novas oportunidades para as atividades criminais e a abertura de vias de branqueamento do capital obtido pelo crime. (2005, p. 45). Não se trata simplesmente de associação de poucos indivíduos para o cometimento de crimes.

As organizações criminais são algo próprio da era globalizada relacionadas a abertura de mercados, avanços tecnológicos em sistemas de comunicação e transportes, notadamente marcadas pela transnacionalidade e capacidade de afetar estruturas sócio econômicas institucionais, sendo equivocadamente aplicadas a manifestações associativas ligadas a delinquência tradicional como grupos de assaltantes e sequestradores (CALLEGARI, 2010, p. 27). Porém estas organizações podem ser formadas por realidades muito distintas umas das outras, seja na estrutura de controle, nos tipos criminais realizados, na forma de desempenhar suas atividades criminais ou na dimensão de suas operações, o que representa mais uma dificuldade no momento de se buscar uma definição.

Na linha da opção metodológica deste estudo, um caminho para alcançar uma definição de organização criminosa deve passar pela utilização de conceitos consolidados em outros ramos do conhecimento humano, especificamente da ciência econômica.

a) Crime Organizado

Deve se ter muito cuidado ao trabalhar com a expressão Crime Organizado dentro da dogmática penal. Fruto do discurso midiático em torno da violência criminal (ZAFFARONI, 2007, p. 02), e rapidamente difundida no discurso político do medo, a expressão crime organizado não encontra definição criminológica, natureza científica, ou base empírica, sendo utilizada pelo discurso da mídia de massa e pelos órgãos políticos para fundamentar a aplicação de um direito penal simbólico.

A expressão Crime Organizado tem sua origem na criminologia norte-americana dos anos 20 do século passado para identificar delitos atribuídos a empresas ilícitas que operavam durante o período de Lei Seca (SANTOS, 2001, p. 140). A amplitude de situações abarcadas pelo conceito de Crime Organizado revelaria uma ausência de conteúdo científico dogmático penal ou criminológico, se tornando uma categoria frustrada (SANTOS, 2001, p. 141).

Mais do que uma expressão para representar a criminalidade transnacional inerente ao processo de globalização, o termo Crime Organizado foi estigmatizado como o mal a ser combatido pelas sociedades contemporâneas. Sua utilização associada ao tráfico de drogas possibilitou que se

desenvolvessem uma séria de políticas criminais nacionais e internacionais que resultaram na diminuição de garantias e recrudescimento repressivo sem que se questionasse a real ou potencial efetividades destas medidas.

Contudo, nos Estados Unidos pode-se ligar a ideia de Crime Organizado, máfia e conspiração étnica idealizados no cinema e na imprensa com a busca de sobrevivência dos imigrantes por meio da satisfação dos desejos imorais e ilegais dos norte-americanos, que representavam uma grande demanda (PITOMBO, 2009, p. 127). A estigmatização de grupos imigrantes e estrangeiros com o rótulo de Crime Organizado é uma forma de identificar um inimigo e separá-los dos cidadãos de bem no discurso político e midiático.

O que se extrai do discurso em torno do Crime Organizado e do objeto de análise deste estudo, a criminalidade transnacional das drogas e da lavagem de capitais, é que o processo de globalização deu origem a uma criminalidade de mercado marcada pela exploração das oportunidades criminais nos diversos países independentemente de uma organização unitária ou conspiratória global voltada a obtenção de lucros realizadas em maior ou menor grau de colaboração mútua, profissionalização, ou número de países em que atuam.

Na verdade, os fenômenos atribuídos ao crime organizado seriam explicáveis pela própria dinâmica do *mercado*, através da constante criação de novas áreas de produção, circulação e consumo ainda não disciplinadas pela lei (por exemplo, os jogos eletrônicos, o mercado da droga etc.), ocupadas imediatamente por múltiplas empresas do mercado, cujo espectro de atividades seria constituído por ações legais e ações ilegais que, no limite, são insuscetíveis de separação entre si. (SANTOS, 2001, p. 141)

Não se pode descartar a existência de uma forma distinta de atividade criminal, praticada com elementos que a diferenciam do crime cometido individualmente ou por grupos sem estruturação. Está-se diante de um fenômeno social, econômico, político, cultural, fruto do modelo social contemporâneo com significativa relevância na vida das pessoas que não pode ser desconsiderado pelo Direito, o que não representa sua automática elevação a categoria de tipo penal autônomo (DIAS, 2011, p. 947). Como destaca ZAFFARONI, se trata de um fenômeno criminal econômico e desta forma deve ser analisado(2007, p. 02).

Desta forma, deixando de lado o discurso conspiratório do grande inimigo mundial representado pelo crime organizado, mas reconhecendo a existência de uma forma diferenciada de atividade criminal, faz-se necessário buscar conceitos capazes de auxiliar na compreensão do que pode ser identificado como organizações criminais transnacionais.

b) Instituições e organizações

Ponto de partida para definição de organizações criminais não pode ser outro senão o conceito de organização. Muito se escreve sobre criminalidade organizada, mas afinal o que deve se entender pela expressão organização? Uma fonte para esta resposta pode ser a teoria econômica, na qual os conceitos de instituições e organizações são elementos chave.

DOUGLASS NORTH, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 1993 proferiu uma conferência de Premiação na qual traçou um resumido e profundo apanhado histórico da evolução do pensamento econômico. Conforme expôs, a qualidade institucional é fator condicionante ao desenvolvimento, as instituições formam a estrutura de incentivo em uma sociedade e, portanto, as instituições políticas e econômicas são determinantes fundamentais no desempenho econômico (NORTH, 1993).

Nesta linha de pensamento as instituições são imposições criadas pelos humanos que estruturam e limitam suas inter-relações, formadas por imposições formais e informais que definem as estruturas dos incentivos sociais, especificamente as econômicas.(NORTH, 1993).

NORTH traçou uma definição do que se entende por organizações em economia: “Organizations are made up of groups of individuals bound together by some common purpose to achieve certain objectives³” (1993). É a interação entre as instituições e as organizações que dará forma a economia, se as instituições são as regras do jogo, as organizações e seus empresários são os jogadores (NORTH, 1993).

As organizações que se formam são reflexo da matriz institucional, se o ambiente institucional incentivar a criação de organizações informais ou ilegais estes serão os tipos de organizações que prevalecerão. “That is, if the institutional framework rewards piracy then piratical organizations will come into existence; and if the institutional framework rewards productive activities then organizations - firms - will come into existence to engage in productive activities.⁴” (NORTH, 1993). Ao comentar o trabalho de North, ZYLBERSTAJN e SZTJAN destacam que “as organizações são arquitetadas de modo a buscar eficiência, e que sua arquitetura é pautada pelo ambiente institucional.” (2005, p. 13).

Assim, as organizações representam o fato de que, dentro de um ambiente institucional delimitado, indivíduos se unem com o propósito de atingirem finalidades comuns. O objetivo de uma organização de pessoas é diminuir os entraves que teriam para realizar suas atividades individualmente, ou seja, a diminuição de custos. A organização é pensada como forma de organizar

³Organizações são formadas por grupos de indivíduos unidos por um propósito comum de alcançar certos objetivos. (tradução do autor)

⁴ Se o quadro institucional recompensar pirataria, então organizações piratas virão a existir, se o quadro institucional recompensar atividades produtivas então as organizações, firmas, existirão para se engajar nas atividades produtivas. (tradução do autor).

transações para economizar diante de racionalidade limitada e simultaneamente salvaguardar-se contra os perigos do oportunismo (WILLIAMSON, 1985, p. 32). Organizar-se não significa qualquer união de pessoas para realizar uma tarefa comum, mas uma forma de se estruturar visando o melhor desempenho de uma atividade, por isso não será qualquer conjunto de pessoas que formará uma organização, mas tão somente aquele grupo formado com o propósito específico de potencializar uma atividade por meio da diminuição de barreiras com a união de esforços e estruturação da atividade a ser desenvolvida. Uma organização não se confunde com uma associação, pois aquela é mais específica do que esta.

A normalidade do ambiente institucional impõe que as organizações sejam constituídas por meio das firmas, ou empresas, entendidas como organizações legalmente constituídas para a realização de atividades produtivas lícitas. Contudo, os mesmos objetivos que levam a constituição de uma empresa podem conduzir a formação de uma organização informal com a finalidade de realizar atividades ilícitas, especialmente quando as oportunidades do meio institucional conduzirem a possibilidade de ganhos com estas atividades ilegais. Desta forma, o mesmo conceito de organização que se aplica a realidade da empresa pode ser aplicado a atividade criminal.

O conceito de organização desenvolvido pela ciência econômica é uma resposta ao vácuo existente na literatura penal no que se refere a definição de organização criminosa. Sua possibilidade de adaptação às atividades criminais habilita para que se desenvolva uma exclusão capaz de delimitar uma organização criminosa, diferenciando-a de crimes praticados em concurso de pessoas ou das associações delitivas.

c) Criminalidade de massa

Outro passo importante para a delimitação do objeto organizações criminosas é estabelecer a distinção entre criminalidade organizada e criminalidade de massa. Uma confusão muito grande gerada pelo discurso do Crime Organizado é a associação da ideia de organizações criminosas com os delitos praticados no cotidiano dos grandes centros urbanos. Toda criminalidade que de forma mais próxima afeta as pessoas é imputada pelo discurso midiático como responsabilidade do Crime Organizado.

Criminalidade de massa é aquela que gera a sensação de desproteção e debilidade em decorrência de crimes violentos praticados com vítimas reais ou potenciais que assolam a todos diariamente, tais como roubos, homicídios, furtos de automóveis, comércio de drogas e delinquência juvenil (HASSEMER, 2008, p. 266/267). Nesta categoria poderiam se enquadrar a maioria dos ilícitos rotulados como Crime Organizado e que na verdade são associações para o

cometimento de crimes pouco elaborados, praticados aos olhos de todos e de fácil identificação pelos órgãos de persecução criminal.

Um fator que pode gerar confusão entre as duas categorias é a denominada criminalidade de provisão, entendida como os crimes praticados por usuários para prover o consumo de drogas. Este tipo de manifestação criminal é caracterizado por furtos, roubos, exploração da prostituição e venda de drogas (ALBRECHT, 2010, p. 509). São formas de crimes visíveis e praticadas de forma tosca, o que resulta em altos níveis violência urbana e de encarceramento. A criminalidade de provisão pode ser facilmente associada ao tráfico de drogas levando a confusão entre organizações criminais dedicadas ao tráfico e crimes sem estruturação praticados para fomento do consumo ou vício em drogas. Contudo, embora haja ligação, estas duas formas de manifestação criminal não se confundem. “A política das drogas é um dos poucos campos onde a criminalidade organizada e a criminalidade de massas se encontram: “criminalidade organizada” é, em boa parte, o comércio internacional de estupefacientes: por outro lado, a criminalidade do dependente para sustentar seu vício constitui uma boa fatia da criminalidade de massas.” (HASSEMER, 2008, p. 281).

As organizações criminosas podem se valer do uso de violência, contudo, não é este elemento que irá diferenciá-la de outras formas de atividade criminal. A identificação do objeto demanda uma distinção clara entre perturbação social e organização, de tal sorte que o aparente resultado danoso da criminalidade de massa não encubra o potencial lesivo da criminalidade praticada com organização objetivando redução de custos e facilitação no alcance de finalidades comuns.

d) Características das organizações criminosas

A tarefa de identificar as características comuns as organizações criminosas é bastante dificultada pelo fato de que não se tratam de grupos homogêneos estruturados segundo modelos preestabelecidos, ou moldes comuns. Contraditoriamente, desta dificuldade de agrupamento e identificação pode se extrair uma primeira característica comum, o comportamento delitivo das organizações criminais é realizado de forma a evitar a persecução criminal, não existem critérios na hora de identificá-los possuindo dinâmica e peculiaridades próprias de natureza dissimulada (BARBOSA, 2008, p. 70). É característica desta forma de organizações o fato de que todas buscam realizar suas atividades criminais de forma a impossibilitar ou, ao menos dificultar, o trabalho de persecução criminal, de tal sorte que suas estruturas variarão de acordo com as peculiaridades dos crimes praticados e do modelo repressivo dos países em que atuam, razão pela qual serão dispares

entre si.

Outra característica presente nas organizações criminais é a existência de objetivos econômicos. A análise da realidade norte-americana demonstra que as organizações criminais são fruto da trajetória capitalista na qual a oferta de bens ilícitos segue as oportunidades e tendências do mercado com a interação entre grupos nacionais e estrangeiros. (PITOMBO, 2009, p. 142). A constituição de uma organização demanda a necessidade de que as pessoas estejam orientadas a obtenção de uma mesma finalidade, para que juntas alcancem o objetivo comum de maneira mais eficiente do que o fariam isoladamente, esta é a razão do agrupamento organizacional. No caso das organizações criminais o objetivo comum terá finalidades econômicas, contudo o meio utilizado para alcançar o objetivo é ilícito.

Esta característica de finalidade econômica permite que se inverta um senso comum em torno das organizações criminais. As pessoas não se unem em grupos organizados para o cometimento de crimes. Tomando por exemplo o tráfico internacional de drogas, os indivíduos não se organizam entre si com o objetivo de desafiar as autoridades de diversos países, ou para fornecer substâncias que podem causar dependência e malefícios a grande número de pessoas, o objetivo desta união organizada é a obtenção de lucros por meio de uma atividade com potencial econômico, se não gerasse lucro, não se exerceria o tráfico. Esta constatação é importante e será aprofundada adiante quando se analisar a política criminal em face das organizações criminais.

O objetivo econômico identificado como elemento comum as organizações dedicadas a atividade criminal conduz a uma terceira característica, a estruturação em moldes empresariais. Ao contrário da criminalidade de massa, as organizações criminais possuem traços empresariais semelhantes aos de uma empresa formalmente constituída, onde cada membro tem funções determinadas e deve ter relevância para a execução dos intentos criminosos, diferente da associação criminosa que não guarda esta expectativa organizacional (CALLEGARI, 2010, p. 37). As organizações tendem a adotar estruturas similares a de empresas lícitas, em especial na estruturação hierárquica e logística (SANCHÉZ GARCIA DE PAZ, 2001, P. 664). Este caráter empresarial será moldado de acordo com as peculiaridades de cada organização, tamanho, atividade desenvolvida, etc., contudo, é um elemento que pode ser utilizado na identificação das organizações e que possui relevância na elaboração de políticas públicas de repressão. A estruturação empresarial é um fator que conduz a interação entre atividades lícitas e ilícitas.

Embora a constatação de estruturas empresariais seja relevante na complexa tarefa de identificação das organizações criminais, não é suficiente. Conforme aponta PITOMBO, a teoria da organização criminosa como empresa ilícita, voltada a obtenção de lucro, inter-relacionando atividades ilícitas com atividades lícitas, conquista de poder político e econômico é uma forma

importante de analisar a questão, especialmente pelos reflexos que pode gerar na política criminal, pois possibilitam a compreensão de que os mercados ilícitos são determinados por forças econômicas. Porém, não se pode simplificar o estudo por fórmulas de pronta aplicação (2009, p. 134).

Outro ponto presente na identificação de organizações criminais é sua infiltração na estrutura estatal, especialmente pela corrupção de agentes públicos. A pretensão de maximização de benefícios econômicos, tende a ser obtida por meio do controle do poder econômico e político através da infiltração de condutas ilícitas nos setores econômicos de livre concorrência e nos poderes políticos e policiais dos Estados resultando no uso de violência e corrupção (SANCHÉZ GARCIA DE PAZ, 2001, p. 664). Assim, embora não seja um elemento indispensável à caracterização de uma organização criminosa, a utilização de práticas de corrupção de agentes públicos é um indicativo relevante para sua identificação. A capacidade econômica para corromper agentes estatais e o exercício de poder decorrente da participação de agentes públicos nas atividades criminosas, ou seja, infiltração direta em instituições estatais, demonstram um nível de estruturação capaz de materializar o conceito de organização.

As organizações criminais podem ter por característica a execução de delitos em mais de um país. Como efeito do processo de globalização, das limitações da tipificação e persecução criminal em esfera internacional abriu-se um vasto campo de atuação para as organizações criminais capazes de explorar estas lacunas para a execução de suas atividades e obtenção de rendimentos muito elevados. Aponta CALLEGARI que inseridas na sociedade globalizada, valendo-se dos avanços tecnológicos nos sistemas de comunicação e transporte as organizações criminais transformaram um mercado de atividades criminais antes organizado de forma artesanal em um mercado empresarial gerenciado internacionalmente, obtendo lucros sem precedentes (2010, p. 27). Segundo BLANCO CORDERO, a criação de um mercado mundial com grande público consumidor, mão de obra, disponibilidade e demanda de mercadorias ilícitas tais como armas, drogas, informações industriais, capital de origem ilegal, órgãos humanos, embriões, obras de arte, dentre outros, com grande intercâmbio gerou uma atividade econômica de grandes proporções que só pode ser realizada com certo grau de organização e infraestrutura que não se pode obter na criminalidade realizada individualmente e que foi ocupado pelas organizações criminais transnacionais (1997, p. 215).

Quanto a estrutura, as organizações se dividem em modelos verticais e horizontais, com maior ou menor grau de burocracia e de rigidez ou flexibilização nas suas constituições. Esta constatação derruba outro senso comum em torno do assunto, ou seja, de que são grupos constituídos com rígidos padrões hierárquicos, comandados pela figura imponente de um chefe. A

adoção de um modelo hierarquizado e burocrático dependeria do tamanho da organização e da expansão de suas atividades, quanto maiores as atividades criminosas maiores seriam as necessidades de organização burocrática num modelo corporativo. (FERRO, 2011, p. 654/655). Não se pode limitar o conceito de organização criminosa a estrutura hierarquizada, já que este elemento não está presente em grande parte dos grupos organizados para o exercício de atividade criminosa.

Uma característica própria das organizações criminosas contemporâneas é sua estrutura em rede. Ao destacar a pesquisa de WILLIAM CHAMBLISS realizada com base na cidade americana de Seattle, FERRO explica que a organização criminal pode se dar num sistema de redes. Neste sistema é destacada a inter-relação entre aqueles a quem é atribuída comumente a designação de criminosos organizados e membros de classes poderosas do empresariado e agentes públicos. A organização em rede demonstra que estas pessoas responsáveis diretamente pela execução dos crimes (drogas, jogo, prostituição), em realidade atuam como empregados de um grupo social que controla o crime do exterior. Este modelo é marcado pela sobreposição de redes criminosas, pela mutabilidade de seus membros e pela rápida adaptação a realidade social, sem um controle centralizado (FERRO, 2011, p. 697). Esta descentralização e fungibilidade de membros torna mais eficaz a continuação das atividades diante da persecução criminal, vez que os agentes são facilmente substituídos e a organização possui maior capacidade de adaptação as limitações decorrentes da repressão. É uma forma de se adaptar de maneira ainda mais fácil aos custos de transação decorrentes dos atritos inerentes a execução de atividades ilícitas. Em vez de um grande grupo criminoso há interação entre diversos grupos menores atuando em rede.

Aponta HASSEMER que a criminalidade organizada deve ser entendida à luz de um potencial lesivo ainda não identificado mas de extrema relevância, pelo que a ameaça das atividades que pratica deve ser ponto central na identificação de uma organização criminal. “Não são apenas as características de profissionalidade, habitualidade e quadrilha que darão azo a imputação de organização a atividade criminosa. Um conceito útil de “criminalidade organizada”, por consequência, precisa isolar um potencial de ameaça qualitativamente novo.” (2008, p. 269). Uma das possíveis vias ameaçadas pela atividade criminal estruturada em forma de organização é a ordem econômica dos países em que atuam.

Diante das características apontadas, a maioria dos ordenamentos e instrumentos internacionais coincidem em precisar o conceito de criminalidade organizada como manifestação criminal realizada por várias pessoas com permanência, animo delitivo e organização funcional para cometer delitos graves com a utilização de meios violentos para alcançar finalidades lucrativas e efeitos de transnacionalidade (BARBOSA, 2008 p. 69). Para SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ uma organização criminosa deve ter como características as de qualquer associação criminosa, várias

peças, certa organização e estabilidade, somadas as de cometer delitos graves, serem dotadas de estruturas complexas similares as empresas legítimas, normalmente hierarquizadas e, finalmente, a busca por benefícios ou poder como seu objetivo, especialmente os fins econômicos (2005, p. 40/41).

Assim, mesmo diante da disparidade entre as formas com que podem se manifestar, pode-se destacar como características das organizações criminosas a forma dissimulada para impedir ou dificultar a persecução penal, objetivos econômicos e estruturação em modelo empresarial, infiltração na estrutura estatal por meio de corrupção de agentes públicos, transnacionalidade e formas hierarquizadas ou em rede.

e) Organizações criminosas e atividades criminais

Pode parecer contraditório, porém, o objetivo das organizações criminosas não é a prática de crimes. Mostra-se equivocada qualquer tentativa de definição que inicie com a afirmação de que organização criminal é a união de pessoas formada para a prática de crimes. O crime não é um fim mas um meio pelo qual os agentes, de maneira organizada, buscarão suas finalidades comuns, normalmente esta finalidade será a obtenção de vantagem econômica.

Como destaca BLANCO CORDERO, o cometimento de crimes não é o foco central destas organizações, o que lhes importa é a obtenção de lucros, ou seja, não são formadas para cometer crimes, mas para realizar atividades econômicas rentáveis, sejam lícitas ou ilícitas:

Ciertamente el delito es, desde la perspectiva de tales grupos, de poca importancia; éste constituye solamente un instrumento para la consecución en primera línea de fines materiales, para cuya obtención el grupo se puede servir también, y de hecho se sirve, de medios legales. El *método* criminal es sólo un medio para alcanzar un fin principal, en concreto, la obtención del máximo de ganancias. Si tal fin se puede alcanzar también recurriendo a medios legales, entonces quedan en un segundo plano las formas de actuación criminales. Frecuentemente los grupos de delincuentes organizados desempeñan tanto negocios legales como ilegales (1997, P. 217).⁵

A lógica da atividade criminal é similar à do mercado formal, o que orienta a escolha pelo cometimento de determinado tipo penal é a lei de oferta e demanda. Os crimes são praticados por oferecerem oportunidade de lucro a seus autores, razão pela qual uma organização criminal pode se dedicar a diversas atividades criminais, bem como investir os lucros obtidos com suas atividades no

⁵ Certamente, na perspectiva destes grupos, o delito tem pouca importância; constitui somente um instrumento para obtenção de fins materiais, para cuja obtenção o grupo pode se servir, também, e na verdade se serve, de meios legais. O método criminal é só um meio para alcançar o fim principal, a obtenção de lucros máximos. Caso se possa alcançar estes fins por meios legais os meios criminais ficarão em segundo plano. Freqüentemente os grupos criminais organizados desempenham tanto negócios legais como ilegais. (tradução do autor)

mercado lícito, ou, ainda, praticar atividades lícitas utilizando-se de meios ilícitos, como a corrupção, extorsão e coação. Um exemplo desta relação de mercado é que o maior desestímulo ao tráfico de drogas na fronteira entre Brasil e Paraguai nos últimos anos não é a atividade de repressão, mas a lucratividade do contrabando de cigarros. O negócio criminal do cigarro entre Paraguai e Brasil é estimado em 5 bilhões de dólares, sendo que dos anos de 2010 à 2014 foram apreendidos 958 milhões de dólares em cigarros contrabandeados, contra 297 milhões de dólares em maconha (GAZETA DO POVO, 2014).

Os crimes cometidos pelas organizações recebem algumas classificações em decorrência do papel que representam para as mesmas. Para MONTROYA, os delitos praticados se dividem em três níveis, no primeiro nível estariam aqueles que produzem movimentação direta de dinheiro, exemplos seriam as atividades de tráfico, no segundo nível aquelas que não produzem resultado financeiro imediato, mas guardam relação com o controle da atividade e poder, como a lavagem de dinheiro, e no terceiro nível as atividades criminais praticadas para perpetuar e proteger o sistema criminoso e promover sua expansão como intimidações e manipulações da imprensa (2007, p. 69).

De outro lado, SANCHEZ GARCIA DE PAZ aponta que as organizações criminais desenvolvem três espécies de crimes, crimes como fins últimos da organização ou negócios criminais característicos como o tráfico de drogas, armas, pessoas; delitos cometidos como meio para a atividade final, que costumam ser pautados no binômio violência-corrupção (2005, p. 65); e, ainda, delitos cometidos para reciclar os lucros obtidos com a atividade principal, tais como a lavagem de dinheiro (SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 68). Para que o desenvolvimento de atividades criminais lucrativas em nível organizacional é necessária uma longa cadeia criminoso. A execução de delitos finais demandam delitos acessórios, porém, nem sempre esta cadeia criminal será realizada por uma única organização, já que podem se estruturar em rede e estabelecer conexões com grupos especializados em algum dos níveis criminais, tal como ocorre com a lavagem de capitais realizada com características de profissionalidade.

Dentre as diversas atividades criminais realizadas pelas organizações criminais transnacionais o tráfico internacional de drogas permanece como principal e mais rentável, pelo que se faz necessário uma análise a partir do mercado das drogas.

1.4. O mercado das drogas ilícitas

Muitos conhecimentos sobre o mercado de drogas ilícitas, tais como o de que movimenta enormes quantidades financeiras, de que é controlado por grandes e estruturadas organizações, que os Estados Unidos é o grande país consumidor e vítima dos países produtores

parecem ser notórios e poderiam ser tomados como pontos certos de modo a dispensar a análise de dados concretos. Embora fácil, tal premissa seria cientificamente equivocada e poderia comprometer todo o resultado do estudo que se propôs desenvolver. Os conhecimentos que se propagam de forma notória sobre o mercado de drogas nem sempre coincidem com sua realidade, sendo necessário o levantamento de dados junto a órgão dotados de credibilidade.

Diversas entidades oficiais elaboram estudos e periodicamente divulgam dados sobre o volume financeiro das atividades criminais, contudo deve se tomar com cautela estas informações já que nesta perspectiva impera a cifra negra. Muitos dos crimes cometidos não chegam ao conhecimento das autoridades sendo que os números podem ser reflexo da atuação repressiva do Estado e não do volume criminal, ou seja, um Estado com maior repressão poderá ter maiores registros criminais que um Estado menos repressivo sem significar que nele efetivamente exista maior atividade criminal (SANCHÉZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 47).

As atividades econômicas criminais são bastante diversificadas e realizadas de forma dinâmica e crescente em todo o mundo. Segundo o serviço nacional de inteligência criminal norte americano o volume da atividade criminal em 1998 foi de 1,3 trilhões de dólares, tendo chegado a 2,1 trilhões de dólares em 2003 (SCHNEIDER, 2008, p. 11).

No que tange ao mercado de drogas ilícitas, há dois métodos para calcular seu tamanho, um utiliza informações de fornecimento e outro de demanda. O método do fornecimento baseia-se em imagens de satélite que estimam a quantidade de áreas plantadas com coca e papoula, realizando cálculos de produtividade das plantações, produção e distribuição de cocaína e heroína, cálculos envolvendo maconha e drogas sintéticas são ainda mais difíceis. O método baseado na demanda se vale de informações colhidas em pesquisas domiciliares e estudantis, assim como dados de internamentos hospitalares e população carcerária (OEA, 2013, p. 9). Desta forma chega-se a valores aproximados dos mercados das diversas drogas, sendo impossível a realização de cálculos precisos a respeito do tema.

O negócio ilícito de drogas começa a tomar relevância econômica e social a partir da década de 1950, antes desta data o consumo de substâncias entorpecentes e psicotrópicas ainda era lícito em muitos países, bem como restrito a determinados grupos sociais, não havendo muitos relatos a respeito na doutrina especializada no tema.

Nos anos 50, as drogas ainda não eram vistas como problema. O uso era basicamente restrito a opiáceos como morfina e heroína próprios de grupos marginais da sociedade tais como integrantes da aristocracia europeia, músicos de jazz e grupos da elite latino-americana (DEL OLMO, 1990, p. 29). Nesta época o mercado era controlado pelas famílias mafiosas de origem italiana que desde o pós-guerra comandavam uma superprodução de ópio e a comercializavam

numa via Europa-Havana-Nova Iorque (DEL OLMO, 1990, p. 31). O negócio das drogas integrava uma gama de atividades criminais desenvolvidas por estes grupos sem se destacar de maneira relevante, o que se deve, principalmente, a restrição dos grupos consumidores.

Os anos 60 são considerados como a década da explosão das drogas, especialmente nos Estados Unidos. É uma década associada a rebeldia juvenil, chamada de movimento de contracultura, desenvolvimento da Guerra do Vietnã, consolidação da Revolução Cubana, movimentos de guerrilha nos países sul-americanos. Houve um grande desenvolvimento da indústria farmacêutica nos países centrais e diversas mudanças sociais ligadas a utilização de drogas ilícitas. Surgiram drogas psicodélicas como o LSD e aumentou exponencialmente o uso da maconha entre os jovens de classe média e alta. Em 1965 as autoridades americanas apreenderam várias toneladas de maconha na fronteira com o México (DEL OLMO, 1990, p. 33).

O início da década de 70 é marcado pelo crescimento do mercado de heroína nos Estados Unidos em razão da Guerra do Vietnã, difundindo-se entre ex-combatentes e jovens de classe média branca. Ao contrário da maconha, é uma droga de alto custo e profundamente individualista de consumo solitário que inibe a formação de grupos (DEL OLMO, 1990, p. 39). Na América latina predominava o uso de maconha, difundida entre os jovens que a consumiam por imitação (DEL OLMO, 1990, p. 46). Também a partir da década de 70 o tráfico de heroína se torna um negócio organizado na Europa, o tráfico era realizado por via terrestre pelos Bálcãs, vinda do Afeganistão e entrando na Europa pela Bulgária de onde era distribuída pelos demais países (RUGGIERO e SOUTH, 1995, p. 73/74).

A partir de 1976, com a repressão à heroína, constata-se a explosão da cocaína no mercado norte-americano. Em desuso desde os anos 20, a cocaína possui características de sociabilidade e recreação, passa a ser associada com as estrelas do rock e divulgada como droga elegante ligada a personalidades de prestígio. Na Bolívia constatou-se um aumento de 75% na produção entre os anos de 1977 à 1981. Formou-se uma rede de produção nos Andes e distribuição nos Estados Unidos que já não era mais controlada pelas tradicionais famílias mafiosas, mas por exilados cubanos, colombianos e norte-americanos (DEL OLMO, 1990, p. 48/49). Estima-se que no ano de 1974 aproximadamente 5 milhões de pessoas provaram cocaína nos Estados Unidos, já em 1982 este número teria subido para 21 milhões de pessoas (DEL OLMO, 1990, p. 52).

Na década de 80 os Estados Unidos contavam com a maior população usuária de drogas da história. Em 1980 o Departamento de Narcóticos norte-americano detectou a evasão de 2 bilhões de dólares fruto do negócio de drogas (DEL OLMO, 1990, p. 55). No ano de 1983, a administração Reagan estimou o volume do mercado de drogas ilícitas nos Estados Unidos em 100 bilhões de dólares (DEL OLMO, 1990, p. 57).

Na Europa, o mercado de cocaína cresceu significativamente no início dos anos 90 em virtude da saturação do mercado norte-americano. A entrada da droga era promovida por grupos locais independentes com ligações nos países sul-americanos, razão pela qual ocorria, principalmente, via Portugal, Espanha e Itália por serem países com estrito relacionamento com os sul-americanos (RUGGIERO e SOUTH, 1995, p. 74).

Na atualidade, o maior negócio criminal em volume financeiro continua sendo a fabricação e comércio ilegal de drogas ilícitas. O Escritório das Nações Unidas para Assuntos de Crimes e Drogas (UNODC) divulga anualmente um reporte por meio do qual destaca as principais informações a respeito do mercado de drogas no mundo. Segundo o relatório divulgado no de 2014, estima-se que 5,2% da população mundial na faixa etária entre 15 e 64 anos tenha usado alguma droga ilícita no ano de 2012, o que representariam 243 milhões de pessoas (UNODC, 2014, p. 1), ou seja, há uma enorme demanda que estimula a atividade criminal de drogas.

Nas últimas estimativas amplas realizadas pelo UNODC calculou-se o valor global total do mercado ilícito de drogas no ano de 2003 em 320 bilhões de dólares, o que equivale à 0,9% do PIB mundial. O valor estimado do mercado de drogas na América é de 151 bilhões de dólares. O maior em valor é a América do Norte com aproximadamente 44% do montante global, seguido da Europa com 33% do total. As Américas do Sul, Central e Caribe somados representariam 3% do mercado global de drogas ilícitas (OEA, 2013, p. 7).

O valor do mercado de cocaína na atualidade é menor do que foi nos anos 90, quando o preço era mais alto e o mercado consumidor norte-americano maior. Naquela década o volume financeiro do negócio de cocaína cegou a ser estimado em 165 bilhões de dólares. No ano de 2009 os valores movimentados nesta atividade criminal giraram em torno de 85 bilhões de dólares (UNODC, 2011, p. 17). Estima-se que entre 14 à 20 milhões de pessoas sejam usuários de cocaína. O primeiro mercado consumidor continua sendo o norte-americano com 36% do consumo global, seguido da Europa, cujo consumo duplicou na última década (UNDOC, 2011, p. 16)

O mercado consumidor global de heroína gira em torno de 12 à 14 milhões de pessoas, os maiores consumidores são Europa e Ásia (UNDOC, 2011, p. 15). Estima-se que o mercado global de heroína seja da magnitude de 61 bilhões de dólares, sendo que 63% da área mundial plantada com ópio fica no Afeganistão (UNDOC, 2011, p. 16). A droga ilícita mais consumida no mundo é a Cannabis, conhecida no Brasil como maconha. Em 2009, entre 125 à 203 milhões de pessoas fizeram uso da droga (UNDOC, 2011, p. 18).

A produção de coca é concentrada na região dos Andes, enquanto a produção de ópio, na América, se espalha por México, Guatemala e Colômbia, o processamento normalmente acontece próximo as plantações. O processamento da cocaína exige significante capital, levando a ligação

com grupos armados que detêm os equipamentos e provêm a segurança. Maconha e metanfetamina podem ser produzidas em qualquer lugar e normalmente estão concentradas próximas ao centro de consumo. Entre 80 a 90 % da cocaína entra nos Estados Unidos pelo México, outro canal é via países da América Central (OEA, 2013, p. 15).

Ao lado da cannabis as drogas sintéticas tais como anfetaminas e L.S.D. são as mais consumidas na Europa. O continente é também o maior centro produtor destas drogas ilícitas, com grupos que atuam principalmente na Holanda, Polônia, Bélgica, Alemanha, Reino Unido e Ucrânia distribuindo-as para outros países e outros continentes (SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 49/50).

Outra constatação que se pode fazer a partir da análise do real mercado de drogas ilícitas e seu funcionamento é o afastamento da presunção de que se trata de um negócio monopolista. Segundo RUGGIERO e SOUTH é falsa a hipótese de que o mercado de drogas é controlado por monopólio e grandes cartéis, sendo que o comércio e distribuição de drogas na Europa é realizado por grupos concorrentes que coexistem e os monopólios são apenas momentâneos (1995, p. 194).

Mas o que se faz com todos estes rendimentos da atividade econômica criminal das drogas? Dados do Conselho da Europa e da Europol demonstram que o tráfico de drogas continua sendo a principal atividade das organizações criminais na maioria dos países europeus, estes grupos criminais levam a cabo outras atividades ilícitas, particularmente o branqueamento dos enormes benefícios obtidos com estas atividades (SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 48) A destinação dos valores arrecadados com o negócio das drogas ilícitas é de extrema relevância para a análise de sua criminalização, bem como sua vinculação com a atividade criminal transnacional organizada e a lavagem de ativos pois é o investimento do dinheiro obtido com a droga em outras atividades criminais e no mercado financeiro lícito que possibilitará a formação destas organizações.

a) Destinação dos valores arrecadados com a droga

Da mesma forma que acontece em relação ao mercado de drogas ilícitas, há muita especulação e pouca análise sobre a destinação dos valores arrecadados com a atividade econômica das drogas. O imaginário formado pela mídia e pela indústria cinematográfica divide o negócio de drogas em dois polos, de um lado o grande traficante que teria uma vida de luxo e ostentação e de outro o pequeno traficante responsável pela venda final ao consumidor, pobre, morador de favelas e periferias, armado em constante confronto com a polícia. Contudo, a realidade é muito mais complexa.

Conforme se expôs no tópico anterior, o mercado das drogas ilícitas é exercido em todo

o planeta, os valores obtidos e as formas de desenvolvimento das atividades econômicas ilícitas são muito distintos entre si. Esta assertiva leva ao fato de que não há um padrão na destinação dos valores obtidos com o tráfico de drogas ilícitas, porém, da análise realizada por organismos internacionais é possível destacar alguns caminhos seguidos por estes valores, que de uma forma ou outra, possuem relevância econômica.

A atividade econômica das drogas ilícitas possui semelhança com atividades econômicas lícitas em sua estrutura organizacional e financeira, assim, a distribuição dos valores obtidos com o negócio não se dá de forma igualitária entre as diversas etapas da cadeia negocial, da mesma forma acontece com a remuneração das pessoas envolvidas nas atividades. Permanecendo a lógica de que as pessoas em posição de gestão e investimento terão maior retorno do que aquelas em posição de execução. Um exemplo destas afirmações pode ser extraído da análise realizada sobre o mercado da cocaína. Dos 85 bilhões de dólares arrecadados no mercado global de cocaína, 1 bilhão permanece no país produtor, 8 bilhões ficam no transporte entre a origem e países de trânsito, 12 bilhões vão para o atacado internacional, 10 bilhões para o atacado nacional e 54 bilhões são distribuídos entre os revendedores (OEA, 2013, p. 20). Embora permaneça com a maior parte dos valores, é na revenda que se encontra a maior parte das pessoas envolvidas na atividade de forma que estes valores se dissipam, de outro lado, nesta etapa da cadeia negocial se enfrentam os maiores riscos de repressão, razão pela qual os revendedores formam a massa carcerária do tráfico.

Os valores obtidos com a atividade de drogas possuem, em síntese, três destinações, a manutenção da atividade, o reinvestimento na atividade e a acumulação de lucros. No que se refere a manutenção da atividade, é importante destacar que a produção, transporte, distribuição e comércio de drogas ilícitas demanda o envolvimento de um elevado número de pessoas, assim como a formação de grandes e numerosas estruturas. O plantio de matéria-prima para a produção de drogas é financiado pelos agentes deste mercado que visitam os produtores com regularidade, lhes fornecem condições de transporte e financiamento evitando as dificuldades naturais do mercado formal, o pagamento é feito em dinheiro lhes garantindo liquidez permanente, segurança financeira e social (AMBOS, 2010, p. 252).

Ao analisar o mercado da droga na Inglaterra RUGGIERO destaca que as barreiras encontradas nesta atividade econômica são similares àquelas presentes nas atividades lícitas, principalmente, quanto a divisão de trabalhos. As posições melhor remuneradas são preenchidas por grupos de pessoas locais, enquanto os trabalhos de maior risco e menor remuneração ficam a cargo de grupos imigrantes e minorias (2008, p. 22). Segundo informações obtidas com o confisco de dados de organizações de tráfico mexicanas, os empregados do tráfico são bem remunerados, os valores pagos seriam aproximadamente 50% superiores a remuneração mínima nacional (OEA,

2013, p. 24). Esta relação dobra na medida em que os envolvidos sobem na estrutura organizacional (OEA, 2013, p. 25).

Parte relevante dos valores obtidos na atividade de drogas, tal como acontece nas atividades lícitas, é distribuída na cadeia produtiva como pagamento de mão de obra. A atividade econômica da droga é responsável pelo sustento de milhares de pessoas em todo o mundo. Tanto nos países produtores como nos países consumidores, onde se estabelecem grandes redes de distribuição e distintos níveis no comércio de drogas, pode se falar em elevados número de “postos de trabalho”, aspecto validado pela realidade de bairros marginais norte-americanos (ALBRECHT, 2001, p. 22). O mesmo se aplica ao caso brasileiro, onde um grande número de pessoas busca na atividade das drogas as oportunidades de trabalho e ganho financeiro que não encontram no mercado de trabalho legal. Assim, parte significativa dos valores do mercado de drogas é reinjetado na economia formal por meio dos gastos cotidianos das pessoas envolvidas nestas atividades, pois o dinheiro que obtém com o trabalho na atividade econômica ilícita é despendido para subsistência.

De outro lado, o padrão e volumes alcançados pelo comércio de drogas após os anos 80 permitiu uma acumulação de capital para retroalimentar seu funcionamento, o desenvolvimento de redes negociais para o desenvolvimento de atividades direta e indiretamente ligadas ao negócio das drogas e cooptação de autoridades públicas por meio do largo uso da corrupção. (BADARÓ e BOTTINI, 2012, p. 22). Assim, outra parte relevante do dinheiro movimentado no mercado das drogas ilícitas é destinado ao reinvestimento nas atividades da cadeia produtiva. Para as drogas chegarem ao mercado consumidor muito dinheiro é investido. Os custos do negócio de drogas passam por aquisição de insumos agrícolas, equipamentos para o processamento da droga, transporte, pagamento de propinas e remunerações a trabalhadores da operação (OEA, 2013, p. 27).

A manutenção do negócio de drogas demanda grande investimentos ao longo da cadeia produtiva pois aos custos normais de uma produção dividida em várias etapas realizadas de forma transnacional deve-se somar os custos de transação advindos da criminalização da atividade, ou seja, todo o valor dispendido para evitar o trabalho estatal de repressão. Por esta razão, as atividades de droga no atacado são extremamente seletivas. Marcadas por um número menor de operações envolvendo maiores quantidades demandam altos investimentos, razão pela qual são realizadas apenas por aqueles que possuem capacidade financeira e de organização (RUGGIERO, 2008, p. 24).

Porém, como qualquer atividade produtiva, a atividade econômica das drogas ilícitas não possui um fim em si mesma. Se é certo que parte relevante dos produtos obtidos com o tráfico de drogas é utilizado para financiar outras operações de tráfico, uma parte significativa destes lucros não se empregam como base para novos negócios vinculados à droga, afinal o tráfico de drogas não

é um fim em si mesmo (ABEL SOUTO, 2002, p. 78). Os lucros obtidos por aqueles que possuem maior remuneração na escala produtiva são acumulados e formam fortunas que serão utilizadas para os mesmos fins que qualquer acumulação de capital.

O problema encontrado neste acúmulo de capital é que possuem um vício de origem. Os esforços internacionais de repressão à atividade do tráfico impedem o livre gozo das ganâncias obtidas por meio do negócio de drogas. É nesta etapa do negócio de drogas que surgem as atividades de lavagem de dinheiro. Como aponta CALLEGARI, os grandes agentes do mercado de drogas fazem seus benefícios circularem através de mercados financeiros nacionais até um mercado seguro no exterior, especialmente aqueles com menores níveis de resguardo nas políticas de prevenção e monitoramento (2008, p. 35/36).

Ao contrário do que se poderia imaginar, apenas uma parte dos rendimentos financeiros obtidos com o tráfico de drogas será objeto de lavagem de capitais. Somente aquelas pessoas que ocupam privilegiada posição dentro do ciclo produtivo do tráfico e que recebem as maiores remunerações demandarão por uma atividade de ocultação e dissimulação da origem dos valores, a mesma lógica se aplica a outras atividades criminais.

Assim, dentro do raciocínio que se pretende desenvolver por meio desta pesquisa, é importante destacar quais as principais características de importante etapa da atividade econômica criminal representada pela lavagem de ativos.

1.5. Lavagem de Capitais – características

O termo lavagem de dinheiro tem origem nos Estados Unidos da América onde as autoridades empregaram o termo para denominar o procedimento de dissimulação praticado pela máfia nos anos 30 do século passado por meio da exploração de máquinas de lavar automáticas. Foi utilizada em processo judicial naquele país pela primeira vez em 1982, desde então fixando-se na literatura jurídica (BADARÓ e BOTTINI, 2013, p. 21). A lavagem de dinheiro, ou de capitais pode ser definida como *“proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”* (BLANCO CORDERO, 2012, p. 92), ou seja, são formas de dissimular a origem ilícita de capitais adquiridos por meio de crime para que possam ser utilizados no mercado legal, *“Lavagem de dinheiro é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravenional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude.”* (BADARÓ e BOTTINI, 2013, p. 21).

Este processo de ocultação ou dissimulação da origem de ativos obtidos por meio de crime pode ser realizado pelas mais diversas formas e tende a se amoldar as condições impostas pela realidade vivida pelos agentes que se dedicam a esta prática, especialmente aquelas advindas dos sistemas de repressão. Contudo, a doutrina especializada no tema destaca algumas características comuns aos processos de lavagem. As principais características são a transnacionalidade, a complexidade e a tendência de profissionalização.

A característica da transnacionalidade pode ser apontada como algo relativamente novo ao processo de branqueamento. Ao contrário do que ocorre com as atividades de tráfico ilícito, a lavagem de capitais, originalmente, não possuía a marca de transnacionalidade já que o processo de dissimulação costumava ser realizado no mesmo país onde era obtido o ativo ilícito. Esta característica foi alterado por três condicionantes, primeiramente a proliferação de meios eletrônicos para manuseio de dinheiro diminuiu a necessidade de utilização de moeda física, reservada a operações menores, em segundo, a necessidade de reinvestir estes ativos ociosos na economia lícita dificulta que se aplique no mesmo território onde são obtidos os ativos ilícitos e, por fim, o incremento repressivo realizado por muitos Estados obrigou a busca por mercados mais abertos aos procedimentos de reciclagem (FABIÁN CAPARRÓS, 2003, p. 165).

Hoje se pode apontar a transnacionalidade como marca da lavagem de ativos. Os procedimentos de lavagem são realizados com a utilização do mercado financeiro formal, pelo que a tecnologia e a velocidade das transações, bem como as demais facilidades oriundas do processo de globalização, são ferramentas indispensáveis a ocultação e reinserção destes valores. É comum distinguir-se entre o país que se obtém o ativo de origem ilícita e o país onde se reinsere o dinheiro de origem dissimulada, pois desta forma se impõe barreiras ao trabalho de repressão aos crimes praticados. A globalização das atividades, ou sua marcante transnacionalidade se deve ao fato de que dificulta a aplicação de normas nacionais, especialmente das jurisdições mais rígidas, prejudica a aplicação de políticas de cooperação internacional, e, permite o gozo do dinheiro de origem ilícita por meio da exploração dos sistemas jurídicos mais débeis em termos de política antilavagem. (BLANCO CORDERO, 2012, p. 58).

A complexidade da lavagem deve-se ao fato de que a sofisticação das técnicas de branqueamento é uma exigência para a elisão dos meios repressivos, razão pela qual devem mudar e evoluir continuamente na medida em que os órgãos de combate as vão descobrindo e neutralizando. (CALLEGARI, 2008, p. 39). A lavagem é um fenômeno que se apoia na multiplicidade de inter-relações mantidas pelos diversos agentes econômicos, sua operação é realizada por meio da utilização de instrumentos que melhor se amoldem a finalidade de dissimulação da origem ilícita e se encontra condicionada pelos instrumentos jurídicos, econômicos e tecnológicos disponíveis à

sociedade para troca de mercadorias e crédito. Em busca do anonimato, são utilizados meios como emprego de titularidade aparente e concatenação de operações para dificultar o rastreamento documental pelas autoridades (FABIÁN CAPARRÓS, 2003, p. 164). O objetivo da lavagem é afastar o ativo de sua origem ilícita, realizar o processo sem deixar provas, assim quanto mais complexas forem as etapas e as técnicas utilizadas mais difícil será o trabalho das autoridades em mapear e provar o caminho percorrido pelo ativo até ligá-lo a sua origem delitiva.

É importante destacar que a complexidade dos métodos utilizados está diretamente relacionada com o aumento da repressão. Uma condição fundamental aos procedimentos de lavagem é sua rápida adaptação as novas situações repressivas e o desenvolvimento rápido de outros métodos (BLANCO CORDERO, 2012, p. 61). Assim, os esforços dos países e de organismos internacionais em reprimir a lavagem conduzem a adaptação dos agentes criminosos, fato que cria uma demanda por serviços especializados na área de lavagem. O elevado volume movimentado pela lavagem exige a adoção de métodos com organização profissional, estrutura e rede de colaboradores infiltrados nos mais variados escalões como em empresas transnacionais, administração pública e entidades financeiras (CALLEGARI, 2008, p. 41).

A tendência em profissionalizar os “serviços de branqueamento” se manifesta pela separação mais pronunciada entre o delito antecedente e as atividades de branqueio e pela maior presença de profissionais técnicos e graduados, tais como contadores, advogados, bancários, como agentes de lavagem, especialmente no caso daqueles profissionais amparados por prerrogativas de sigilo profissional. (ABEL SOUTO, 2002, p. 84). Esta profissionalização faz com que a lavagem seja realizada por pessoas diversas das que cometeram o delito antecedente, criando um mercado especializado na prestação destes serviços a terceiros.

Como aponta BLANCO CORDERO, há um crescimento da chamada lavagem tipo tinturaria, serviço específico oferecido a outras organizações criminais, marcado pela separação entre as atividades criminais precedentes e a lavagem com o aumento de branqueadores profissionais como contadores, advogados e banqueiros e a diversidade de clientes. São profissionais autônomos e especializados no campo da lavagem de capitais que não se subordinam a organizações criminais específicas (2012, p. 60). Esta profissionalização agrava os danos decorrentes do branqueamento. O problema da lavagem se acentua quando profissionais do mercado de finanças e comércio colocam seus contatos e informações privilegiadas a serviço do branqueamento de capitais, pois são quem dispõem dos recursos necessários para atuar com maior eficiência e impunidade nesta atividade ilícita (FABIÁN CAPARRÓS, 2003, p. 164).

Por fim, para se traçar um panorama sobre a questão social e econômica que envolve a lavagem de capitais deve se ter em vista que estas características de transnacionalidade,

complexidade e profissionalização contrastam com a falta de aparatos estatais de repressão e a dificuldade de judicializar estas operações. Apontam BADARÓ e BOTTINI que a complexidade dos procedimentos de lavagem somada a falta de estrutura estatal para o monitoramento das movimentações financeiras, ausência de capacitação e conhecimento pelas autoridades envolvidas e a existência de regras de sigilo dificultam o rastreamento dos bens ilícitos (2013, p. 33). Some-se a isso o fato de que ao Estado cabe demonstrar a lavagem por meio de processo judicial, razão pela qual toda a complexidade da lavagem deve restar demonstrada por provas aceitas em juízo, desprendidas de máculas ou nulidades processuais.

Assim, a repressão às atividades criminais praticadas pelas organizações transnacionais, especialmente o tráfico internacional de drogas e a lavagem de dinheiro é uma questão que não se resolve por países de forma isolada e demanda uma política criminal internacional.

2. Criminalidade Organizada, tráfico internacional de drogas, lavagem de capitais e a transnacionalidade da criminalização

O fenômeno da criminalidade organizada destacado ao longo do primeiro capítulo acarretou uma série de mudanças na legislação penal voltada a sua repressão. Estas alterações ocorrem não somente na legislação interna dos países, mas na política criminal e sua orientação. O combate as atividades criminais de grupos organizados gerou a internacionalização da política criminal.

Há um Direito Penal contemporâneo que esgotou o modelo clássico fundado na responsabilização individual, proteção de bens jurídico e na criminalização como última razão do Estado. Neste novo modelo pode se destacar três características, a proteção de bens jurídicos como critério positivo de criminalização entendida como mandamento de criminalizar, a prevenção como paradigma dominante, no qual os fins parecem purificar os meios, e a orientação para as consequências como objetivo dominante (HASSEMER, 2008, p. 250). Este moderno Direito Penal é voltado para áreas específicas, priorizando uma política criminal de criminalização e reformas legislativas da parte especial, especificamente em determinados tipos penais. “Os principais campos de interesse das inovações legislativas penais são: ambiente, economia, processamento de dados, drogas, tributos, comércio exterior, em síntese: “criminalidade organizada”” (HASSEMER, 2008, p. 252).

Segundo ABEL SOUTO, a globalização e a integração econômica geraram novas formas delitivas e uma difícil compreensão da delinquência decorrente da substituição de uma marginalidade clássica por ideias de organização e poder econômico, o que as torna intangíveis frente os instrumentos de investigação e análise criminológica do passado (2002, p. 51). Há um movimento mundial de produção de novas tecnologias repressivas no esforço de combater uma nova forma de criminalidade. Contudo, esta movimentação produtiva não ocorre de forma neutra e imparcial com seria de se esperar, mas em função de eficiência do Direito Penal frente a segurança pública (TAVARES, 2005, p. 309).

Os objetivos deste Direito Penal moderno, ou da globalização, como se refere SILVA SANCHÉZ são eminentemente práticos voltados a proporcionar uma resposta uniforme à delinquência transnacional e evitar a formação de “paraísos jurídicos penais” (2011, p. 92). As diferenças de regulação e da sua intensidade nos delitos de caráter supranacional criam oásis de criminalidade que podem dificultar muito ou até tornar impossível o trabalho apenas nacional de repressão (ROXIN, 2007, p. 37). Esta nova perspectiva da realidade penal demanda modificações

do direito penal, das legislações e também da ciência penal. Para se alcançar esta uniformização é necessário trabalhar os sistemas penais com a homogeneização de conceitos e categorias delitivas (SILVA SANCHÉZ, 2011, p. 93). ROXIN aponta a existência de uma ciência penal una que apesar das diferenças dos ordenamentos internos possui características e objetivos homogêneos pois o objeto de estudo é uniforme, na medida em que a criminalidade se manifesta de forma muito similar nos Estados modernos (2007, p. 16/17).

Esta internacionalização da matéria criminal segue uma tendência geral decorrente do processo de globalização. A expansão do comércio internacional, incluindo bens e serviços, decorrente principalmente do desenvolvimento tecnológico em matéria de transportes e meios de comunicação tornou ineficaz a resolução de conflitos por meio de instrumentos de direito interno gerando uma busca por uma regulação internacional forte (WINTER e WACHOWICZ, 2008, p. 1498). Por estes motivos o sistema jurídico não pode mais ficar limitado as legislações nacionais, sendo cada vez mais presentes os órgãos internacionais e a elaboração de Tratados em matéria econômica internacional.

(...) os tratados contratualistas cederam espaço aos tratados normativos e impositivos, cada vez mais expressivos diante da soberania dos Estados-membros. Isso se deve a vários fenômenos, como: um maior número de instituições e organismos internacionais imparciais, jurisdicionais ou administrativos, criados ou habilitados por tratados internacionais multilaterais; e a formação de grandes blocos econômicos, criados por tratados internacionais que não prevêm nem o seu término nem a possibilidade de denúncia, mas cuja flexibilidade importa na adequação de fluxos comerciais e compatibilização de interesses econômicos. (WINTER e WACHOWICZ, 2008, p. 1500)

Os Estados se submetem a autoridade e as regras ditadas por organismos internacionais que controlam em nível global práticas lesivas a bens jurídicos supraindividuais despedindo-se do conceito clássico de soberania (GUARAGNI e PORTELLA JUNIOR, 2013, p. 30) Estas normativas internacionais se estendem, inclusive, a matéria penal.

A doutrina penal discute atualmente sobre a existência de bens jurídicos universais, cujo interesse de proteção estatal se sobressairia a prática delitiva dentro das próprias fronteiras, tal como o caso dos crimes contra o meio ambiente e a ordem econômica. Uma nova ordem mundial globalizada na era da informação obrigaria os Estados a se adaptarem as necessidades de proteção de bens jurídicos supraindividuais que tão fortemente afetam a soberania (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 116). É nesta perspectiva que se situa a disciplina penal da criminalidade transnacional.

2.1. Combate à criminalidade organizada transnacional.

Pode-se afirmar que a busca de meios preventivos e repressivos contra as organizações criminais transnacionais é o ponto central das políticas criminais desenvolvidas de forma supranacional. A análise de Tratados internacionais que envolvem conteúdo de matéria penal permitem esta conclusão pois deles se extrai uma concentração em torno do tema do crime transnacional e a preocupação dos Estados e órgãos internacionais com sua repressão.

O primeiro marco internacional legislativo contra organizações criminais pode ser identificado como a criação da Lei Americana de Controle do Crime Organizado (Organized Crime Control Act) de 1970, conhecida como Lei RICO. Esta Lei propôs uma visão genérica do tema, colocou em relevo o carácter organizativo e corruptivo do crime, sem se preocupar com a complexidade que compreende o fenómeno. Sua principal característica foi vincular a criminalidade organizada com a criminalidade de empresa ao tipificar a participação em assuntos de empresas como métodos extorsivos (ZUÑIGA RODRIGUES, 2006, p. 42/43). A Lei RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations) estabeleceu um conjunto de regulações para suprimir e sancionar associações criminais de pessoas vinculadas a máfia. A ideia era proporcionar novas armas para a luta contra o crime organizado e suas raízes económicas (BARBOSA, 2008, p. 76).

A motivação desta política criminal desenvolvida contra a criminalidade organizada a partir da década de 70 do século passado tem por plano de fundo o potencial lesivo das atividades destes grupos. Aponta BARBOSA que o combate às organizações criminais tem por premissa a ideia de que esta forma delitativa afeta não só aos países onde se manifesta, mas a toda comunidade internacional, e que sua repressão deve se dar em forma integrada pois as medidas unilaterais adotadas por poucos países carecem de eficácia. Por esta razão, as instâncias internacionais lideradas pela Organização das Nações Unidas adotam uma série de instrumentos legais e técnicos para realizar este combate (2008, p. 71/72).

Desde o ano de 1975, no 5º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento dos delinquentes, a Organização das Nações Unidas se preocupa com o tema das organizações criminais transnacionais. A base do tratamento oferecido pela ONU nesta matéria vem da constatação de que o incremento de sofisticação e a globalização do crime organizado transformaram a cooperação internacional em elemento essencial no combate ao fenómeno (SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 83). Com o Congresso de 1975 a ONU caracterizou o crime como negócio em nível nacional e transnacional, e deu destaque a criminalidade organizada, a criminalidade de empresa e a corrupção (ZUÑIGA RODRIGUES, 2006, p. 44). Naquela oportunidade foi dado o enfoque à criminalidade organizada como risco permanente para as liberdades e direitos fundamentais (BARBOSA 2008, p. 72). Posteriormente outros encontros se seguiram, merecendo destaque a Conferência Interministerial sobre o Crime Organizado

Transnacional celebrada em Nápoles, 1994, que resultou na Declaração de Nápoles e no Plano de Ação Mundial contra a Delinquência Transnacional Organizada (BARBOSA, 2008, p. 72). O marco mais recente neste combate a criminalidade transnacional é a Convenção de Palermo, a qual será abordada separadamente abaixo.

Atualmente, a ONU conta com O Centro de prevenção da criminalidade internacional (Centre for International Crime Prevention – CICP). Este centro é o escritório da ONU responsável por assuntos de prevenção criminal, justiça criminal e reforma de legislações penais com foco no combate à criminalidade transnacional organizada, corrupção e tráfico de seres humanos. O CICP é um órgão vinculado ao Escritório para Assuntos de Drogas (UNDOC).

Outra entidade supranacional que desenvolve políticas criminais neste esforço internacional que de combate à criminalidade organizada é a União Europeia. Conforme destacada SANCHÉZ GARCIA DE PAZ, a União Europeia tem na criminalidade transnacional um problema de particular relevo devido a fatores como a formação de um espaço econômico sem fronteiras nacionais com a livre circulação de pessoas, bens e serviços, a ação de grupos organizados do Leste Europeu florescidos após a queda dos regimes comunistas, e a presença de países como Suíça, Malta, Mônaco que não cumprem as exigências internacionais contra a lavagem de dinheiro (2005, p. 85).

Na Europa, a preocupação com a criminalidade organizada retoma ao Grupo de Trevi formado por ministros de exterior e justiça dos Estados Membros criado pelo Conselho europeu em 12 de fevereiro de 1985. Este Grupo possuía preocupações iniciais com o terrorismo, as quais foram expandidas para outras manifestações criminais como tráfico de drogas e a lavagem de capitais (SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 86).

A União Europeia elevou o combate à criminalidade organizada ao grau de um dos objetivos da formação da Comunidade Comum, figurando expressamente nos seus Tratados Constitutivos (BARBOSA, 2008, p. 73). Foi com o Tratado da União Europeia em 1992 (Tratado de Maastrich) que se formalizou a necessidade de resposta à criminalidade organizada declarando-se o interesse comum em questões de polícia e justiça, estabelecendo-se a necessidade de cooperação judicial em matéria penal e a cooperação policial na prevenção e repressão de formas de delinquência internacional (SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 86). Os instrumentos adotados pela UE se dividem em três grupos, cooperação internacional policial e aduaneira, cooperação judicial e harmonização das leis penais (BARBOSA, 2008, p. 74).

Com o Tratado de Amsterdã, de 1997, que modificou o Tratado da União Europeia, introduziu-se referência expressa da luta contra o crime organizado como um dos objetivos prioritários da UE (art. 2º) (SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 87). Atualmente cabe ao

Conselho da União Europeia, formado por Ministros de cada Estado-membro, tomar medidas em três aspectos, cooperação policial e aduaneira, diretamente ou por meio da EUROPOL; cooperação judicial; e harmonização das legislações penais (SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 88).

No ano de 2008, o Conselho da União Europeia publicou a Decisão Marco 2008/841 relativa a luta contra a delinquência organizada. Este documento visa dar efetividade aos artigos 29 e 31 do Tratado da União Europeia, razão pela qual traz definição de organização delitiva, propostas de tipos penais de participação nestas organizações e de responsabilização de pessoas jurídicas, dentre outros instrumentos que deverão ser internalizados pela legislação dos países membros.

Os instrumentos internacionais em matéria de organizações criminais possuem um caráter tanto de fomentar os meios de prevenção as suas atividades como de estimular os países à criminalização da participação nestas organizações em seu direito penal material interno com a criação de tipos penais de organização criminosa. No âmbito preventivo os esforços são centrados em aspectos notadamente financeiros.

Uma tendência que se pode observar das medidas adotadas internacionalmente é que a repressão aos delitos praticados por organizações transnacionais é focada em aspectos patrimoniais e não mais na privação de liberdade. Ressalta ALBRECHT que baseados no argumento de acumulação de capital e dos grandes lucros obtidos pela atividade criminal nos mercados ilícitos, as nações industrializadas do ocidente proliferaram uma política criminal que outorga um peso significativo ao aspecto financeiro da luta contra o crime. A resposta à criminalidade organizada se dá pela tentativa de retirar de circulação comercial os bens de origem ilícita (2001, p. 36). A política criminal supranacional desenvolvida nos âmbitos da ONU e da União Europeia se preocupam mais na retirada do provento financeiro do crime do que na prisão dos integrantes das organizações.

As justificativas para estas medidas penais centradas na pena patrimonial são que a criminalidade organizada obtém elevados lucros, o que contribui para sua estabilidade e fortalecimento, que a pressão sobre as finanças criminais gera um efeito preventivo e que os objetivos no combate à criminalidade organizada e os problemas probatórios podem ser superados com outras formas de intervenção estatal no campo das finanças ilícitas (ALBRECHT, 2001, p. 38/39). Por tais razões pode se observar uma concentração de esforços em torno da repressão à lavagem de dinheiro, nas medidas de confisco e repatriação de ativos.

Dentro deste esforço integrado de combate as atividades criminais de grupos organizados transnacionalmente, merece destaque a análise das disposições da Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional.

a) Convenção de Palermo

Em 12 de dezembro de 2000 a ONU aprovou a Convenção contra Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, cuja principal característica é a promoção de instrumentos legislativos e administrativos de cooperação internacional para prevenir e sancionar eficazmente a delinquência organizada internacional (BARBOSA, 2008, p. 73). A Convenção contra Delinquência Organizada Transnacional seria o marco jurídico necessário para cooperação internacional voltada a combater, entre outras coisas, atividades delitivas como a lavagem de dinheiro, a corrupção, o tráfico de espécies silvestres em perigo de extinção, delitos contra o patrimônio cultural e o vínculo entre organizações criminais e terrorismo (ONU, 2004, p. 2).

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional é fruto do trabalho do comitê especial intergovernamental de composição aberta estabelecido pela resolução 53/111 de 09 de dezembro de 1998, da Assembleia Geral da ONU. Foi adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000 e entrou em vigor internacional em 29 de setembro de 2003. O Brasil ratificou a convenção em 29 de janeiro de 2004, sua aprovação pelo Congresso Nacional ocorreu em 29 de maio de 2003, por meio do Decreto Legislativo n. 231 e sua Promulgação se deu pelo Decreto n. 5015 de 12 de março de 2004.

Tendo como objetivo central promover a cooperação para prevenção e combate eficaz da criminalidade organizada transnacional (art. 1º), a Convenção da ONU traça duas estratégias principais, a criminalização da participação em grupo criminoso organizado e a cooperação internacional. A preocupação das Nações Unidas é fruto deste novo papel ocupado pela criminalidade organizada diante do domínio do sistema de produção capitalista no mundo globalizado em que o principal objetivo da atividade criminal é a busca por lucros ilícitos com a exploração de mercados de bens e serviços proibidos contaminando o mundo empresarial e político (ZUÑIGA RODRIGUES, 2006, p. 44).

O analisado diploma internacional traz em seu artigo 2º uma definição de grupo criminoso organizado como aquele “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Ainda, define grupo estruturado como “grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada”. Nesta definição a diferenciação entre organização criminal e associações delitivas comuns se encontra na comissão de delitos particularmente graves, a estruturação do

grupo, a continuidade de suas atividades e a finalidade econômica (SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 2005, p. 32).

Desta forma, a definição de organização criminosa realizada pela ONU é muito ampla de forma que possibilita a inclusão de diversas uniões de pessoas para a prática delitiva sem que efetivamente possuam as características de organizações descritas no capítulo anterior, qual seja, união de pessoas para o desenvolvimento de atividades visando a redução de custos de transação e alcance de objetivos comuns. Adiante será retomado o tema quando da análise da definição de organizações criminais na legislação brasileira.

O artigo 5º da Convenção estabelece como objetivo aos Estados ratificantes a adoção de medidas legislativas para criminalizar em seus respectivos ordenamento jurídicos a participação ou o auxílio nas atividades desenvolvidas por organizações criminais. Além da criminalização direta pela atuação no grupo organizado, nos seus artigos seguintes a Convenção estabelece com metas a criminalização da lavagem do produto do crime (art. 6º), manifestadas pela conversão ou transferência, ocultação ou dissimulação, aquisição, posse ou utilização de produtos do crime, ou a participação em alguma destas atividades, ainda a adoção de medidas de combate à lavagem de dinheiro como controle da atividade bancária (art. 7º). A convenção utilizou a mesma estrutura delitiva adotada na Convenção de Viena, porém com maior aplicabilidade já que passou a considerar como delito antecedente também a participação em grupo criminoso, corrupção e obstrução da justiça, além do tráfico de drogas, assim como a persecução em face de delitos antecedentes praticados em outros países (CALLEGARI e WEBER, 2014, p. 63).

Nos artigos seguintes são estabelecidas medidas de combate à corrupção de agentes públicos (art. 8º) e a responsabilização das pessoas jurídicas (art. 10). A responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas com grupos criminosos organizados deverá ser estabelecida nas esferas cível, administrativa e penal, respeitadas as peculiaridades dos sistemas jurídicos dos Estados.

Outra linha de combate adotada pela ONU é a colaboração internacional nos âmbitos de investigação e repressão das atividades de organizações criminais. A cooperação internacional seria nas linhas de efeitos de confisco (art. 13), transferência de pessoas condenadas (art. 17), assistência jurídica recíproca em investigações e processos (art. 18), celebração de acordos para investigações conjuntas (art. 19) e transferência de processo penais (art. 21).

A Convenção contra Delinquência Transnacional Organizada aspira legitimar como *standars* internacionais as reformas de direito penal material e processual que modificaram os sistemas penais da Europa Ocidental e América do Norte nos últimos vinte anos (ALBRECHT, 2001, p. 44). Há uma tendência de repressão de qualquer forma de criminalidade por meio do privilégio da eficácia e da investigação que se internacionaliza, enquanto os sistemas de justiça

nacionais permanecem limitados em significação e relevância (ALBRECHT, 2001, p. 46).

Outra fonte de direito internacional relativa à preocupação com a atividade econômica das organizações criminais transnacionais é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

b) Convenção de Mérida

Pouco tempo após a reunião de Palermo a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 55/61 reconhecendo a necessidade de elaborar um instrumento jurídico internacional eficaz contra a corrupção independente da Convenção contra o Crime Organizado, estabelecendo um comitê especial encarregado de sua elaboração (PÉREZ CEPEDA e BENITO SÁNCHEZ, 2011, p. 199).

A convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi aprovada em 31 de outubro de 2003, foi incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Congresso Nacional em 18 de maio de 2005 com o Decreto Legislativo n. 348 e promulgada por meio do Decreto n. 5.687 de 31 de janeiro de 2006. Um de seus principais fundamentos é o combate às atividades de organizações criminosas, que, como apontado acima, desenvolvem suas condutas ilícitas com a infiltração no Poder Público por meio da corrupção de funcionários e desvio do patrimônio público, razão pela qual faz parte de suas atividades criminais a corrupção de agentes e desvio de bens públicos. Contudo, alertam DE LA TORRE e FABIÁN CAPARRÓS que embora muitas vezes criminalidade organizada, corrupção e lavagem de capitais aparecem num mesmo contexto de corrupção em sentido amplo com especial gravidade, as três manifestações não se confundem e não estão necessariamente vinculados (2011, p. 456).

Os objetivos desta Convenção, na linha de outros instrumentos internacionais de combate à corrupção elaborados por organizações regionais como a OEA, Conselho da Europa e União Africana, são harmonizar as respostas sancionadoras nas Leis internas, assim como facilitar a cooperação internacional entre os Estados propiciando mecanismos efetivos de prevenção ao delito frente as dificuldades enfrentadas na sua persecução em nível internacional (PÉREZ CEPEDA e BENITO SÁNCHEZ, 2011, p. 197).

Em seu artigo 1º estabelece como finalidades o fortalecimento à prevenção e combate da corrupção e da cooperação internacional na recuperação de ativos.

A convenção estabelece medidas de caráter preventivo, tais como o compromisso dos Estados em adotar práticas eficazes contra corrupção e avaliações periódicas de seus instrumentos jurídicos de combate, bem como a colaboração internacional e regional para promoção destas medidas (artigo 5). Os Estados deverão criar órgãos dotados de independência encarregados de prevenir a corrupção, os quais serão responsáveis por aplicar as medidas preventivas e difundir

conhecimentos em matéria de combate ao delito (artigo 6). Estabeleceu-se, ainda, o compromisso de adoção de padrões íntegros e honestos de comportamento dos funcionários públicos (artigo 8), de transparência e competência nos atos de contratação da administração pública (artigo 9).

De outro lado, a Convenção de Mérida reforça a preocupação em estabelecer medidas eficazes de prevenção e repressão a ilícitos contábeis no setor privado (artigo 12), lavagem de dinheiro com a regulação e supervisão dos bancos e instituições financeiras (artigo 13), suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros (artigos 15 e 16), desvio de bens por funcionários públicos (artigo 17), tráfico de influências (artigo 18), abuso de funções (artigo 19), enriquecimento ilícito (artigo 20), dentre outros.

No artigo 31, os Estados demonstraram uma grande preocupação com a efetividade das medidas de confisco, com a adoção de práticas que permitam a identificação, localização, embargo preventivo ou apreensão de bens ou produto dos delitos elencados na convenção, inclusive quando já convertidos em outros bens. Deverão os Estados adotarem estas medidas no maior grau permitido em seus ordenamentos jurídicos internos. Para a efetividade destas medidas está previsto o incentivo para que as pessoas que participem ou tenham participado das ações delitivas colaborem com as autoridades para privar os agentes do produto do crime e recuperá-los, podendo os Estados mitigar as penas ou conceder imunidade judicial, no que se denomina na doutrina de delação premiada (artigo 37).

Por fim, a convenção estabelece como princípio fundamental a recuperação de ativos, estabelecendo que os Estados se prestarão ampla cooperação e assistência (artigo 51). Assim se fixam medidas de prevenção a transferência de produtos de delito, impondo às instituições financeiras o dever de identificação dos clientes e monitoramento de atividades suspeitas (artigo 52), medidas de recuperação possibilitando que Estados pleiteiem diretamente a titularidade de bens perante outro Estado (artigo 53) e a cooperação internacional para fins de confisco (artigos 54 e 55).

O que se pode perceber a partir da análise destas duas Convenções Internacionais é que o combate da criminalidade organizada se desenvolve pela tentativa de união de esforços estatais na padronização das legislações penais materiais e processuais internas e na celebração de acordos de cooperação mútua nas esferas policial e judiciária. Estas medidas são reforçadas pelas políticas criminais em torno de delitos específicos, dentre os quais se destacam o tráfico internacional de drogas e a lavagem de capitais.

2.2. Políticas de combate ao tráfico internacional de drogas ilícitas

O comércio de drogas, até então uma atividade lícita e lucrativa tem como marco inicial de

sua criminalização a “Convenção de Haia” de 1912, conhecida como “Conferência Internacional do Ópio”. Por meio deste diploma legal foi implementada internacionalmente uma política liderada pelos Estados Unidos estabelecendo o esforço dos países para proibir a produção e comércio de determinadas substâncias, especialmente, ópio, cocaína e seus derivados em nível internacional. Esta política contra as drogas ganhou força com o aumento da influência econômica e militar americana nas décadas seguintes.

Impulsionados pelos Estados Unidos, grande parte dos países do mundo, senão sua totalidade, adotaram a proibição de drogas, de democracias capitalistas a regimes totalitários como nazista e soviéticos. Durante o transcurso do século XX a proibição das drogas contou com o apoio de Primeiros Ministros liberais, Monarcas Moderados, Homens fortes Militares, Generais populistas da América latina e intelectuais anticolonialistas africanos, ou seja, a política proibicionista se espalhou por todos os tipos de políticos e regimes (LEVINE, 2003, p. 69). Muitas vezes estas medidas de combate as drogas são tomadas sem se pensar nas suas consequências reais ou efetividade não passando de instrumentos simbólicos elaborados para aplacar o anseio social sem a preocupação de criar normas jurídicas eficientes (AMBOS, 2010, p. 255).

A partir do final dos anos 50 a realidade política das drogas sofreu profundas mudanças tanto em seu discurso médico e social como repressivo criminal. No ano de 1961 na cidade de Nova Iorque, foi celebrada na ONU a Convenção Única sobre Entorpecentes consolidado o que se denomina de modelo médico-sanitário, cuja característica é diferenciar o usuário do traficante de drogas. De um lado se tem o usuário, doente, vítima, de outro se tem o traficante, criminoso, vilão (CARVALHO, 2010, p. 15). Neste momento pode se destacar o discurso de defesa social dos lares e das famílias de bem atacados pelos traficantes oriundos das minorias étnicas e marginalizadas. Esta realidade é apontada por DEL OLMO:

O problema da droga se apresenta como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o *estereótipo moral*, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o *discurso jurídico* enfatizar na época o *estereótipo criminoso*, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado *Pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de “delinqüente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do *estereótipo da dependência*, de acordo com o *discurso médico* que apresentava o já bem consolidado *modelo médico-sanitário*. (1990, P. 34)

De outro lado, a Convenção de 1961, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 54.216/64, dispôs sobre o inter-relacionamento de agências internacionais e sistemas repressivos. Pode-se

apontar o início do processo de transnacionalização do combate às drogas que acabou se aprofundando ao longo dos anos. No artigo 35 da Convenção foi estabelecido esforços das partes para coordenar ações preventivas e repressivas contra o tráfico de drogas em seus âmbitos internos, compromisso de ajuda mútua e cooperação entre si contra o tráfico e compromissos de cooperação internacional.

A década de 70 foi marcada por dois fatores muito importantes no estudo da política de drogas, ambos oriundos dos Estados Unidos da América. Primeiro o avanço da cocaína, segundo o discurso do traficante de drogas como o inimigo internacional a ser combatido. Com o fim da Guerra do Vietnã e o expressivo aumento do consumo de cocaína dentro das fronteiras norte-americanas o governo americano fomentou na sociedade ocidental o discurso do medo, a ideia de que o tráfico internacional de drogas era o inimigo externo a assombrar a segurança nacional dos países. Neste contexto foi celebrado pela ONU o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas em Viena no ano de 1971. O governo Nixon enrijeceu e exportou sua política antidrogas, iniciou-se o tratamento bélico contra o tráfico de drogas que será trabalhado de forma internacional. Definitivamente o problema das drogas passou a ser matéria do sistema de justiça criminal, aumentando-se as penas criminais e os aparelhos de criminalização secundária a fim de combater o mal que representaria o tráfico.

O tratamento bélico internacional contra o tráfico de drogas sofreu ainda maior incremento na década seguinte com a denominada “Guerra as Drogas” e a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, e de Substâncias Psicotrópicas de 1988.

O presidente Reagan, eleito em 1981 incorporou como plano de governo o combate às drogas. No início da década de 80 os Estados Unidos da América “declaram” “Guerra às Drogas”. A política do governo Reagan, implantada com a participação ativa do vice-presidente George Bush teve como escopo atacar o inimigo internacional, o traficante de drogas, em diversas frentes como o confisco das drogas no território americano, a cooperação dos países produtores na eliminação dos traficantes e o ataque ao poderio econômico dos traficantes, especialmente na luta aos sistemas de “lavagem de dinheiro”. Nesta época se iniciou o combate contra o tráfico por meio de uma luta econômica, mas ainda como política secundária. O projeto norte-americano continuou sendo eminentemente bélico, a pretendida erradicação do tráfico de drogas seria conseguida por meio da força.

Sob este panorama foi criado o grande marco atual da política criminal de drogas, a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, e de Substâncias Psicotrópicas.

a) Convenção de Viena de 1988

Convenção de Viena de 1988 contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em 20 de dezembro de 1988, foi aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de junho de 1991 pelo Decreto Legislativo n. 162, e promulgada em 26 de junho de 1991 por meio do Decreto n. 154. A característica marcante desta Convenção foi consolidar e fortalecer o tratamento bélico e repressivo contra o tráfico de drogas.

Fundamentada na ideia de que o tráfico de drogas é motivo de grandes problemas a saúde do homem, a cultura e a economia, da expansão do tráfico no âmbito internacional e sua relação com a criminalidade organizada, o objetivo da Convenção vem estabelecido em seu artigo 2 e consiste no combate mais eficiente do tráfico internacional de drogas por meio da cooperação entre as partes signatárias. Da análise dos dispositivos consolidados neste diploma pode se concluir que seu entendimento de eficiência concentra-se no combate ao tráfico ilícito de drogas por meio de cooperação internacional, integração das políticas criminais e concentração repressiva sobre a atividade econômica do tráfico.

O objetivo da Convenção de Viena foi criar um instrumento internacional de unificação do direito penal substantivo relativo às drogas e a homologação de normas que sancionassem penalmente a lavagem de dinheiro. De outro lado, se propôs a definição de pontos específicos nas medidas relativas à investigação, como, por exemplo, o desmantelamento de redes de transporte de drogas, e o fortalecimento da cooperação jurídica internacional (ALBRECHT, 2001, p. 44).

Entre as medidas preventivas e repressivas fixadas na norma internacional estão a criminalização do comércio, produção de drogas e ocultação de bens originários destas atividades (artigo 3), o confisco do produto delitivo e a cooperação internacional na matéria (artigo 5), extradição (artigo 6) e assistência jurídica recíproca nas esferas de investigação e julgamento (artigo 7).

O artigo 3, item 4 a), da Convenção de Viena de 1988 estabelece que as partes deverão penalizar as condutas criminais descritas no artigo com sanções proporcionais a gravidade dos delitos praticados. As sanções enumeradas no destacado artigo são penas privativas de liberdade, sanção pecuniária e confisco, ou seja, há uma política criminal deliberadamente voltada a sanções pecuniárias. Não obstante se mantenha as disposições de penas de prisão, há dispositivos focados na criminalização da lavagem de bens oriundos da atividade de tráfico e larga regulamentação do confisco.

O artigo 5 estabelece que as partes deverão estabelecer medidas em seu Direito interno para autorizar o confisco de produtos oriundos do tráfico ou de bens em valor equivalente, ainda, apreensão preventiva de bens, apreensão ou confisco de documentos bancários, financeiros ou

comerciais dos quais não se poderá invocar o sigilo bancário, No item 4 do artigo 5, são estabelecidas regras para a cooperação internacional em matéria de confisco, ditando a convenção que as partes deverão adequar sua legislação para permitir que se proceda o confisco no território em que se encontra o bem, mesmo que outra seja a jurisdição competente para julgamento do crime de tráfico, o que será aplicável inclusive quando o produto do tráfico tiver sido convertido em outros bens. Por fim, no item 7 há disposição para que as partes estabeleçam a inversão do ônus da prova sobre a licitude dos bens objeto de apreensão e confisco.

Assim, por meio da Convenção de Viena de 1988 a ONU consolida um novo caminho no combate ao tráfico de drogas e crime organizado focado no aspecto econômico da atividade criminal. Há uma nova política criminal que concentra os pontos de atenção ao produto ilícito do delito e seu confisco com a retirada de circulação dos lucros obtidos com o tráfico de drogas ilícitas, o que acabou por gerar profundas mudanças no direito penal substantivo e processual (ALBRECHT, 2001, p. 47/48).

b) Estratégias no combate às drogas

O cenário atual das políticas de drogas se encontra dividido em duas frentes, o posicionamento bélico repressivo norte-americano apoiado por Japão, Vaticano, Rússia, Itália e Colômbia, dentre outros e a política de diminuição da demanda compartilhada pela maioria dos países europeus (CARVALHO, 2010, p. 57). Pode se afirmar que 100% dos países, mesmo os poucos não signatários das convenções destacadas, adotam políticas proibicionistas, sejam “proibição punitiva das drogas” modelo americano ou “proibição tolerante das drogas” modelo holandês com canábis (LEVINE, 2003, p. 78).

Na política criminal de drogas desenvolvida em escala mundial impera o modelo repressivo imposto por instrumentos internacionais que buscam a criminalização da produção, transporte e comércio de drogas com imposição de elevadas penas e a marginalização do consumo, com a discriminação do usuário. Estes modelos são impostos a todos os países, deixando pouca margem de manobra para políticas alternativas como as de redução de danos ou normalização do consumo (DE LA CUESTA ARZAMENDI e BLANCO CORDERO, 2009, p. 439).

La actual regulación de los delitos relativos al tráfico de drogas está especialmente condicionada por una Política criminal que en esta materia se mueve principalmente en clave represiva, ofreciendo escasas alternativas de carácter social o rehabilitador a la drogodependencia. A corto plazo no parece vislumbrarse un cambio de orientación en esta estrategia represiva que incide fundamentalmente en las clases sociales marginales y mas débiles económicamente, que se ven abocadas a recurrir al tráfico a pequeña escala como

De outro lado, num contraponto ao fortalecimento da política, repressiva a União europeia possui políticas de redução de danos relativa às drogas, consistentes em estabelecer políticas públicas voltadas a diminuição do consumo e assistência aos dependentes com intuito de tratar da matéria de drogas como questão de saúde e não segurança pública.

La Unión Europea es una firme partidaria de las políticas de reducción de daños en materia de drogas. Un elemento fundamental de esta política es la *Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2003 relativa a la prevención y la reducción de los daños para la salud asociados a la drogodependencia*, cuyo objetivo es proporcionar un alto nivel de protección de la salud pública mediante la prevención de la drogodependencia y la reducción de los riesgos de mortalidad y morbilidad asociados a ésta. De acuerdo con el *Plan de Acción de la Unión Europea en Materia de Drogas (2005-2008)*, la estrategia europea por lo que se refiere a la demanda ha de tender a conseguir como "resultado identificable (la reducción mensurable del consumo de drogas, de la dependencia y de los riesgos sociales y sanitarios relacionados con las drogas, mediante la elaboración y la mejora de un amplio sistema de reducción de la demanda basado en el conocimiento, que sea eficaz e integrado y que comprenda medidas de prevención, intervención precoz, reducción de los daños, rehabilitación e integración social en los Estados miembros. de la UE"⁷. (DE LA CUESTA ARZAMENDI e BLANCO CORDERO, 2009, p. 444)

Porém, as ferramentas que ganharam maior destaque no combate ao tráfico internacional de drogas nas últimas décadas foram aquelas ligadas com sanções de caráter financeiro. Atrelada diretamente ao discurso de luta contra a criminalidade organizada, a política repressiva de drogas voltou-se aos lucros obtidos com a atividade econômica criminal. Por esta razão, os ordenamentos jurídicos nacionais têm estabelecido formas indiretas de alcançar as organizações dedicadas ao tráfico.

A adoção de medidas indiretas de repressão ao tráfico internacional deve-se ao fato de que é efetivamente muito difícil o procedimento de investigação e produção de provas válidas em juízo capaz de relacionar pessoas localizadas no topo da cadeia do tráfico internacional com as atividades desempenhadas em virtude do poder econômico que ostentam. Pode-se apontar como estratégias no

6 A atual regulação dos delitos relativos ao tráfico de drogas esta especialmente condicionada por uma política criminal em que esta matéria se move em via repressiva, oferecendo escassas alternativas de caráter social ou reabilitadora drogadependência. Não parece deslumbrar-se uma mudança desta orientação repressiva a curto prazo que incide principalmente nas classes sociais marginalizadas, mais débeis economicamente, que se vem obrigadas a recorrer ao tráfico em pequena escala como alternativa a pobreza e ao desemprego. (tradução do autor)

7A União Europeia é uma firme partidária da política de redução de danos em matéria de drogas. Um elemento fundamental desta política é a Recomendação do Conselho de 18 de junho de 2003 relativa a prevenção e redução de danos para a saúde associados a drogadependência, cujo objetivo é proporcionar um alto nível de proteção a saúde pública mediante a prevenção à drogadependência e a redução dos riscos de mortalidade e morbidez a esta associados. De acordo com o Plano de Ação da União Europeia em matéria de drogas (2005-2008), a estratégia europeia em relação a demanda terá de conseguir um resultado identificável (a mensurável redução do consumo de drogas, da dependência e dos riscos sociais e sanitários relacionados com as drogas, mediante a elaboração e melhora de um amplo sistema de redução da demanda baseado no conhecimento eficaz e integrado e que compreenda medidas de prevenção, intervenção precoce e redução de danos, reabilitação e integração social nos Estados membros. (tradução do autor)

combate ao tráfico internacional a ampliação do confisco, políticas de recuperação de ativos, criminalização da associação criminosa, do enriquecimento ilícito e da lavagem de ativos de origem ilícita.

A política de combate ao tráfico internacional de drogas ilícitas foi responsável pelo ressurgimento do instituto do confisco (RIOS e PUJOL, 2014, p. 313). O confisco é um instrumento de repressão penal recomendado pela ONU e pela União Europeia contra a criminalidade organizada e o tráfico de drogas pois teria a capacidade de neutralizar os benefícios econômicos da atividade criminal e dificultar seu financiamento. Nos moldes da Convenção de Viena da ONU, no âmbito europeu, o Conselho da Europa aprovou a Decisão Marco 2005/212/JAI relativa ao confisco dos produtos, instrumentos e bens relacionados com o delito, para que os Estados-Membros adaptassem suas legislações a um modelo padrão no Espaço europeu (GIMENO BEVIÁ, 2014, p. 172). Não há documento relacionado a luta contra criminalidade organizada e outras formas de delinquência consideradas graves que não prevejam o confisco como meio eficaz de repressão aos lucros das atividades criminais. De terceira dimensão o confisco está se convertendo em primeira dimensão de combate à delinquência organizada (AGUADO CORREA, 2013, p. 266).

O confisco pode ser definido como “as medidas *jure imperii* que instauram o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem, bem como outras formas de tutela jurídica das posições fácticas que os tivesse por objeto (v.g. a posse)” (CAEIRO, 2013, p. 456). Para a compreensão do confisco é necessária, ainda, a distinção entre vantagens do crime, aquelas já existentes quando do seu cometimento que passam para o agente após seu cometimento, recompensa pelo crime entendida como a retribuição paga ao agente pelo cometimento do ilícito e os produtos posteriores, obtidos a partir das vantagens e recompensas (CAEIRO, 2013, p. 457).

Uma marca do confisco na repressão ao tráfico e criminalidade organizada é a possibilidade do confisco ampliado, introduzido na Espanha com a reforma de 2010 por meio do artigo 127.1, do Código Penal e em Portugal pelo artigo 7º, da Lei 5/2002 (Lei de combate a criminalidade organizada e econômico-financeira). Na forma ampliada, autoriza a aplicação do confisco a todo patrimônio da pessoa condenada por participação em organização criminosa ou grupo terrorista quando o valor seja desproporcional com a renda legalmente demonstrada. Assim, diante da dificuldade probatória na persecução penal e apoiado no discurso da lesividade da atividade criminal, há uma inversão no ônus da prova. Cabe ao acusado o ônus de demonstrar a origem lícita de seu patrimônio sob pena de aplicação de confisco. Aponta CAEIRO que sua função é de política criminal para confirmar a vigência das normas penas privando os agentes das vantagens criminosas, mesmo quando na ausência de prova concreta da ligação entre bem e delito

(2013, p. 491).

Contudo, as políticas punitivas de confisco ainda carecem de efetividade, funcionando mais como ameaça punitiva numa perspectiva de prevenção geral negativa do que efetivamente produzindo resultados constatáveis empiricamente na repressão ao tráfico de drogas ilícitas. Aponta AGUADO CORREA que a falta de eficácia nas medidas de confisco não se devem a falta de regulação penal da matéria, mas, ao contrário, pode ser atribuídas ao excesso de legislação e casuísmos normativos em razão da matéria, tal qual acontece com as disposições específicas ao tráfico de drogas (2013, p. 270).

Ao se tratar de criminalidade transnacional é comum que o produto do crime não se encontre dentro da limitação jurisdicional da autoridade julgadora o que acaba por tornar inócua condenação pecuniária e o confisco. Neste panorama, a recuperação de ativos é um dos mais recentes mecanismos contra a criminalidade transnacional, especialmente ligada a corrupção e criminalidade organizada. Contudo, a efetividade da recuperação demanda instrumentos de cooperação internacional eficazes que superem seus altos custos financeiros e a ausência de vontade política de alguns países (GIMENO BEVIÁ, 2014, p. 171). A complexidade dos procedimentos necessários à implementação de políticas de cooperação internacional demandam um alto custo por parte dos países demandantes diante da incerteza da obtenção do resultado positivo, o que acaba por limitar esta via.

Outro caminho utilizado na repressão ao tráfico internacional frente a dificuldade de sua persecução é a criação de tipos penais de associação delitiva. Embora não seja novidade à grande parte dos ordenamentos penais nacionais, a utilização desta forma delitiva possibilita uma criminalização indireta do tráfico pois a autonomia do tipo delitivo permite o processamento pela associação independente da prova certa da atividade criminal principal. Assim, os tipos penais de associação desempenham papel relevante no atual quadro de repressão às atividades econômicas relacionadas ao tráfico de drogas ilegais. Este caminho repressivo é utilizado, principalmente, aos homens por detrás da atividade, aqueles que ocupam lugar de gerência e a quem se faz mais difícil a prova de participação, acabando por eximir-se da responsabilização criminal (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2001 p. 672).

A criminalização da associação delitiva possui destacada importância no combate ao tráfico de drogas pois permite a deflagração de investigação criminal e a utilização de instrumentos especiais de prova independente da presença de indícios suficientes de cometimento do tráfico. Os indícios da associação delitiva são utilizados para dar início a investigações que na realidade buscam a elucidação de outros crimes dos quais a autoridade não possui evidências, constituindo-se num instrumento funcional na repressão ao tráfico.

En un Estado de Derecho, y en el ámbito procesal penal, el inicio de actividades de investigación de la policial judicial debe estar unido a la existencia de la sospecha de un concreto hecho delictivo. No están permitidas las investigaciones que carecen de ese fundamento, como las grabaciones telefónicas o de imágenes o las redadas indiscriminadas, no motivadas por la sospecha de un delito previo sino esperando tener conocimiento de alguno por azar. Si la mera pertenencia o sostenimiento de una asociación criminal ya son constitutivos de delito, la sospecha de estos comportamientos permite el inicio de la investigación criminal, pese a que se carezca de la sospecha de la comisión de un delito concreto por el grupo criminal, como, por ejemplo, el tráfico de drogas o la extorsión. La figura de la asociación criminal cumple en la práctica para la policía la significativa función de permitir una investigación en el ámbito previo de otros delitos, investigación que de otro modo sería imposible. Permite al juez autorizar medidas indagatorias que al final pueden posibilitar el descubrimiento de delitos de los que no existía sospecha inicial.⁸ (SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 2001, p. 670).

Nesta estratégia de criminalização do tráfico internacional de drogas por vias oblíquas pode se incluir a criminalização do enriquecimento ilícito. Este tipo penal está presente na Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, artigo 20, bem como na Convenção Interamericana contra Corrupção da OEA, artigo IX, e já consta da legislação de países latino-americanos como Peru, Colômbia, Equador, Argentina e México. Especialmente voltado ao combate da corrupção, na maioria dos ordenamentos jurídicos que o adotam, o tipo penal de enriquecimento ilícito é crime próprio de funcionário público, contudo, em alguns países trata-se de crime comum, razão pela qual pode afetar qualquer pessoa que possua patrimônio incompatível com sua renda lícita, a exemplo do que optou o legislador colombiano. Por meio do enriquecimento ilícito é criminalizada a pessoa que possua patrimônio desproporcional com a renda declarada ou que não demonstre a origem do patrimônio que possui (GIMENO BEVIÁ, 2014, p. 173). O tipo penal de enriquecimento ilícito pode ser utilizado como ferramenta de combate ao tráfico para a responsabilização de agentes públicos que colaborem com atividades de tráfico mediante atos de corrupção, bem como, contra o particular envolvido na atividade criminal, desde que tipificado como crime comum.

A legitimidade dos tipos penais de enriquecimento ilícito é bastante questionada, razão pela qual não vem sendo adotada pelos países europeus (CAEIRO, 2013, p. 479). Estes tipos penais, que não necessitam da prova do crime que originou o enriquecimento não seriam formas de perigo, mas um ilícito construído com indícios de outros crimes passados, punido-se crimes realizados e

⁸Num Estado de Direito e no âmbito processual penal, o início de atividades de investigação da polícia judiciária deve-se a existência de suspeitas concretas de um feito delictivo. Não estão permitidas investigações que carecem deste fundamento, como as gravações telefônicas e de imagens ou ataques indiscriminados, não motivados pela suspeita de um delito prévio, mas esperando descobrir algum. Caso simplesmente pertencer ou apoiar uma associação criminosa já constituam um delito, a suspeita destes comportamentos permite o início da investigação criminal, mesmo que se careça da suspeita do cometimento de um delito concreto pelo grupo criminal, como, por exemplo, o tráfico de drogas ou extorsão. Para a polícia, a figura da associação criminosa, cumpre uma função prática de permitir uma investigação no âmbito prévio de outros delitos, que de outro modo seria impossível. Permite ao juiz autorizar medidas de investigação que ao final podem possibilitar o descobrimento de delitos dos quais não existiam suspeita inicial. (tradução do autor).

não esclarecidos, o que representaria uma manobra inédita na legislação penal, tornando o bem jurídico protegido absolutamente aleatório, punindo-se para proteger qualquer bem jurídico, numa verdadeira “homenagem póstuma ao bem jurídico desconhecido” (CAEIRO, 2013, p. 483).

Dentre as diversas estratégias e ferramentas traçadas nos documentos internacionais voltados a prevenção e repressão do tráfico internacional de drogas e a criminalidade organizada transnacional aquela que recebe maior ênfase por parte das Agências Internacionais e dos Estados nacionais é a criminalização da lavagem de dinheiro. Por esta razão receberá destaque no desenvolvimento do trabalho.

2.3. Políticas de combate à lavagem de capitais

O capital é marcado pela especificidade de possuir generalidade absoluta e ultra-fungibilidade. Sua mobilidade foi potencializada com o uso da tecnologia e da informática, o que não passou despercebido da criminalidade transnacional. Diante disto uma das grandes ameaças aos Estados na modernidade é a súbita migração de capitais decorrentes da lavagem, provocando um enorme esforço de cooperação internacional de combate a estas práticas (AMBOS, 2007, p. 43/44). A dimensão globalizadora da atividade de branqueio adquire um protagonismo decisivo de forma que a persecução não pode ser estabelecida por um Direito Penal que continue se organizando nacionalmente de forma isolada (MARTÍNEZ-BUJAN PERES, 2004, p. 186).

A política criminal em matéria de lavagem de capitais possui a característica de internacionalidade. Acompanhando a transnacionalidade da atividade criminal de branqueamento, seu combate se desenvolve por meio de normativas desenvolvidas em conjunto pela comunidade internacional. Afirma MARTÍNEZ-BUJAN PERES que nesta área tem que se deixar de lado tradições nacionais científicas e culturais com o fim de se obter um Direito Penal Internacional criado por organismos internacionais. Deve haver uma luta global contra um crime global (2004, p. 187). Por esta razão pode se apontar um grande esforço da comunidade internacional na criação de normas e organismos internacionais voltados a prevenção e repressão da lavagem, bem como no controle da atividade anti lavagem realizada pelos países em suas respectivas jurisdições.

No crime de lavagem de dinheiro o Direito Penal Nacional se declara e se manifesta através do Direito Internacional tendo em vista que seu combate representa um interesse transnacional (AMBOS, 2007, p. 15). Embora não exista um tipo internacional padrão de lavagem autoaplicável a qualquer ordenamento jurídico, especialmente frente o princípio da legalidade estrita, a legislação nacional sobre lavagem de dinheiro é baseada em precedentes internacionais que determinam a colaboração na codificação, de tal sorte que se pode identificar grande

semelhança entre os tipos penais nacionais (AMBOS, 2007, p. 32). A transnacionalidade da lavagem fez com que os estados adotassem uma resposta internacional sem precedentes com o reforço e ampliação da cooperação internacional e celebração de acordos específicos em matéria criminal. O combate à atividade econômica criminal se desenvolve nas linhas do confisco e nos esforços para tipificação do delito de lavagem de capitais, tanto no Direito Internacional, quanto nos ordenamentos internos (BLANCO CORDERO, 2012, p. 94).

Em 1980 o Comitê de Ministros do Conselho da Europa elaboraram a Recomendação n. (80) 10, relativa a medidas contra a transferência e encobrimento de capitais de origem criminal que não era um ato normativo penal mas de diretivas de prevenção bancárias tais como identificação de clientes e cuidados com certos profissionais utilizados para o branqueamento (assessores fiscais, administradores de bens). A criminalização da lavagem de capitais tem como marco inicial a Lei norte-americana de controle da lavagem de dinheiro de 1986, *Money Laundering Control Act*, pensada como ferramenta às autoridades daquele país no combate à lavagem. Ao final dos anos oitenta inicia-se a internacionalização da política anti lavagem por meio da referência a criminalização constante na Convenção de Viena de 1988, o que se consolidaria em 1989 com a criação do GAFI e posterior edição das 40 recomendação. Assim, primeiro surgem disposições repressivas, para depois se estabelecerem as medidas preventivas. (BLANCO CORDERO, 2012, p.98/99).

Manifestamente impulsionada pelo combate ao tráfico de drogas, a criminalização da lavagem de capitais surge em âmbito internacional como procedimento auxiliar às políticas bélico repressivas internacionais antidrogas fomentadas pelos Estados Unidos da América no âmbito da ONU. A prevenção e o combate à lavagem de dinheiro são criadas como política pública a ser seguida mundialmente por meio da Convenção de Viena de 1988, como destacada BRANDÃO:

Inicialmente, as medidas anti-reciclagem aparecem fundamentalmente associadas ao esforço internacional de combate ao tráfico de estupefacientes. A luta contra o branqueamento serviria esse combate de forma mediata, pois, por um lado, tornaria mais difícil aos traficantes poder usufruir dos proventos alcançados com a sua actividade criminosa e, por outro lado, pondo em acção a máxima “follow the money”, seria um instrumento da investigação criminal. (2002, p. 20)

O enfoque adotado pela Convenção de Viena de 1988 sobre a lavagem de capitais, com a exigência da tipificação do delito de lavagem e consideração como delito grave nos ordenamento internos, foi de grande relevância para o desenvolvimento do futuro panorama de cooperação internacional (BLANCO CORDERO, 2012, p. 111). A previsão da criminalização de atos de ocultação da origem ilícita de ativos produto de crime, mesmo que limitada ao tráfico, representou

uma mudança substancial na política criminal global. Por outro lado, a Convenção de Palermo contra o crime organizado manteve uma descrição típica do delito de lavagem muito semelhante a da Convenção de Viena, porém advertiu os Estados a ampliarem o rol dos delitos antecedentes de forma mais ampla possível, bem como adotou uma série de medidas preventivas ao branqueio (BLANCO CORDERO, 2012, p. 115). Neste panorama, os tipos penais de lavagem tem por base legislativa a Convenção de Viena de 1988, a qual foi seguida pela Convenção de Palermo e pelas Diretivas Europeias de 1991, 2001 e 2005. Destaca AMBOS que, com base nestes instrumentos, pode-se distinguir três tipos penais básicos de lavagem, a conversão ou transferência dos objetos patrimoniais produzidos ilegalmente com uma determinada finalidade (tipo penal de intenção), a ocultação da verdadeira natureza (tipo penal de ocultação), e a aquisição, posse ou uso dos objetos patrimoniais de origem ilícita (tipo penal de aquisição ou posse) (2007, p. 16/17).

A pressão americana sobre a criação de políticas públicas de prevenção à lavagem de dinheiro ganhou força após o atentado contra as Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001, momento no qual se integrou definitivamente ao discurso de Guerra às Drogas a Guerra ao Terrorismo. No cenário jurídico europeu o combate à lavagem de dinheiro foi regulamentado pelo Parlamento Comunitário, está vigente a diretiva 2005/60/CE de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para o branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo.

Diante do quadro normativo internacional criado com as Convenções da ONU e sua internalização geral pelos países, pode-se afirmar que há um regime internacional em matéria de lavagem de capitais, caracterizado por regular e controlar especificamente a matéria mediante o estabelecimento de procedimentos, normas e instituições internacionais (BLANCO CORDERO, 2012, p. 96). Este regime internacional tem que ser flexível, estável e dinâmico, para ser capaz de adotar medidas que acompanhem a velocidade do mercado financeiro e da atividade criminal (BLANCO CORDERO, 2012, p. 97). Também por esta razão os mecanismos internacionais em relação a lavagem se dividem em instrumentos de *hard law*, internacionalmente vinculantes, como os Tratados realizados no âmbito da ONU, e de *soft law*, conjunto de documentos elaborados por organismos internacionais que carecem de eficácia normativa vinculante. Estas regras de *soft law* contribuem para o desenvolvimento de disposições que podem se converter em *hard law*, tal como ocorreu com as recomendações do GAFI (BLANCO CORDERO, 2012, p.178).

As políticas de prevenção e combate aos procedimentos de lavagem se desenvolveram como instrumentos auxiliares na repressão de outros crimes, ou seja, a princípio, não possuíam um fim em si mesmas, mas eram formas de se alcançar repressão a manifestações de criminalidade consideradas mundialmente danosas, assertiva demonstrada com a exposição de sua origem como

de instrumento assessorio na Guerra às Drogas. A criminalização da lavagem de dinheiro é uma nova técnica de prevenção e repressão às atividades criminosas fundada na ideia de que a simples ameaça de imposição de uma pena privativa de liberdade não se mostra suficiente para a inibição de crimes com alta lucratividade econômica, nesta realidade é necessária a privação dos ganhos obtidos com a atividade criminosa, sendo a criminalização da lavagem uma forma eficiente de se alcançar estes fins (MORO, 2010, p. 16). A política criminal em matéria de lavagem de dinheiro é focada no aspecto financeiro para isolar o agente economicamente, desde a fase investigativa, para que não usufrua dos ganhos ilícitos (RIOS, 2010, p. 45).

Outro aspecto instrumental da criminalização da lavagem de capital é que as investigações financeiras desenvolvidas no âmbito do combate a lavagem visam, além de desprover as organizações criminosas de seu “capital social” e prevenir o planejamento e cometimento de crimes futuros, descobrir suas estruturas organizativas internas a fim de identificar outros possíveis partícipes, especialmente aqueles que ocupam os níveis hierárquicos superiores (MANSO PORTO, 2011, p. 307). Assim, além da preocupação com os potenciais danos causados à economia pela movimentação de capital de origem ilícita pelos sistemas financeiros nacionais, o que abala um pilar da ordem econômica representado pela livre iniciativa frente aos desequilíbrios gerados ao mercado, a política criminal em matéria de lavagem de capitais tem objetivo instrumental de desarticular atividades econômicas criminais organizadas por meio da privação do lucro obtido com a prática criminal e por meio do rastreamento do dinheiro como forma de produção de prova no procedimento de investigação.

Atualmente se reconhece uma maior eficácia aos sistemas de controle à lavagem formado por grupos especiais de investigação, baseado na ideia de seguir os rastros do dinheiro, do que nas tradicionais sanções jurídico-penais. Houve uma superação do modelo clássico de investigação criminal de um delito para um modelo de averiguação dos movimentos do capital (ALBRECHT, 2001, p. 73). Estas normativas internacionais em matéria de lavagem alcançaram uma aceitação única. A internacionalização do sistema de luta contra o branqueio desempenhou um papel fundamental na elaboração das regras internas. Pode-se afirmar que existe uma harmonização em matéria penal de lavagem de dinheiro maior, inclusive, do que em relação a drogas o que pode ser considerado como um fator de facilitação na cooperação internacional (BLANCO CORDERO, 2012, p 178).

A estratégia internacional de combate à lavagem de capitais se divide claramente em duas linhas, a atuação repressiva com a criminalização e persecução criminal ao delito de lavagem e a linha preventiva por meio de criação de uma série de medidas de controle das atividades privadas com risco de serem utilizadas para a lavagem.

Um dos motivos pelos quais a disciplina legal anti reciclagem de dinheiro desperta tanto interesse acadêmico deve-se ao fato de que as políticas internacionais em matéria de lavagem de capitais não se limitam a persecução criminal do agente responsável pelo crime, vão muito além. O combate internacional à lavagem é desenvolvido por meio de institutos como inteligência financeira, cooperação internacional, confisco e colaboração de entidades privadas. O que se busca com esta política anti reciclagem é mais que a simples imposição de penas aos agentes criminosos, busca-se a desarticulação da criminalidade transnacional organizada e das redes terroristas, exigindo assim a criação de novas tecnologias persecutórias e preventivas. RIOS destaca que uma política de combate à lavagem exclusivamente repressiva está fadada ao insucesso, pelo que se impõe uma ampla solidariedade social no âmbito preventivo, especialmente por parte daqueles que possuem maior risco de contato com o procedimento de lavagem (2010, p. 53).

Duas das principais características dos programas de combate à lavagem de capitais são a criação de Unidades de Inteligência e a implementação de políticas de colaboração de particulares com a prevenção e persecução dos delitos de branqueamento. No âmbito internacional, as políticas governamentais em matéria de prevenção e combate à lavagem de capitais são desenvolvidas pelo GAFI – Grupo de Ação Financeira Internacional.

a) O GAFI e seus Organismos Regionais

As Unidades de Inteligência Financeiras são órgãos destinados exclusivamente a regulamentação e execução das políticas públicas anti lavagem. No âmbito internacional este papel é exercido pelo GAFI⁹ – Grupo de Ação Financeira Internacional, criado pelo G-7 no ano de 1989. O GAFI foi fundado com o objetivo de promover, desenvolver e coordenar políticas orientadas a lutar contra a lavagem de capitais tanto em plano nacional como internacional e se caracterizou como a entidade supranacional mais relevante nesta área com uma capacidade de influência que resultou na reformulação da legislação interna de diversos países (FABIÁN CAPARROS, 2003, p. 181).

Originalmente criado por 16 países, o GAFI conta atualmente com a adesão de 36 países, chamados países membros, inclusive do Brasil que aderiu como membro em junho do ano de 2000. Independente de qualquer organização internacional, é um organismo especializado constituído na 15ª reunião econômica anual do G7 e Presidente da Comissão da Comunidade Europeia em 1989. Tem o objetivo de traçar medidas preventivas à lavagem, analisar as medidas de cooperação e de implementação destas medidas nos sistemas legais (ABEL SOUTO, 2002, p.

⁹Tradução da sigla inglesa FATF – *Financial Action Task Force*.

117/118). Assim, o GAFI é responsável por ditar as normas internacionais de cuidado, prevenção e combate à lavagem de capitais.

A grande marca da atuação do GAFI foi a formulação de regras a serem seguidas pelos países no esforço de prevenção e combate à lavagem em escala global, conhecidas como as 40 recomendações do GAFI, foram editadas no ano de 1990. As recomendações do GAFI funcionam como uma espécie de “Direito Global” marcado pela existência de *soft law* que embora não possuam força coativa ou vigência nos ordenamentos nacionais e não legitimem a repressão penal servem como guia para a elaboração de normas internas influenciando estas legislações (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 130/131).

É atribuição do GAFI promover avaliações periódicas de conformidade das legislações nacionais com suas disposições publicando relatórios destas análises. Nesta forma de combate à lavagem de capitais moldada pelo GAFI as agências de inteligência financeira atuam em duas frentes, uma preventiva de regulamentação das legislações anti lavagem e uma repressiva na análise de informações prestadas pelas pessoas obrigadas. As Unidades Financeiras atuam com uma espécie de filtro na captação análise e transferência de dados relativos a transações suspeitas, destacando a relevância e grau de preocupação com estas atividades, que em razão do seu caráter transnacional exigem uma estreita inter-relação entre estas entidades de inteligência financeira e os órgãos de aplicação das leis, estas unidades podem ter caráter administrativo, policial ou judicial (MILLAN, 2006, p. 70).

Anualmente o GAFI publica informes destacando as novas formas de tipologia do delito de lavagem, o que proporciona dinâmica a sua atuação na identificação prática do problema e na proposta de medidas suficientes a fazer frente ao mesmo. Desde o ano de 2000, o GAFI também elabora uma lista de países não colaborativos em matéria de lavagem na qual se incluem as jurisdições que não se adaptam a suas 40 recomendações. Esta lista não possui efeitos jurídicos coativo, contudo funciona como um instrumento de pressão política que pode se refletir em medidas de caráter financeiro internacional (FABÍAN CAPARROS, 2003, p. 182). Houve um mecanismo de incentivos desenvolvido para dar eficiência a adoção das regras internacionais em matéria de lavagem pelos países como sanções premiais por meio da elaboração de rankings e listas de países com bom nível de controle e mecanismos de evitação da lavagem. Quanto melhor colocado nestes rankings melhor a condição do país para a realização de atividades econômicas lícitas, indicando transparência nas relações de mercado e solidez institucional (BADARÓ e BOTTINI, 2010, p. 31/32).

Devido a sua composição ser desproporcional em relação a geografia global, o GAFI conta com oito Organismos de Ação Regionais – FSRBs – FATF-Style Regional Bodies - que atuam

regionalmente na Ásia, Eurásia, África Oriental e Sul, América do Sul, África Ocidental, Norte da África e Europa. A estes Organismos Regionais se encontram vinculados 180 países como membros e observadores. O Brasil integra o GAFISUD.

O GAFISUD é uma organização intergovernamental de base regional formada por 12 países da América do Sul, América Central e América do Norte, para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo. Criado em 08 de dezembro de 2000 em Cartagena das Índias – Colômbia, pelo Memorando de Entendimento Constitutivo possui personalidade jurídica e status diplomático na Argentina, país onde está sediado. Assim como o GAFI realiza em âmbito global, o GAFISUD realiza avaliações mútuas e edita relatórios sobre a vulnerabilidade dos países de sua região em relação à lavagem de dinheiro, para tanto analisa seus sistemas jurídicos, de justiça e financeiro classificando-os em relação aos níveis de risco e cooperação.

b) As 40 recomendações do GAFI

Após a sua criação no ano de 1989, o Grupo de Ação Financeira Internacional se consolidou no âmbito político internacional como referência no combate à lavagem de dinheiro em decorrência da edição de uma série de disposições que serviriam como base a ser seguida pela comunidade internacional na prevenção e repressão a esta atividade ilícita. Este ato ficou conhecido como as 40 recomendações do GAFI e até hoje, mesmo passando por reformas, formam um guia supranacional no combate à lavagem.

Aunque no tengan eficacia jurídica directa, las Cuarenta Recomendaciones – aprobadas en abril de 1990, revisadas seis años más tarde en atención a los cambios producidos desde que se redactaron-, revelan una orientación bastante semejante a la demostrada pocos meses después por el Convenio de Estrasburgo. Preparadas en primera instancia con la finalidad de elaborar nuevas medidas destinadas a luchar contra la trama económica del tráfico de drogas a la luz de la Convención de Viena de 1988, constituyen un completo cuadro general de contramedidas contra el blanqueo de activos *per se*, implicando en el proyecto a los sistemas penales nacionales, al sistema financiero y a la cooperación internacional.¹⁰ (FABIÁN CAPARROS, 2003, p. 181).

As 40 recomendações não possuem caráter vinculante como os Tratados Internacionais e não se fundam na ameaça de sanção, contudo alcançaram um grande êxito de cumprimento internacional. A aceitação destas regras se deu mediante um sistema de sinalização pública dos

10 Mesmo não tendo eficácia jurídica direta as Quarenta Recomendações – aprovadas em abril de 1990, revisadas seis anos mais tarde em atenção às mudanças produzidas desde sua redação- revelam uma orientação bastante semelhante a demonstrada poucos meses depois pelo Convênio de Estrasburgo. Inicialmente preparadas com a finalidade de elaborar novas medidas destinadas a lutar contra a trama econômica do tráfico de drogas à luz da Convenção de Viena de 1988, constituem um completo quadro geral de contramedidas contra o branqueamento de ativos, implicando em um projeto aos sistemas penais nacionais, ao sistema financeiro e a cooperação internacional. (tradução do autor)

países que não as cumprem, de forma que o cumprimento se funda num sistema de reputação dos países diante da comunidade internacional (BLANCO CORDERO, 2012, p. 173). O fato do GAFI ser composto por poucos países somado a ausência de coercitividade de suas recomendações não impediram que as mesmas se transformassem em referência quase obrigatória na matéria contra lavagem, especialmente pela força política que os países centrais lhes conferiram. A força normativa das recomendações é bastante reforçada pelos relatórios de avaliação formulados pelo GAFI e seus organismos regionais.

Originalmente as recomendações eram divididas em 4 partes, marco geral (1 a 3); ordenamentos jurídicos nacionais (4 a 8); sistema financeiro (9 a 29) e cooperação internacional (30 a 40). Face a dinâmica da atividade criminal da lavagem decorrente da necessidade de desenvolvimento de novos métodos capazes de burlar o trabalho preventivo e repressivo, as 40 recomendações formuladas no ano de 1990 foram revisadas em 1996, 2001, quando se incorporou as recomendações contra o financiamento ao terrorismo, 2003 e 2012. Na sua última reformulação as recomendações, que haviam sido ampliadas nas reformas de 2001 e 2003, voltaram ao número original de 40, contudo apresentaram maior número de objetivos.

As Recomendações do GAFI estabelecem um sistema abrangente e consistente de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, bem como do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. Os países possuem sistemas legais, administrativos e operacionais diversos e diferentes sistemas financeiros e, dessa forma, não podem todos tomar medidas idênticas para combater as ameaças. As Recomendações do GAFI, portanto, estabelecem um padrão internacional que os países devem adotar por meio de medidas adaptadas às suas circunstâncias particulares. (FATF-GAFI, 2012, p. 6)

Atualmente as recomendações do GAFI estão divididas em 7 grupos: A- políticas de coordenação (recomendações 1 e 2); B- lavagem de dinheiro e confisco (3 e 4); C- financiamento do terrorismo e financiamento da proliferação (5 à 8); D- medidas preventivas (9 à 23); E- transparência e propriedade efetiva das pessoas jurídicas (24 e 25); F- poderes e responsabilidades das autoridades competentes e outras medidas institucionais (26 à 35); G- cooperação internacional (36 à 40) (FATF-GAFI, 2010, p. 4/5).

Pode-se resumir que os objetivos das 40 recomendações são que os países identifiquem seus riscos internos para que possam desenvolver políticas eficazes e coordenação doméstica, aplicar medidas preventivas para o setor financeiro e outros setores designados, estabelecer poderes e responsabilidades para as autoridades competentes e outras medidas institucionais como a criação de organismos fiscalizadores da aplicação das recomendações em seus mercados internos, aumentar a transparência e disponibilidade das informações sobre propriedade de pessoas jurídicas a fim de

evitar seu uso para a prática de lavagem e facilitar a cooperação internacional orientando os países a aderir aos Tratados internacionais da matéria de lavagem e terrorismo instrumentalizando suas disposições em seus âmbitos internos, bem como prestando ampla assistência mútua.

Da análise das recomendações é possível destacar uma grande preocupação com as medidas de prevenção à lavagem, tendo se optado por estabelecer um maior número de ações preventivas do que repressivas. RIOS destaca que dentre as três fases da lavagem de dinheiro elencadas pelo GAFI a colocação, primeira etapa do procedimento ilícito representada pela introdução do produto do crime no sistema financeiro, é o momento de maior vulnerabilidade dos agentes do mercado, por esta razão as medidas preventivas contra o branqueamento impostas aos operadores do sistema financeiro se concentram nesta fase (2010, p. 48/49). Não é por outra razão que das 40 recomendações 14 são voltadas à prevenção por meio do controle da atividade de pessoas ligadas ao mercado financeiro e demais atividades apontadas com risco de utilização nos procedimentos de branqueamento. Nesta atividade preventiva tem destaque as políticas de colaboração que serão analisadas adiante.

Outra fonte importante em matéria internacional de combate à lavagem de dinheiro são as diretivas da Comunidade Europeia.

c) As Diretivas europeias

Os países europeus demonstram uma grande preocupação com a lavagem de dinheiro e a utilização do sistema financeiro comunitário para fins ilícitos. Esta motivação somada a pressão norte-americana, as Convenções da ONU e as recomendações do GAFI levaram o Conselho da Comunidade Europeia a edição de atos normativos de repressão e prevenção a lavagem de dinheiro. Estes atos normativos não criam tipos penais e tão pouco impõe penas pois embora o Tratado da UE não dê competência penal ao Conselho, tratam-se de marcos jurídicos comuns com força legislativa nos países membros (MARTÍNEZ-BUJAN PERES, 2004, p. 201). Assim como ocorre em relação aos Tratados, cabe aos países membros adequarem suas legislações internas aos atos do Conselho.

Os atos do Conselho da Europa criaram no espaço europeu um sistema que se baseia na exigência do setor financeiro observar todo comportamento não usual ou suspeito. Há uma união entre medidas repressivas e preventivas com a formação de políticas que intensificam o caráter preventivo no combate à lavagem por meio de normas penais e administrativas voltadas aos agentes do sistema financeiro (BLANCO CORDERO, 2001, p. 20). Este sistema foi desenvolvido por meio da edição de 3 Diretivas do Conselho da Europa, as Diretivas 91/308/CE, 2001/97/CE e 2005/60/CE, considerados como documentos dos mais relevantes internacionalmente em matéria de

combate à lavagem de dinheiro (RIOS, 2009, p. 263).

Fruto da pressão norte-americana, em 10 de junho de 1991, o Conselho da Comunidade Europeia aprovou a Diretiva 91/308/CE sobre prevenção da utilização do sistema financeiro para o branqueio de capitais. Trabalhando com um conceito de lavagem muito próximo ao da Convenção de Viena de 1988 e com preocupações eminentemente repressivas, a Diretiva de 1991 propõe uma luta contra a lavagem de capitais a ser travada por meio de medidas penais voltadas a cooperação internacional das autoridades judiciárias e policiais. De outro lado, já se demonstrava uma preocupação preventiva com a imposição de um sistema preventivo baseado na criação de obrigações de colaboração às pessoas que desenvolvem suas atividades no âmbito financeiro (BLANCO CORDERO, 2012, p. 127).

As obrigações aos agentes financeiros se baseiam em três princípios: conheça o seu cliente, o que exige que as instituições conheçam a verdadeira identidade de seus clientes e verifiquem sua boa-fé; colaboração com as autoridades, especialmente pela obrigação de comunicar atividades suspeitas às autoridades anti lavagem; estabelecer procedimentos internos de controle e formação de pessoal, na prevenção à lavagem é necessário o investimento em tecnologia, equipamentos e formação de profissionais capazes de identificar operações suspeitas (BLANCO CORDERO, 2012, p. 128).

Em 2001 a legislação europeia foi revisada por meio da edição da Diretiva 2001/97/CE que realizou-se uma reforma a primeira diretiva. As finalidades desta reforma foram a ampliação dos crimes antecedentes da lavagem para além dos delitos de tráfico de drogas, bem como estender as obrigações de colaboração para profissionais que atuam fora do sistema financeiro, como advogados e consultores fiscais, visando acompanhar a evolução na atividade de lavagem (BLANCO CORDERO, 2012, p. 133).

Com a justificativa de adequar as disposições comunitárias no combate à lavagem com as recomendações do GAFI, especialmente após a revisão promovida nas 40 recomendações em 2001, em 26 de outubro de 2005, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram a Diretiva 2005/60/CE relativa a prevenção da utilização do sistema financeiro para o branqueio de capitais e para o financiamento ao terrorismo, revogando as diretivas anteriores. Esta diretiva é voltada aos aspectos preventivos e tem como principal característica a ampliação das regras de identificação de clientes e colaboração com as autoridades.

Outra mudança referencial da nova Diretiva foi a determinação da criação de Unidades de Inteligência Financeira pelos países comunitários (art. 21). Estas unidades deverão ter acesso as mais amplas informações financeiras, administrativas e policiais, bem como serem as responsáveis por receber e processar as comunicações de informações suspeitas (BLANCO CORDERO, 2012, p.

135).

Assim como as Recomendações do GAFI, as Diretivas europeias tiveram grande influência nas legislações internas em matéria de luta contra lavagem, inclusive de países fora da comunidade europeia. Este fato pode ser percebido, especialmente, no que se refere as obrigações de colaboração impostas aos particulares no trabalho de prevenção a atividade de branqueamento de capitais.

d) As políticas de colaboração

A análise das orientações internacionais em matéria de prevenção à lavagem de capitais demonstra que a estratégia preventiva gira em torno de dois fatores, a criação de Unidades de Inteligência Financeira e a imposição de colaboração de particulares. O trabalho de análise de operações de risco realizado pelas Unidades de Inteligência depende diretamente da colaboração de pessoas e entidades do setor privado, a estas cabe conhecer seus clientes, realizar avaliações preliminares sobre os riscos das atividades desenvolvidas com os mesmos e reportar aos órgãos competentes aquelas com indícios de irregularidade.

Uma das principais formas de combate à lavagem de capitais incentivada pelo GAFI é a imposição de obrigações de colaboração a entidades do setor privado, denominados na doutrina como sujeitos obrigados (BLANCO CORDERO, 2012, p. 100). Seguindo as orientações do GAFI e das Diretivas europeias, as legislações internas estabelecem um rol de pessoas cuja atividade profissional possa se relacionar a procedimentos de lavagem de dinheiro. Estas pessoas obrigadas possuem o dever de comunicar os negócios suspeitos realizados por seus clientes.

Inicialmente estas obrigações eram voltadas aos Bancos e aos demais integrantes do sistema financeiro. Diante da grande dificuldade na luta contra o delito de lavagem decorrente do seu polimorfismo e da vulnerabilidade preventiva na fase de introdução do produto do crime no sistema financeiro pode-se compreender que a medida inicial de prevenção a este delito seja a imposição de um dever especial de vigilância ao sistema bancário em sua função de garantidor do sistema financeiro (RIOS, 2009, p. 266).

Contudo, a rápida velocidade de adaptação dos agentes branqueadores às políticas preventivas e repressivas conduziu a uma ampliação do rol de sujeitos obrigados.

(...) este mecanismo de prevenção não foi suficiente para controlar operações financeiras criadas para burlar as diligências e fiscalizações do sistema bancário. Em pouco tempo, o agente do delito começou a planejar meios mais sofisticados de acesso ao circuito financeiro legal visando colocar e lavar os recursos de origem delitiva. Por isso, utilizaram a prestação de assessoria jurídica especializada em engenharia financeira como instrumento

de superação dos controles de identificação. (RIOS, 2009, p. 270).

Atualmente, devido a dinâmica da atividade de lavagem, os deveres de colaboração foram além do sistema financeiro e passaram a incluir pessoas que desenvolvem diversas atividades fora do setor de finanças como o caso do mercado de obras de arte e joias, por exemplo. Destacam-se ainda na indicação de sujeitos obrigados atividades como advocacia consultiva, tabelionatos, administradoras imobiliárias e contabilidade.

Dentre as recomendações do GAFI publicadas no ano de 2012 pode ser destacado um grupo inerente as obrigações de colaboração de entidades particulares com o Poder Público na prevenção e repressão à lavagem de capitais. No Grupo “D” estão as recomendações classificadas como preventivas, dentre elas estão algumas como devida diligência acerca do cliente (recomendação n. 10), manutenção de registros (recomendação n. 11), comunicação de operações suspeitas (recomendação n. 20) e revelação e confidencialidade (recomendação n. 21) (FATF-GAFI, 2012, p. 3).

Segundo a recomendação n. 10, as instituições financeiras deveriam ser proibidas de manter contas anônimas ou com nomes fictícios e deveriam ser obrigadas a tomar medidas de diligência com seus clientes quando estes realizarem transações acima de quinze mil dólares, ou euros, e quando houver suspeita de lavagem de dinheiro, cabendo aos países a criação de leis que formalizem estas obrigações (FATF-GAFI, 2012, p. 15). Nesta linha, a recomendação n. 20 significa que “Se uma instituição financeira suspeitar ou tiver motivos razoáveis para suspeitar que os fundos sejam produtos de atividade criminosa ou estejam relacionados ao financiamento do terrorismo, ela deveria estar obrigada, por lei, a comunicar prontamente suas suspeitas à unidade de inteligência financeira.” (FATF-GAFI, 2012, p. 24).

Este dever de colaboração recomendado pelo GAFI adquire contornos de maior relevância por meio da recomendação n. 21, a qual estabelece que as pessoas obrigadas a colaborar deveriam estar protegidos por lei de responsabilização civil e criminal por quebra de qualquer sigilo previsto em lei ou contrato quando realizarem comunicação de boa-fé as Unidades de Inteligência e que deveriam ser proibidas por lei de revelar a seus clientes as comunicações realizadas (FATF-GAFI, 2012, p. 25).

Estas recomendações do GAFI referentes aos deveres de colaboração foram seguidas por diversos países, inclusive pela União Europeia que as formalizou em suas Diretivas. As normas europeias são marcadas pelo reforço às obrigações de colaboração, tendo ampliado o rol de pessoas obrigadas, incluindo pessoas físicas, dividindo os deveres de vigilância em simplificados e reforçados, bem como impondo a obrigação de suspeitar. Segundo o artigo 20 da Diretiva, os

Estados-Membros devem exigir que as pessoas obrigadas prestem atenção a qualquer atividade que considerem estar ligada a lavagem ou financiamento do terrorismo, especialmente as transações complexas, em montante elevado, pouco habituais e sem objetivo lícito aparente.

A marca destes deveres de informação e colaboração é a delegação de poder de polícia para particulares, obrigando-os a suspeitar e delatar as pessoas de seu relacionamento sob o manto do combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

(...) se puede afirmar que esta Directiva ha optado por imponer amplios deberes a las entidades de crédito e instituciones financieras, a los abogados, a los notarios y a un sinnfín de ciudadanos que participan del tráfico mercantil. De manera similar a lo que sucede en las anteriores Directivas, y por supuesto, en las demás iniciativas extracomunitarias, se terminan asignando funciones de investigación análogas a las policiales a este amplio conjunto de destinatarios. Esto hace que sea importante insistir en la improcedencia de imponer a los ciudadanos una obligación de sospechar en las relaciones que se establecen en el mercado¹¹. (ARIAS HOLGUÍN, 2011, p. 88)

Estas obrigações foram positivadas pelo direito interno dos países europeus como ocorre na Alemanha onde a Lei requer expressamente a comprovação de que os empregados sejam confiáveis, que sejam informados regularmente dos métodos de lavagem de dinheiro e que se atribua a uma pessoa na direção a responsabilidade de se coordenar com as autoridades de prevenção penal (SIEBER., 2013, p. 72/73). O mesmo ocorre no ordenamento legal italiano onde a matéria anti reciclagem é caracterizada pelo objetivo principal de obrigar uma série de pessoas de categorias determinadas ao dever de colaboração ativa (CASTALDO, 2006, p. 02).

Contudo, deve-se atentar para os reflexos destas políticas de combate à lavagem na realidade das atividades do mercado e ao papel desempenhado pelas pessoas obrigadas nesta dupla relação com clientes e Estado. Se de um lado a colaboração com a prevenção à lavagem de dinheiro pode trazer benefícios sociais com a diminuição das atividades ilícitas a ela relacionadas, de outro se cria uma relação de violação das obrigações negociais com seus clientes, colocando-as em uma delicada situação.

A imposição dessas obrigações tem grande impacto sobre o funcionamento dos setores obrigados, especialmente daqueles que fazem do sigilo e da confiança seus principais estruturantes. O cumprimento das regras de registro e comunicação transforma as instituições em delatores institucionalmente obrigados em relação a eventual atividades ilícitas praticadas por seus clientes, forçando a reformulação de políticas de relacionamento, para alcançar um equilíbrio entre o dever de colaboração com as autoridades públicas e a manutenção da relação de confiança com o cliente. (BADARÓ e BOTTINI, 2012, p.

11 (...) pode-se afirmar que esta Diretiva optou por impor amplos deveres as entidades de crédito e instituições financeiras, a advogados, notários, e a uma série de pessoas que participam das transações mercantis. De maneira similar as diretivas anteriores e as demais iniciativas extracomunitárias acabam por delegar funções de investigação análogas as de polícia a este amplo conjunto de destinatários. Isto faz com que se insista na improcedência de impor aos cidadãos os deveres de suspeitar nas relações que realizam no mercado. (tradução do autor).

O Brasil não permaneceu alheio às políticas preventivas criadas pelo GAFI contra a lavagem de ativos, internalizando em sua legislação tanto a criação de Unidades de Inteligência quanto os deveres de colaboração, assim como realizou com outras estratégias de repressão à criminalidade organizada expostas neste capítulo.

3. O ambiente institucional brasileiro diante das políticas criminais internacionais de combate as atividades de organizações criminais

A expressão *rule of law* representa um princípio desenvolvido no direito anglo-saxão que pode ser entendido tanto em sentido amplo como sentido estrito. Neste a expressão significaria um conjunto de regras que viabilize a vida em sociedade, atribuindo a cada indivíduo seu papel e seus limites na vivência social. No sentido amplo, o *rule of law* pode ser interpretado como Estado de Direito na acepção que o termo recebe no direito de *civil law*, ligada a ideia de limitação de poderes.

O *rule of law* é um conceito formal que se vincula em como fazer e não em porque fazer. Em sua estrutura pode-se observar três elementos, a negação ao exercício arbitrário do poder do Estado, a aplicação da Lei a todos, inclusive aos soberanos e aos Poderes do Estado e o oferecimento de proteção sem discriminação, razão pela qual a Lei deve ser acessível e compreensível a todos. Estes elementos são definidos como governo das Leis, supremacia das Leis e igualdade perante as Leis (CHESTERMAN, 2008, p. 15).

A partir da década de 1960 os países centrais, especialmente os Estados Unidos, iniciaram um movimento de implementação do princípio do *rule of law* nos países em desenvolvimento. Por meio da Agência Internacional Norte-Americana de Desenvolvimento, da Fundação Ford e de outros doadores privados americanos se iniciou um programa denominado “law and development” (Direito e desenvolvimento). O objetivo deste programa era promover a reforma de Leis e do sistema judicial de países na África, Ásia e América latina com a exportação do modelo judicial norte-americano. Este programa não alcançou os resultados esperados, o que pode ser atribuído a incompatibilidade entre o modelo de justiça norte-americano e o dos países receptores. (CHESTERMAN, 2008, p. 20).

Existem três justificativa para a promoção internacional do *rule of law*. Esta exportação do modelo do Estado de Direito dos países desenvolvidos aos outros países se dá por razões de direitos humanos, razões econômicas e de resolução de conflitos. No campo econômico, Estados doadores e instituições internacionais de desenvolvimento promovem o *rule of law* como forma essencial de promoção do crescimento (CHESTERMAN, 2008, p. 16).

Ligada as ideias da Nova Economia Institucional, a relação entre *rule of law* e desenvolvimento surge com a premissa de que só se pode atingir o crescimento econômico quando se tem instituições fortes, tais como contratos, marcas, garantias e seus mecanismos de execução. Para que estes institutos tenham eficácia é necessário um ambiente institucional que os garanta e um

Estado dotado das ferramentas adequadas. (RINGER, 2007, p. 149). As formas de se garantir as instituições e as ferramentas ao Estado é por meio da criação de Leis adequadas as necessidades do mercado e de se construir instituições públicas adequadas a aplicá-las. “*On a NIE view, the function of the rule of law is to craft optimal institutions for the clarification and enforcement of property rights.*” (RINGER, 2007, p 151).

A partir da década de 90 pode se perceber uma crescente produção intelectual e intervenção dos governos nacionais e agências multilaterais no ambiente institucional dos países considerados subdesenvolvidos fruto do processo de destaque da influência do entorno institucional para as relações privadas. Agências como o Banco Mundial fomentaram a criação de um ambiente institucional propício em nível internacional, um conjunto definido de concepções econômicas e interpretações jurídicas voltados a modernização das nações (SCHAPIRO, 2010, p. 216).

Diante do fracasso do primeiro modelo de *rule of law* internacional, a partir da década de 1990 agências internacionais como o Banco Mundial passaram a incentivar um programa de desenvolvimento baseado na mudança institucional. O *rule of law* foi associado a ideia de boa governança amparada em transparência, participação e responsabilidade governamental, além de uma ajuste estrutural os projetos de desenvolvimento financiados por doadores internacionais passaram a envolver políticas governamentais (CHESTERMAN, 2008, p. 21).

Dentro desta perspectiva o Direito assume um papel de garantir a segurança jurídica entendida como garantia de estabilidade nas relações de mercado, razão pela qual foi utilizado para a construção de espaços seguros para as transações dos agentes econômicos (SCHAPIRO, 2010, p. 219). Estas políticas consistiram na exportação de modelos jurídicos de países centrais aos países periféricos que muitas vezes desconsiderou as peculiaridades de cada país e região de forma que muitos destes modelos não surtiram os efeitos esperados, o que pode se observar dos problemas sociais e econômicos vividos pelos países importadores ainda nos dias atuais.

Instituições públicas como a Agência Internacional Norte-Americana para o Desenvolvimento e as Nações Unidas, assim como doadores privados como a Fundação Ford, Fundação Soros e a *American Bar Association* gastam substanciais quantias com programas de desenvolvimento e iniciativa de reforma baseados no *rule of law*. De outro lado, agências como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial embora não as financiem diretamente são grandes encorajadores destas iniciativas fornecendo assistência nas reformas e advogando por melhores práticas (RINGER, 2007, p. 104).

Neste quadro de alterações institucionais, países como Brasil e Argentina promoveram alterações para potencializar uma economia de mercado com a implementação de políticas para

diminuição do *deficit* fiscal, de menor intervenção do Estado sobre o domínio econômico, entendida como um fator de limitação a investimentos privados, e melhoria do ambiente comercial por meio de dispositivos de proteção a investidores e alterações no funcionamento judicial (SCHAPIRO, 2010, p. 222). Não é por outro motivo que se pode observar uma série de relevantes alterações legislativas no Brasil a partir da década de 90.

Algumas alterações legislativas que se podem tomar como exemplos desta reforma institucional no Brasil são a Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95), Lei de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), o novo Código Civil (Lei n. 10.406/02) e a nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005), dentre outras. Este grande número de mudanças legais representou uma tentativa de melhoria do ambiente de mercado no Brasil na busca de atração de investimentos e desenvolvimento econômico por meio de um novo panorama jurídico. As alterações legislativas presenciadas no ordenamento jurídico brasileiro não são fruto apenas da vontade política interna, mas representam a internalização de um movimento de reforma do ambiente institucional promovido em nível internacional com o intuito de formar um mercado seguro para o capital, e, por consequência, fomentar o crescimento econômico e desenvolvimento nacional.

Muitas destas reformas passaram pela legislação penal, especialmente aquela atrelada ao que se denomina de direito penal econômico. A partir dos anos 90 pode se destacar a edição de leis como a de Crimes contra Ordem Tributária (Lei n. 8.137/90), de Repressão ao Crime Organizado (Lei 9.034/95), Crimes contra a Propriedade Intelectual (Lei n. 9.279/96), Crime de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98) e Crimes contra o Mercado de Capitais (Lei n. 10.303/2001). A utilização do símbolo de eficácia do mercado como força propulsora da felicidade gera duas consequências, formalizar algumas regras para se dar a impressão que se vive em um mundo seguro e incrementar aquelas condições que garantam o livre curso do mercado (TAVARES, 2005, p. 313).

Nesta linha pode-se afirmar que a política brasileira de repressão à criminalidade organizada não é fruto de vontade legislativa isolada. A Lei brasileira das organizações criminosas é resultado do Projeto de Lei do Senado n. 150/06, ou seja, foi discutida durante 7 (sete) anos no Congresso Nacional e passou por um substitutivo na Câmara dos Deputados até sua aprovação e sanção no ano de 2013. Esta Lei foi elaborada com forte influência de Convenções internacionais, especialmente a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes (Convenção de Viena de 1988), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo de 2000) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003). No âmbito interno a Lei sobre Organizações Criminosas, Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, foi editada logo após a Lei 12.683/12 que promoveu relevante reforma na Lei de Lavagem de Dinheiro

e um dia após a Lei 12.846/13, chamada Lei Anticorrupção.

Esta realidade de alterações legislativas na qual se enquadra a Lei das Organizações Criminosas demonstra que sua finalidade se insere dentro do programa de alterações institucionais, o *rule of law*, iniciado por agências internacionais como o Banco Mundial na década de 90, razão pela qual não pode ser interpretada como sendo um ato legislativo isolado sem uma finalidade específica, qual seja, o combate à criminalidade com relevância econômica e política, capaz de gerar abalos à estrutura econômica em uma economia globalizada de mercado como é o caso brasileiro.

Nesta perspectiva deve ser abordada a evolução legislativa brasileira em matéria de repressão às organizações criminais e suas atividades econômicas de tráfico internacional de drogas e lavagem de capitais.

3.1. Evolução brasileira na disciplina penal da criminalidade organizada.

Desde o Código Criminal de 1830, o Código Criminal do Império, o Brasil conta com dispositivos penais contra a união de pessoas voltada ao cometimento de ilícitos. No artigo 285¹² daquele Código estava prevista a figura do ajuntamento ilícito caracterizado pela reunião de três ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para o cometimento de um delito (PITOMBO, 2009, p. 64/65). Embora a Lei não utilizasse a expressão quadrilha, o tipo de ajuntamento ilícito com sua estrutura embasada no número de três pessoas ou mais e a busca da tutela da paz pública foi um precedente do artigo 288 do Código Penal vigente (PITOMBO, 2009, p. 68). Tem-se, portanto, no Código Criminal de 1830 a primeira manifestação penal brasileira de um tipo penal com características de crime de perigo abstrato tutelando a paz pública contra o agrupamento de pessoas com objetivo de cometer crimes. Não se pode falar aqui, ainda, em organização.

O primeiro Código Penal da República, em 1890, manteve o tipo penal de ajuntamento ilícito descrito em seu artigo 119¹³ como o ajuntamento de três ou mais pessoas em lugar público com o desígnio de se ajudarem mutuamente para cometer algum crime por meio de tumulto, motim

12Art. 285. Julgar-se-ha commettido este crime, reunindo-se tres, ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para commetterem algum delicto, ou para privarem illegalmente a alguém do gozo, em exercicio de algum direito, ou dever.

Art. 286. Praticar em ajuntamento illicito algum dos actos declarados no artigo antecedente.

Penas - de multa de vinte a duzentos mil réis, além das mais, em que tiver incorrido o réo.

13Art. 119. Ajuntarem-se mais de tres pessoas, em logar publico, com o designio de se ajudarem mutuamente, para por meio de motim, tumulto ou assuada: 1º, commetter algum crime; 2º, privar ou impedir a alguém o gozo ou exercicio de um direito ou dever; 3º, exercer algum acto de odio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4º, perturbar uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa civica ou religiosa:

Pena - de prisão cellualar por um a tres mezes

ou assuada. A intenção deste tipo penal é a punição de agrupamentos momentâneos, público, formados para o cometimento de crimes específicos com a perturbação a tranquilidade pública e não a punição de associações. A punição das associações para delinquir foi um pleito dos reformistas do Código amparados no crime francês de associação de malfeitores (PITOMBO, 2009, p. 70).

Após anos de discussão e diversos projetos, em 1940 entrou em vigor o Código Penal brasileiro atual, que em sua redação original trazia o tipo penal de quadrilha ou bando no artigo 288. Previa o tipo já revogado que associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando para o fim de cometer crimes seria punido com pena de um à três anos de prisão. A imprecisão da descrição típica levou a anos de discussão em torno de seu conteúdo.

O verbo associar-se utilizado na redação do tipo penal de quadrilha gerou muita dificuldade na delimitação do crime e quadrilha. Isto porque, quadrilha não poderia ser confundida com o concurso de pessoas, a quadrilha exigia o ânimo associativo, ou seja, uma certa continuidade temporal da união de agentes. Destaca PITOMBO que a expressão associar-se possui significado extraído do campo do direito privado do qual se conclui que a quadrilha não se perfazia pela união ocasional de mais de três pessoas, implicava em permanência e estabilidade (2009, p. 77).

(...) não se pode confundir aquele – concurso de pessoas –, que é *associação ocasional*, eventual, temporária, para o cometimento de um ou mais *crimes determinados*, com esta – quadrilha ou bando –, que é uma *associação* para delinquir, configuradora do crime de quadrilha ou bando, que deve ser duradoura, permanente e estável, cuja finalidade é o cometimento indeterminado de crimes. (BITTENCOURT, 2004, p. 284)

O elemento subjetivo “para cometer crimes” importava na associação com fins delitivos determinados. Os agentes deveriam ter noção de quais crimes pretendiam cometer para que se pudesse autorizar o reconhecimento do dolo de integrar a quadrilha, era necessária a adesão do fim proposto (PITOMBO, 2009, p. 78). Contudo, não se exigia a realização de nenhum dos delitos para a configuração da quadrilha, a prática de crimes representaria a incidência de concurso material (GRECO, 2011, p. 810). O fato da consumação do tipo de quadrilha não depender da prática dos delitos que motivaram sua formação não significava que se consumaria com o simples acordo dos agentes. A consumação dependia de se provar o início da atividade da quadrilha entendida por comportamentos concretos e indicativos do fim de realizar crimes, ou seja, por ações concretas dos agentes, o que gerava uma incerteza em sua aplicação. (PITOMBO, 2009, p. 82)

Estas definições e delimitações do tipo penal de quadrilha estão longe de ser pacíficas ou dotadas da clareza exigida pelo princípio da legalidade e da certeza da Lei penal. Na prática o delito de quadrilha foi e permanece sendo objeto de grandes questionamentos e divergências na doutrina e

jurisprudência brasileira. “Não precisa muito esforço para perceber a insegurança jurídica que o tipo legal oferece, pois o aplicador do direito penal tem de identificar conjunto de atos relacionados a outras infrações penais, aptos a evidenciar a estabilidade e permanência da união entre as pessoas, para afirmar presentes materialidade e indícios de autoria da quadrilha ou bando.” (PITOMBO, 2009, p. 82).

Da mesma forma que não se pode confundir a formação de quadrilha com o concurso de pessoas para a prática de infrações penais, o tipo penal de quadrilha não pode ser utilizado como sinônimo de organização criminosa. O verbo associar-se não significa organização, que como já visto acima é um conceito de natureza econômica ligado a ideia de união de esforços para diminuição de custos para a realização de objetivos comum. Ademais, não há como afirmar que o legislador do Código Penal de 1940 se preocupava com esta forma de manifestação da atividade criminal, como esclarecem DOTTI e SCANDELARI ao comentar os objetivos do referido tipo penal do artigo 288, do Código Penal de 1940: “a razão de sua existência é a repressão dos *street crimes*, ou seja, da criminalidade comum, como furto, roubo, estelionato, etc. Sabe-se que, naquela época não se falava em globalização, terrorismo, crimes econômicos, lavagem de dinheiro, sociedade de risco e outros detalhes que identifiquem a contemporaneidade” (2011, p. 1132).

Nesta perspectiva, pode-se afirmar que o delito de quadrilha que tinha por objeto a tutela da paz pública não se ligava a noção de organizações criminais, mas a de criminalidade de massa. Assim, o que se tem são duas realidades distintas que apresentam como ponto em comum a união de pessoas para o cometimento de crimes, de um lado uma união voltada ao cometimento de delitos mau elaborados, visíveis, violentos capazes de causar sensação de insegurança pública, com baixo potencial de lesividade a economia e de outro, uma união organizada para o cometimento de delitos complexos, elaborados, com limitado uso de violência, imperceptíveis, mas com um potencial real de causar danos econômicos e sociais.

Diante desta distinção entre quadrilha e organização criminosa, o legislador pátrio optou pela criação de legislação específica sobre o tema com a edição da Lei n. 9.034/95.

a) Lei n. 9.034 de 1995.

A Lei n. 9.034, publicada em 03 de maio de 1995, foi fruto do Projeto de Lei n. 3.516 de 1989, sobre utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão do crime organizado. O projeto previa uma definição de organização criminosa que foi excluída da versão final aprovada e convertida em lei. Em realidade o Brasil editou uma Lei sobre organizações criminosas que não definia o que seriam gerando grandes dificuldades a sua aplicação e efetividade.

Tratava-se de uma Lei editada num momento de pressão da opinião pública frente o aumento da violência urbana, sob uma forte exposição midiática dos “comandos” nas favelas do Rio de Janeiro (PRADO e DOUGLAS, 1995, p. 17). Esta norma é reflexo da adoção brasileira de políticas criminais norte-americano de lei e ordem na década de 90 com o fortalecimento das leis penais. As principais características da incorporação deste modelo de política criminal no Brasil são o aumento e recrudescimento de penas no direito material e a incorporação de novos métodos de investigação ao sistema processual, na esteira do que já havia ocorrido com a Lei dos crimes hediondos (GOMES, 1995, p. 28).

Ao comentar o objetivo da Lei, PRADO e DOUGLAS ressaltam: “Em concreto, a lei recém-editada procurou aparelhar os órgãos encarregados do controle social, conferindo especialmente ao Judiciário, instrumentos através dos quais deseja alterar o panorama processual, carregado de formalismos e obstáculos à descoberta da verdade real, em proveito, muitas vezes, dos criminosos.” (1995, p. 16). Ou seja, o que se pretendia com a edição da norma referente ao combate de organizações criminosas em 1995 era potencializar o trabalho de repressão das autoridades do sistema de justiça criminal contra um fenômeno crescente e ainda mal identificado que eram as organizações criminosas por meio de instrumentos processuais desconhecidos no sistema brasileiro. Não por outro motivo o texto legal teve tanta dificuldade em delimitar seu conteúdo.

Havia uma real demanda por instrumentos penais e processuais de prevenção e repressão à criminalidade organizada, entendida como aquela dotada de recursos financeiros e tecnologia, distinta da criminalidade de massa já consolidada, que começava a se formar no Brasil, contudo a Lei 9.034, com sua imprecisão e lacunosidade pouco pôde contribuir para este fim (GOMES, 1995, p 65).

Embora o título da Lei fizesse referência a meios operacionais de prevenção e repressão, se tratava de uma norma legal de conteúdo misto, com regras processuais e penais materiais (PRADO e DOUGLAS, 1995, p. 21). Suas principais inovações foram novos meios de investigação, especialmente ação controlada (art. 2º, II) e quebra de sigilos (art. 2º, III), formação de órgãos policiais especializados (art. 4º), possibilidade de redução de pena em caso de colaboração do integrante da organização com a elucidação dos crimes (art. 6º), proibição da concessão de liberdade provisória (art. 7º) e do direito de apelar em liberdade (art. 9º), e regime prisional inicialmente fechado (art. 10).

A grande discussão em torno desta Lei foi a questão do que se enquadraria na definição de organização criminosa, já que sua maior falha era justamente não conceituar seu objeto. Era uma lei de apenas treze artigos, que nos seus artigos 1º e 2º definia que se aplicava aos delitos cometidos por quadrilha ou bando e organizações criminosas de uma forma bastante imprecisa sem trazer

qualquer definição do que se entendia por organização criminosa¹⁴. “Naquele momento histórico, a conveniência do discurso de enfrentar o crime organizado levou o legislador a dedicar-se à matéria na Lei 9.034/95, não obstante tenha relegado ao limbo o tipo penal da organização criminosa, conforme se observa no processo legislativo.” (PITOMBO, 2009, p. 102).

Devido a imprecisão legal na definição do seu objeto, formaram-se três correntes interpretativas sobre o alcance da expressão legal organizações criminosas, (i) a lei definiu organização criminosa como sinônimo de quadrilha ou bando, (ii) as organizações criminosas seriam uma espécie de quadrilha dotada de características específicas, (iii) organização criminosa seria um conceito distinto do tipo penal quadrilha ou bando que não encontrava definição no ordenamento brasileiro.

Para PRADO e DOUGLAS a lei não fazia distinção entre quadrilha ou bando e organização criminosa, na realidade teria equiparado as duas categorias, possibilitando que se aplicasse medidas extremas inclusive a quadrilhas de bagatela. Ficaria a cargo do juiz, no caso concreto, diante do princípio da razoabilidade diferenciar as situações e aplicá-las de forma adequada. (1995, p. 44). Continuam afirmando que esta equiparação dos efeitos de todos os delitos cometidos por quadrilha na Lei de Combate ao Crime Organizado teria gerado um endurecimento genericamente desnecessário violador dos princípios da culpabilidade e da intervenção mínima na esteira do que já havia sido feito com a edição da Lei dos crimes hediondos, lei n. 8.072/90 (1995, p. 46). Nesta linha interpretativa, diante de um crime de quadrilha, ficaria a cargo do Magistrado competente apurar no caso concreto a necessidade de utilizar os instrumentos da lei, devendo ponderar por critérios de razoabilidade e proporcionalidade da resposta penal exigida em cada situação.

Para GOMES o conceito de organização criminosa é muito mais amplo que o de quadrilha, criminologicamente são inconfundíveis. O objeto da Lei são as organizações, portanto algo mais complexo que a simples quadrilha ou bando, envolvendo características como previsão de riqueza, hierarquia, planejamento e utilização de meios sofisticados (1995, p. 77). Mesmo reconhecendo a limitação em se interpretar um conceito de organização criminosa diante do princípio da legalidade,

14CAPÍTULO I

Da Definição de Ação Praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova

Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I -(Vetado).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

havia posicionamentos por uma interpretação construtiva do conceito de organizações criminosas. Uma análise sistêmica da lei 9.034 permitia uma construção interpretativa pela integração de dados típicos do delito de quadrilha, artigo 288 do Código Penal, somados a elementos criminologicamente identificáveis nas manifestações de atividade de criminalidade organizada tais como organização, planejamento e hierarquia do grupo. (GOMES, 2011, p. 1025/26). A lei 9.034/95 teria criado uma modalidade “surrealista” de crime de organizações criminosas, na qual estabelecia o tipo de quadrilha ou bando como o mínimo e deixava a cargo do intérprete sua complementação, a quadrilha seria uma modalidade típica de massa, enquanto a organização criminosa seria uma modalidade sofisticada (GOMES, 1995, p. 67).

Para a terceira linha de interpretação destacada, a finalidade da Lei 9.034/95 foi justamente diferenciar a noção de organização criminosa da quadrilha ou bando, na medida em que se aplicava aquele instituto não a este. Esta corrente interpretativa se fundamentava na ideia de que a noção de organização criminosa está ligada à criminalidade sofisticada, exercida por pessoas intelectualmente aptas e com conhecimento técnico para a obtenção ilícita de vantagem econômica (DOTTI e SCANDELARI, 2011, p. 1132). Assim, haveria uma distinção entre a manifestação criminal descrita na Lei 9.034 e o tipo de quadrilha ou bando do artigo 288, do Código Penal. Diante da carência de definição de organização criminosa do ordenamento pátrio, a qual não era encontrada nem na lei especial em em qualquer outro diploma legal, esta forma interpretativa acabava por retirar a aplicabilidade da lei de repressão a atividade das organizações criminosas.

Embora a aplicação da lei não exigisse a tipificação do crime de organização criminosa, o sistema jurídico brasileiro, fundado na estrita legalidade demandava uma definição legal da expressão, apta a complementar as normas que a ela se referem (ESTELITA, 2009, p. 61). Assim, por não haver nenhuma definição legal do que seria organização criminosa não haveria como aplicar os instrumentos materiais e processuais referentes a criminalidade organizada presente do direito penal brasileiro.

Visando a solução das controversas interpretativas e dos problemas de aplicação prática diante de sua imprecisa redação, no ano de 2001 foi publicada a Lei n.10.217, que alterou a Lei 9.034.

b) Lei n. 10.271 de 2001

A Lei n. 10.271 foi publicada em 11 de abril de 2001 alterou o artigo 1º e 2º da Lei de repressão às organizações criminosas mudando a delimitação de aplicação da norma, bem como introduzindo duas novas formas de investigação, a interceptação ambiental (artigo 2º, IV) e a

infiltração de agentes (artigo 2º, V)¹⁵.

No que se refere as alterações do artigo 1º, a lei 9.034/95 passou a contar com a seguinte redação: “Art. 1º–Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.” Desta forma houve a inclusão ao objeto expresso da Lei de institutos como associações e organizações criminosas, além da já existente quadrilha ou bando. Assim o objeto da norma passou a ser definido por estas três formas de união delitivas, a quadrilha, a associação e a organização, esta permanecendo sem uma definição legal.

Com o advento da Lei n. 10.217/01, passou-se a ter três figuras distintas no ordenamento brasileiro, a quadrilha ou bando, a associação criminosa e as organizações criminosas. Quadrilha ou bando seria aquela então definida no artigo 288, do Código Penal, as associações criminosas as definidas em leis pontuais, como o caso da Lei de tóxicos, e as organizações criminosas seriam um vácuo legal no ordenamento pátrio (GOMES, 2011, p. 1027). Se o objetivo da nova lei era a reforma da lei 9.034/95 a fim de clarear sua interpretação e aplicação as consequências foram bastante diversas:

Cuida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que (diferentemente do que ocorria antes) o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a lei (9.034/95) passou a ser letra morta. Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade). (GOMES, 2011, p. 1027).

Mesmo diante da tentativa legislativa a Lei de Repressão às Organizações Criminosas no Brasil continuava gerando problemas em sua interpretação, especialmente pela carência de uma definição legal do objeto normativo organização criminosa. Esta discussão se manteve por um longo período na doutrina e na jurisprudência pátria até ser sedimentada pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 96.007 no ano de 2012.

15 Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

I - (Vetado).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

c) Habeas Corpus n. 96.007

Após a promulgação e ratificação da Convenção de Palermo, formou-se um posicionamento de que a ausência de uma definição de organização criminosa no ordenamento brasileiro havia sido suprida pelo conceito expresso na Convenção da ONU, de tal sorte que não haveria óbices para a aplicação da lei 9.034/95.

O julgamento do Habeas Corpus n. 96.007/SP representou um marco nesta discussão, A tese levada ao Supremo Tribunal Federal brasileiro dizia respeito a um caso de repercussão social e midiática envolvendo líderes de uma igreja acusados de promover lavagem de dinheiro fruto de atividade de organizações criminosas, crime tipificado no artigo 1, inciso VII, da lei n. 9613/98. Segundo os argumentos defensivos o ordenamento penal brasileiro não contava com a definição de organização criminosa, razão pela qual a imputação criminal violava o princípio da legalidade. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça haviam negado o pleito defensivo sob o argumento de que o conceito da convenção de Palermo teria efeito de lei no direito pátrio e seria aplicável ao caso, razão pela qual o tipo penal estaria completo.

Em julgamento iniciado no ano de 2009 e concluído apenas em 2012 após pedido de vistas da Ministra Carmen Lúcia, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem por unanimidade reconhecendo a inexistência do tipo penal de organização criminosa no Brasil em decisão assim ementada:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (HC 96007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013 RTJ VOL-00224-01 PP-00427)

Em seu voto, o Relator Ministro Marco Aurélio fundamentou que a introdução da Convenção de Palermo por meio de decreto no ordenamento brasileiro não satisfaz a necessidade de lei formal para a criação de tipos penais e que, na linha do posicionamento doutrinário, o Brasil não contava com a tipificação do delito de organização criminosa. Assim, não havia aplicabilidade ao tipo de lavagem de ativo decorrente de prática de organizações criminosas.

Durante a discussão do voto o Ministro Relator foi indagado pelo Ministro Ayres Brito

sobre o posicionamento até então adotado pelo Supremo Tribunal Federal de equiparar organização criminosa à quadrilha, ao que reforçou os fundamentos de seu voto no sentido de que a equiparação violava o princípio constitucional da legalidade, não sendo possível a interpretação até então prevalente (STF, 2012, p. 12/13). O voto foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli (STF, 2012, p. 19). Após pedido de vistas a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do Ministro Relator por entender inexistente o tipo penal de organização criminosa (STF, 2012, p. 48).

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento pela inexistência do conceito legal de organização criminosa no Brasil, afastando a aplicação do conceito introduzido pela Convenção de Palermo, bem como vedado a equiparação com o tipo penal de quadrilha ou bando do artigo 288, do Código Penal.

Atendendo a necessidade de uma conceituação legal foi introduzida no sistema brasileiro a lei n. 12.850/2013.

d) Lei n. 12.850 de 2013

Em 02 de agosto de 2013 foi publicada a lei n. 12.850 que dispõe sobre o conceito de organização criminosa no Brasil, criminaliza a participação em organizações criminosas, bem como estabelece meios diferenciados de prova nestes delitos. A lei brasileira das organizações criminosas é resultado do Projeto de Lei do Senado n. 150/06, ou seja, foi discutida durante 8 anos no Congresso Nacional e passou por um substitutivo na Câmara nos Deputados até sua aprovação e sanção no ano de 2013. Esta lei foi elaborada com forte influência de Convenções internacionais, especialmente a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes (Convenção de Viena de 1988), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo de 2000) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003). No âmbito interno a Lei sobre Organizações foi editada logo após a lei n. 12.683/12 que promoveu relevante reforma na Lei de Lavagem de Dinheiro e um dia após a lei 12.846/13, chamada Lei Anticorrupção, incorporando-se a ideia de construção de um ambiente institucional favorável ao desenvolvimento das relações de mercado destacadas no início deste capítulo.

A nova lei coloca a legislação brasileira em acordo com os ditames da Convenção de Palermo e acolhe teses de modernas tendências em combate à lavagem de dinheiro, o que faz disciplinando uma série de situações que não haviam sido tratadas com a profundidade necessária pela lei 9.034/95. A lei resolve um grande número de problemas mas cria outros (GRECO FILHO, 2014, p. 8). A mais significativa inovação introduzida pelo estudado ato normativo foi a inclusão de um conceito legal de organização criminal no ordenamento jurídico brasileiro.

Colocando fim a discussão em torno da aplicabilidade das disposições legais que faziam referência à organização criminosa, o legislador brasileiro introduziu um conceito legal por meio do artigo 1º, §1º, da lei 12.850. Assim estabelece a legislação: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.” Sem se afastar muito da definição da Convenção de Palermo, o texto brasileiro apresenta um conceito menos abrangente e centrado nos conceitos de associação, divisão de tarefas e obtenção de vantagem.

Hoje existem quatro formas de associação delitiva no ordenamento brasileiro: organização criminosa (artigo 2º, da lei 12.850/13), associação criminosa (artigo 288, do Código Penal), constituição de milícia privada (artigo 288-A, do Código Penal) e associação para o tráfico de drogas (artigo 35, da lei 11.343/06), todos são crimes de concurso necessário distinto do concurso eventual de pessoas (BITENCOURT e BUSATO, 2014, p. 46). Nesta linha, a associação exige um ânimo associativo além da vontade necessária para a prática de um crime com o ajuste prévio de se associar, excluindo-se a convergência ocasional de vontades para a prática delitos determinados (GRECO FILHO, 2014, p. 21).

O que diferencia a associação criminosa comum da organização é que para a associação criminosa se revestir de característica de organização é necessária a estrutura ordenada pela divisão de tarefas (BITENCOURT e BUSATO, 2014, p. 26). Para caracterizar esta modalidade específica de associação criminosa deve se somar a divisão de tarefas entre os componentes da organização enquanto elementar explícita do tipo, os elementos estabilidade e permanência enquanto elementos implícitos do tipo penal de organização criminosa, já que a mera coparticipação criminosa, ou um acordo de vontades transitório e eventual não são suficientes para caracterizá-la (BITENCOURT e BUSATO, 2014, p. 32). Esta ideia de associação com estruturação de tarefas deve estar ligada a noção de organização expressa no Capítulo 1 deste trabalho, qual seja, de uma união de pessoas voltadas a realização de objetivos comuns, de tal sorte que a associação e a divisão de tarefas são formas de diminuição de custos de transação para a facilitação da empreitada ilícita e obtenção da vantagem. A organização exige uma associação para a prática de delitos com o intuito de que as pessoas envolvidas dividam suas tarefas de forma organizada objetivando a diminuição de custos de transação para a obtenção de vantagem, diferenciando-se, assim, das demais formas de associação delitivas previstas no ordenamento brasileiro.

Conforme destacado no texto legal, o fim da organização não é a prática de crimes, mas a obtenção de vantagens, o crime é somente um meio de obtenção (BITENCOURT e BUSATO, 2014,

p. 32). Em relação a vantagem de qualquer natureza é necessário destacar que mesmo nos casos de uma estrutura montada para manutenção de poder, ou de vantagens políticas, no fundo, haverá a busca de vantagens econômicas mesmo que indiretas (GRECO FILHO, 2014, p. 22). Mesmo porque, se no §2º foi estabelecida a aplicação da lei a grupos terroristas, no artigo 2º a norma exclui esta manifestação criminal do tipo penal de organização criminosa. Assim, uma interpretação sistêmica da nova lei e do conceito de organização criminosa conduzem a sua caracterização pela obtenção da vantagem econômica, direta ou indireta, vez que esta finalidade é imanente ao próprio conceito de organização.

O ambiente institucional no qual a Lei n. 12.850/13 foi criada, a relevância econômica das atividades criminais e a definição econômica de organização permitem a conclusão de que para a caracterização de uma organização criminosa é necessária a relevância econômica da atividade criminal desenvolvida pela organização somada a capacidade de criação de danos ao ambiente econômico e, por consequência, à sociedade já que a ordem econômica é constitucionalmente assegurada no artigo 170 como meio de garantia de existência digna. Entender de outra forma, estendendo o conceito de organizações para associações ou para delitos praticados em concurso de pessoas, não significa um avanço no combate à criminalidade, mas um retrocesso pois representa não se atentar para as consequências da norma. No momento em que se autoriza a aplicação de medidas de persecução criminal significativamente limitadoras de garantias a qualquer tipo de crime por meio de um conceito amplo de organização se perde o foco dos objetivos da norma, a repressão de crimes com relevante capacidade de dano social.

Quanto ao critério da identificação da organização pela quantidade de pena imposta aos crimes cometidos, se mostra equivocado. As penas fixadas em abstrato na legislação penal brasileira não respeitam critérios de proporcionalidade ou de política criminal, sendo estabelecidas de forma aleatória sob o livre arbítrio do legislador. Não se justifica a limitação pela pena aplicada aos delitos praticados, não importa quais as penas eventualmente cumuladas, mas se há uma união estruturada para obter um objetivo final comum por meio da prática de crimes, independente da pena em abstrato.

O critério de transnacionalidade é um relevante indicativo da organização criminal, especialmente diante da realidade atual do processo de globalização. Dificilmente poderá ser identificada uma organização para a prática de ilícitos penais que não tenha a característica de transnacionalidade de suas atividades em algum dos elos da cadeia criminal. Ademais, os contatos fora dos limites nacionais e a logística para a transposição de fronteiras são elementos que podem caracterizar a união para a realização de um propósito comum.

Outra inovação relevante da lei 12.850 foi a introdução de um tipo penal de promover,

constituir, financiar ou integrar organização criminosa, cuja pena foi estabelecida entre três à oito anos de reclusão. Assim a participação em organização criminosa passa a figurar definitivamente como delito autônomo no direito brasileiro, diferenciando-se, inclusive, do tipo penal do artigo 288, do Código Penal brasileiro, alterado pela mesma lei, passando a estabelecer o delito de associação criminosa.

Na linha do que já se estabelecia na revogada lei 9.035, a lei 12.850 estabelece formas diferenciadas de investigação criminal e obtenção de provas para os delitos de organização criminosa. Estas formas diferenciadas são a colaboração premiada na qual o juiz poderá conceder perdão judicial, diminuir em até 2/3, ou substituir por restritivas de direito a pena daquele integrante que houver colaborado com a investigação ou processo, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada pela qual se retarda a intervenção policial na atividade criminosa, acesso a registros de ligações telefônicas e dados cadastrais bancários, interceptação telefônica, afastamento de sigilo fiscal, infiltração policial autorizada e limitada judicialmente.

Assim, a nova norma brasileira resolve o vácuo legal referente ao conceito de organização criminosa no Brasil e introduz novos desafios ao sistema de justiça criminal ao estabelecer um novo tipo penal de larga aplicação e formas processuais que avançam sobre os limites e garantias individuais, na linha de um movimento iniciado pela legislação de combate ao tráfico de drogas.

3.2. A legislação brasileira de repressão ao tráfico de drogas

Em grau de relevância, o início da política criminal de drogas no Brasil pode ser apontado a partir do Código Penal de 1940, que em seu artigo 281 estabeleceu o tipo penal de comércio ilegal de substâncias entorpecentes¹⁶. Antes da criminalização de tóxicos no Código Penal de 1940 havia uma criminalização esparsa que indicava preocupações pontuais com o tema de drogas, a partir da década de 40 pode se falar em uma política proibicionista sistematizada e estruturada com a criação

16 Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

de sistemas punitivos autônomos, com um modelo sistêmico próprio de criminalização e seleção, diferenciados da repressão de outros tipos de delitos (CARVALHO, 2010, p. 12).

Analisando o histórico da política de drogas brasileira, na linha da política internacional já destacada, percebe-se que até a década de 50 o discurso de combate às drogas possuía pouca importância pois não havia representatividade econômica na comercialização ilegal e os problemas sociais decorrentes do uso não possuíam a relevância que passaram a assumir nas décadas seguintes. No Brasil, o Código Penal de 1940 trazia em seu artigo 281 o crime de tráfico de drogas tratando da matéria de forma codificada na esteira dos demais crimes ali previstos, este artigo era completado pelo Decreto-lei n. 891, de 25 de novembro de 1938, fonte básica sobre a matéria de drogas no Brasil, tendo sido posteriormente modificado pela lei n. 4.720/42 a fim de introduzir a expressão plantar ao tipo penal. Com a promulgação interna da Convenção Única de Entorpecentes de Genebra 1964 adotou-se sua lista de entorpecentes, bem mais completa que a do Decreto 891. (GRECO FILHO, 1991, p. 42).

Nesta linha, na década de 50 iniciou-se o discurso coeso sobre o controle repressivo. Após a edição da lei n. 4.720/42 e da lei n. 4.451/64 se iniciou o processo de descodificação da matéria de entorpecentes na legislação brasileira, resultando no descontrole de sua sistematicidade. A entrada do Brasil na luta internacional contra as drogas pode ser apontada com a promulgação da Convenção Única pelo Decreto 54.216/64, já durante a Ditadura Militar (CARVALHO, 2010, p. 13).

Revestido do lema de que o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil, o instrumento ideológico de controle foi elaborado pela ESG (Escola Superior de Guerra), com a colaboração da Missão Militar Americana. Assim, modelou-se a Doutrina de Segurança Nacional, a qual estabeleceu os inimigos internos, associados aos comunistas, que mais tarde se deslocariam para uma nova categoria de inimigos internos: os traficantes de drogas. Nesse diapasão, o Brasil passou a integrar o modelo de política criminal bélico. (PEDRINHA, 2008, p. 5492)

Ponto de destaque foi a alteração promovida em 1968. Diante da inexistência de criminalização ao consumo de drogas, o artigo 281, do Código Penal foi novamente alterado pelo Decreto-lei 385/68 introduzindo-se novo parágrafo que equiparava para fins legais o comércio ilegal à posse de drogas para consumo pessoal. Esta modificação seguiu uma direção de aumento repressivo, na linha de política criminal de drogas denominada médico-sanitarista, com a identificação de duas figuras isoladas, o consumidor e o traficante de drogas.

O discurso médico-sanitário foi recepcionado no Brasil não só por meio do Decreto n. 54.216/64 que aprovou a Convenção Única no ordenamento legal pátrio como por meio da Lei n. 5.726/71, Lei Anti-Tóxicos, que concretizou a descodificação da matéria criminal de drogas e a

diferenciação do tratamento entre usuário e traficante.

a) Lei n. 5.726 de 1971

Elaborada sob a influência direta da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, à época já incorporada ao ordenamento legal brasileiro, a lei n. 5.726/71 trabalhava com a conjugação de três medidas de combate ao tráfico de drogas, medidas preventivas, tanto ao consumo quanto ao tráfico, terapêuticas e repressivas, estas entendidas como reação estatal proporcional ao mal social do tráfico contra aqueles que de alguma forma forem responsáveis pelo comércio de entorpecentes (GRECO FILHO, 1991, p. 32).

Seguindo uma política de união nacionalista e desenvolvimento de um espírito patriota sob a tutela do Regime Militar, no seu artigo primeiro, a primeira Lei de Tóxico brasileira estabelecia o dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de entorpecentes. Este dever cívico representaria a filosofia daquela norma ao estabelecer um esforço comum e indiscriminado para erradicar os malefícios da droga (BARRETO, 1972, p. 12).

A lei n. 5.726 dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de entorpecentes, bem como promoveu uma alteração substancial da redação do artigo 281 do Código Penal¹⁷. Ainda, alterou o procedimento criminal para os delitos de tóxicos com a adoção de um rito processual próprio aos crimes nele previstos, representando, na opinião de GRECO FILHO a iniciativa mais completa na repressão aos tóxicos em âmbito mundial (1991, p. 43). A lei era complementada pelo Decreto n. 69.845 de 27 de dezembro de 1971.

Com a nova redação o artigo 281 do Código Penal passou a impor a pena de 1 a 6 anos de reclusão e multa para a conduta de tráfico, cuja descrição típica de múltiplas condutas já era muito semelhante a redação hoje em vigência do tipo penal de tráfico no Brasil. Contudo, era equiparada a figura do tráfico a aquisição e o porte de entorpecentes para consumo próprio, punidos com as mesmas penas, artigo 281, §1º, III e IV, do Código Penal. Embora entendesse que a pena máxima para o tráfico era baixa em relação a gravidade da conduta e pela quantidade observada no direito comparado, MENA BARRETO afirmava que a equiparação trouxe uma sanção desproporcional ao usuário, o que dificultaria o processo de recuperação (1972, p. 104). Outra significativa previsão legal era a figura do delito de associação de duas ou mais pessoas como quadrilha ou bando para

17 Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena: reclusão de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

prática dos crimes de tóxicos, cuja pena seria de 2 a 6 anos e multa, artigo 281, §5º, do Código Penal.

Atualmente, muitas críticas são feitas à lei n. 5.726/71, especialmente no que tange ao sistema repressivo adotado. Houve um manifesto aumento repressivo, com a valorização de políticas de delação e repressão em desfavor de medidas preventivas, fator que se agravaria na sequência de alterações legislativas que a sucederam.

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo de dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06. (CARVALHO, 2010, p. 17)

Ponto de relevo nesta lei era seu incentivo a delação, transpondo ao âmbito penal aspectos da Lei de Segurança Nacional, trazendo no traficante a figura do inimigo interno, promovendo políticas de delação entre jovens, professores e diretores de escolas, estes com o dever de encaminhar alunos suspeitos do uso de drogas. Esta lei sedimentou um caminho sem volta em direção ao sistema bélico de repressão (PEDRINHA, 2008, p. 5492). Nos artigos 7º e 8º a lei previa a obrigação dos diretores informarem as autoridades sanitárias sobre os casos de uso de drogas nos estabelecimentos de ensino sob pena de perda do cargo, bem como a sanção de trancamento da matrícula no ano letivo para o estudante usuário, medida que se considerava drástica e contraproducente, na medida em que o afastamento do ensino somado a repressão judicial tenderia a agravar o problema em vez de erradicá-lo (BARRETO, 1972, p. 29).

A Lei de Tóxicos representou um avanço sobre a liberdade individual das pessoas, com a formação de um Estado policialesco que iria se manter até os dias presentes, especialmente sobre a camada mais pobre da população. Efeito imediato na nova lei foi o aumento do encarceramento em virtude de delitos de entorpecentes, especialmente sobre a delinquência juvenil nas comunidades carentes. VERA M. BATISTA destaca que a criminalização juvenil por droga no Rio de Janeiro no ano de 1968 era de 7% passou à 12% em 1973, além disso houve o aprofundamento do estereótipo médico para o consumo da classe média, distinguindo-se o jovem pobre como traficante e o rico como dependente, para aquele repressão, para este tratamento. “A lei 5.726 transpôs para o campo penal as cores sombrias da Lei de Segurança Nacional e a repressão sem limites que era imposta aos brasileiros, no período mais agudo da ditadura militar. Esta lei sintetiza o espírito das primeiras campanhas de “lei e ordem” em que a droga era tratada como inimigo interno.” (BATISTA, 2003, p. 88).

Pouco tempo após a edição da lei n. 5.726/71, a legislação brasileira penal de drogas foi novamente alterada com a Lei n. 6.368/76 marcada pelo recrudescimento penal e a implantação do modelo jurídico-político de política de drogas.

b) Lei n. 6.368 de 1976

Por meio da lei 6.368, publicada em 21 de outubro de 1976, foi revogado o artigo 281, do Código Penal, de tal sorte que os crimes de tóxico passaram definitivamente a ser previstos em lei especial. Aponta GRECO FILHO que a modificação não encontrava respaldo científico pois sua evolução histórica e sua configuração como crime contra a saúde pública recomendavam sua permanência no Código, além de dificultar uma interpretação sistêmica da matéria, especialmente no que se refere a aplicação de disposições da parte geral (1991, p. 73).

“Em linhas gerais, seguindo a orientação aberta pela anterior Lei n. 5.726/71, o diploma procura ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultados no combate ao vício, e por isso talvez seja o diploma legal mais completo e avançado sobre o assunto, dentre as legislações modernas.” (GRECO FILHO, 1991, p. 49).

Esta lei marcou mudança do modelo médico-jurídico para o modelo jurídico-político de repressão às drogas com a preponderância de um discurso repressivo eminentemente jurídico com a fixação de penas elevadas que consolidariam o esteriótipo do narcotraficante (CARVALHO, 2010, p. 19). Ao contrário da lei anterior, a lei n. 6.368 contava com a distinção típica entre o tráfico e o uso de drogas. O artigo 12 previa uma série de condutas relacionadas a atividade de tráfico, tais como importar e exportar, produzir, vender, transportar, nestes casos a pena deveria variar entre 3 e 15 anos de reclusão. Tratava-se de um delito de dano presumido contra a saúde pública vez que a deterioração causada pela droga não estaria limitada a quem a ingere, mas irradiaria para todo corpo social, razão pela qual o legislador optou por incluir 18 condutas para alcançar a maior proteção social possível (GRECO FILHO, 1991, p. 83).

Com a nova redação estabelecida nos tipos penais de tráfico e uso de entorpecentes, a lei 6.368 de 1976 possibilitou um elevado aumento nas tipificações de condutas como tráfico de drogas. Distinguiu as figuras penais do tráfico e do uso, especialmente no tocante à duração das penas. Nesse sentido, as penas podiam variar de 3 a 15 anos de reclusão e multa para o tráfico e de detenção de 6 meses a 2 anos e multa para o uso (PEDRINHA, 2008, p. 5493). A lei inovou no artigo 16 com a figura típica da aquisição de drogas para uso pessoal, equiparada ao tráfico desde o decreto-lei n. 385. Previa o artigo 16 que adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso pessoal,

substância entorpecente sem autorização legal seria punida com detenção de 6 meses a 2 anos. Desta forma o uso de drogas era considerado crime, porém distinto do tráfico, e com pena substancialmente menor. Segundo GRECO FILHO não se trata de uma tipificação ao uso ou do vício, já que a lei não incluiu o verbo usar, mas uma punição pela simples posse nos termos preconizados pela Convenção Única de 1961 (1991, p. 117).

Assim, houve um significativo aumento das penas previstas para a conduta de tráfico e, em sentido contrário, diminuição das penas previstas para o caso de posse para uso pessoal. Esta lei enquadrava-se ao perfil bélico de repressão ao tráfico com o aumento da repressão à figura simbólica do traficante de drogas.

No artigo 14 a lei preservou o delito de associação para o tráfico de drogas, formada por duas ou mais pessoas, cuja pena seria estabelecida entre 3 e 10 anos de reclusão. Este artigo corrigiu uma falha da lei anterior ao mudar a denominação típica de quadrilha ou bando para associação, já que aquela denominação gerava conflito com o artigo 288, do Código Penal. Contudo, se introduziu a condição de associarem-se para o cometimento dos delitos de tráfico *reiteradamente ou não*, o que causou um problema interpretativo com o concurso eventual de agentes. Dito problema deveria ser resolvido à luz do elemento subjetivo do ânimo associativo, distinguindo-se da convergência ocasional de vontades (GRECO FILHO, 1991, p. 109).

Esta lei teve vigência durante 30 anos, frutificando a política de guerra às drogas das décadas de 70 e 80, que encontrou terreno fértil em solo brasileiro. Prova desta afirmativa é a inclusão desta linha político criminal ao texto constitucional de 1988, introduzindo-se no artigo 5º, que dispõe sobre garantias e direitos individuais, o projeto de criminalização e combate ao tráfico de drogas. Figura na Constituição Federal brasileira, artigo 5º, inciso XLIII, que o tráfico ilícito de entorpecentes é crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia. O modelo constitucional brasileiro de drogas manteve o tratamento beligerante da Ditadura Militar, potencializando institucionalmente a repressão (CARVALHO, 2010, p. 43).

A política de drogas sofreu grande mudança com a Convenção de Viena de 1988, já abordada no Capítulo anterior, que alterou os rumos do combate às drogas da força bélico-repressiva para a vertente financeira da atividade criminal do tráfico, chamado modelo econômico-transnacional. O Brasil, antes considerado país de rota do tráfico passou a ser considerado pela ONU como produtor de insumos químicos para refino de drogas e facilitador da lavagem de capitais ilícitos oriundos do tráfico, tendo sido incluído nos objetivos deste novo modelo político criminal de drogas (CARVALHO, 2010, p. 47). Nesta nova perspectiva a legislação de drogas será enquadrada no ambiente institucional descrito como modelo de *rule of law* exportado pelos países

centrais, integrando as medidas de reforma institucional para formação de um ambiente seguro ao desenvolvimento das relações de mercado.

c) Lei n. 11.343 de 2006

A atual lei de tóxicos brasileira, lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, é fruto do projeto de lei n. 7.134 de 2002, do Senado Federal, tendo sido aprovada, assim, após quatro anos de tramitação entre as casas legislativas e o executivo federal. A nova lei revogou os atos normativos anteriores em relação ao tema, especialmente a lei n. 6.368, instituindo em seu artigo 1º o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o SISNAD, com o objetivo declarado de prevenção ao uso e repressão ao tráfico. Atualmente a política brasileira de drogas aderiu a dois modelos dicotômicos, por um lado acenou com a prevenção do uso de drogas e reinserção social de usuários e dependentes; por outro lado, a repressão à produção e ao tráfico de drogas com elevadas penas de prisão (PEDRINHA, 2008, p. 5496).

Até a aprovação da lei vigente vários projetos tramitaram no Congresso Nacional relativo a matéria de entorpecentes. O principal foi o chamado Projeto Murad, projeto de lei n. 1.873/91, que teve origem nas conclusões da CPI do Narcotráfico de 1991, especialmente quanto a existência de uma rede de tráfico na Amazônia brasileira. Este projeto foi convertido na lei n. 10.409/2002, contudo seu capítulo relativo aos crimes em espécie foi vetado, razão pela qual alterou a matéria apenas no aspecto processual. Assim, no período de quatro anos o Brasil contou com uma conjugação de leis, uma lei com a matéria penal, 6.368/76, e outra processual (CARVALHO, 2010, p. 59/60).

O contexto político, econômico e social em que foi elaborada a lei de drogas vigente expõe se tratar de uma norma criada com a preocupação de reação contra a criminalidade organizada atuante no mercado ilícito de drogas. Aponta CARVALHO que “a emergência da Lei 11.343/06 ocorre sob o signo da repressão às organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilegal de entorpecentes” (2010, p. 61). Pode-se afirmar que a lei de drogas está incluída no mesmo paradigma de reforma institucional e preocupação com a segurança das atividades econômicas que as demais leis analisadas no presente estudo, como a de organizações criminosas e a de lavagem de dinheiro.

É de se destacar que a nova Lei de Drogas brasileira foi formulada não só sob a influência da Convenção de Viena de 1988, mas também em atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil por meio da Convenção de Palermo 2000 e das 40 Recomendações do GAFI, já que todos estes atos normativos internacionais abordam a matéria de drogas e sua repressão por meio do controle penal de sua atividade econômica.

Em sua base a lei n. 11.343/06 manteve o mesmo modelo punitivista diferenciador da lei revogada, prevendo punições severas ao tráfico e bandas ao consumo consolidando a lógica diferenciadora da década de 70 (CARVALHO, 2010, p. 68). Após uma série de disposições administrativas sobre prevenção ao uso, cuidados e reinserção social dos dependentes, a lei traz em seu Capítulo III os crimes de tóxicos. No artigo 28 dispõe sobre a posse de droga para uso pessoal, estabelece que quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas, poderá ser punido com advertência, prestação de serviços à comunidade, ou medida de comparecimento a programa ou curso educativo. A lei excluiu do quadro normativo a pena de prisão para o usuário sem contudo descriminalizar ou despenalizar a conduta que continua sendo criminalizada (GRECO FILHO e RASSI, 2007, p. 43).

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que a conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo da difusão dos tóxicos. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para a aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício. (GRECO FILHO e RASSI, 2007, p. 45)

A opção de sanção de advertência e medida educativa ao invés da pena privativa de liberdade para os usuários foi uma das mais significativas alterações na atual Lei de Drogas. Contudo, seu grande problema está no critério utilizado para determinar se o dolo é de uso ou é de tráfico, sujeito a subjetividades policiais e judiciais que permitem todo o tipo de arbitrariedade com a propensão à construção do estereótipo criminal, na medida em que o juiz atentará além da quantidade da droga, para as circunstâncias sociais e pessoais, bem como, para a conduta e os antecedentes criminais. Na prática estes critérios favorecem a distorção na diferenciação entre uso e tráfico, aplicando-se a pena branda a pessoas com melhor condição social e econômica e as severas penalidades do tráfico a indivíduos com piores condições sociais (PEDRINHA, 2008, p. 5498).

As penas do crime de tráfico, tipificadas no artigo 33 da nova lei¹⁸, foram aumentadas e podem variar de 5 a 15 anos de reclusão, além de multas entre 500 (quinhentos) e 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Desta forma, desde a criação do tipo penal do artigo 281 do Código Penal, as penas previstas para o tráfico no Brasil só aumentaram, chegando-se progressivamente ao triplo da pena máxima original. Além disso, manteve-se o crime de associação de duas ou mais pessoas para o tráfico, com penas de reclusão de 3 a 10 anos.

18Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa

A grande novidade da lei 11.343, no que se refere aos tipos penais, foi a criação do delito de financiamento ou custeio do tráfico apenado com reclusão de 8 a 20 anos de reclusão e multa de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa¹⁹. Na esteira do que vem se afirmando ao longo deste trabalho, a política de drogas se alinhou definitivamente as preocupações econômicas que envolvem o tráfico. Por isso as maiores penas entre todos os crimes relacionados ao comércio ilegal de drogas são as daqueles que financiam a atividade criminal, e por consequência aqueles que obtêm os maiores lucros. Contudo não basta a mera previsão penal em abstrato, é necessário que os esforços na criminalização secundária se voltem preferencialmente a esta modalidade delitiva.

Diante da evolução de legislação de drogas brasileira e sua adequação às disposições internacionais relativas à repressão da atividade econômica do tráfico, pode-se afirmar que a nova Lei de Drogas brasileira está inserida no contexto de mudança do ambiente institucional exportado pelos países centrais. Reforçada pela recente Lei brasileira de Organizações Criminosas, a política criminal de drogas focada na atividade econômica é completada pela Lei de Lavagem de Dinheiro, recentemente alterada no Brasil.

3.3. O sistema brasileiro de combate à lavagem de dinheiro

Na linha do que vem sendo apontado ao longo do presente trabalho, o sistema brasileiro de combate a atividade criminal de lavagem de capitais esta associado a política criminal traçada internacionalmente no panorama de melhora do ambiente institucional. O modelo adotado pelo Brasil segue as diretrizes globais de prevenção e repressão ao branqueamento de capitais, “os vetores da política criminal, destinada ao delito de lavagem e a seus efeitos perniciosos associados ao produto da atividade criminosa, assentam-se em documentos internacionais, que buscam prevenir a utilização do sistema financeiro, visando a repressão da criminalidade organizada.” (RIOS, 2010, p. 175).

O Brasil é signatário, bem como promulgou em seu ordenamento interno, as três principais convenções internacionais sobre a criminalização da lavagem de dinheiro, Viena, Palermo e Mérida. Além das obrigações assumidas internacionalmente uma série de acontecimentos de notoriedade política e jurídica ocorridos nos anos 90 envolvendo escândalos de corrupção levaram a uma pressão por instrumentos repressivos contra a utilização de ativos provenientes de atividade criminosa. Assim, pode-se enquadrar a legislação nacional de lavagem de ativos no

¹⁹Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

movimento de melhoria institucional ligado ao desenvolvimento nacional e atração de capital estrangeiro (BARDARÓ e BOTTINI, 2012, p. 35).

A afirmação acima pode ser comprovada com a análise das normativas em torno da utilização do sistema financeiro nacional para a prática de atos de dissimulação da origem ilícita de bens. A partir da década de 90 iniciou-se um movimento administrativo de controle e identificação mais apurada nas movimentações do sistema financeiro nacional, especialmente no controle de “contas fantasmas”. Em 1992, por exemplo, o Banco Central brasileiro por meio da resolução 1.946/92 estabeleceu a obrigação de identificar as pessoas responsáveis por pagamentos e recebimentos em espécie. Contudo, as medidas não surtiram o efeito esperado, sendo que os movimentos de lavagem no Brasil se agravaram com a estabilidade financeira alcançada após o plano real em 1994, fazendo aumentar a pressão interna por uma lei criminal contra os atos de lavagem (PITOMBO, 2003, p. 53/54).

A edição da Lei de Lavagem de Capitais brasileira em 1998 e a formação de um sistema de repressão interno à prática da lavagem demonstram sua colocação dentro do movimento de reforma institucional promovido pelos países centrais aos países em desenvolvimento. Por esta razão, também, se pode destacar que o sistema brasileira não buscou adaptação a peculiaridades nacionais, mas representa uma importação do formato internacional.

O regime local de proibição à lavagem no Brasil é composto por três pilares, a lei n. 9.613/98 e suas alterações posteriores, a unidade de inteligência nacional chamada de Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF e pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, articulação de diversos órgãos e instituições de fiscalização, prevenção e controle à atividade de lavagem de capitais (DE CARLI, 2008, p. 164).

a) Lei n. 9.613 de 1998

A Lei de Lavagem de Capitais brasileira é fruto do projeto de lei da Câmara dos Deputados n. 2.688/96 e do projeto n. 66 de 1997 do Senado Federal, de autoria do Poder Executivo, submetida ao Congresso pelo Ministro da Justiça Nelson Jobim. A normativa nacional teve como fundamentos a Convenção de Viena de 1988, o Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos da OEA de 1992, a Cúpula das Américas de 1994 onde foi firmado um Plano de Ação prevendo a ratificação da Convenção de Viena e a Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e o Instrumento do Crime realizada em Buenos Aires em 1995 (DE CARLI, 2008, p. 166).

Até se chegar a lei aprovada a discussão sobre o modelo legislativo passou por três significativas etapas. O anteprojeto de lei do Ministério da Justiça elaborado sob coordenação então Ministro Nelson Jobim com a participação de Francisco de Assis Toledo, Miguel Reale Júnior, Vicente Greco Filho e René Ariel Dotti, o projeto de lei n. 2.688/96, aprovado em regime de urgência por unanimidade na Câmara dos Deputados e o projeto de lei n. 66/97 aprovado pelo Senado Federal em 11 de fevereiro de 1998 em sua versão final (PITOMBO, 2003, p. 62).

A lei n. 9.603/98 possui natureza tripla já que aborda aspectos administrativos, materialmente penais e processuais penais. Sua natureza administrativa esta relacionada as obrigações impostas a particulares no esforço de prevenção a lavagem e na criação de Unidade de Inteligência Financeira para o controle destas obrigações e regulamentação da matéria. Na via penal material a lei introduziu o tipo penal de lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro e no aspecto processual determinou uma série de medidas específicas aplicadas aos casos que envolvam o novo tipo penal (BARDARÓ e BOTTINI, 2012, p. 36). Assim, os pontos que se destacam na política criminal brasileira de combate à lavagem positivados pela lei de 1998 são a existência de um tipo penal condicionado a realização prévia de outros delitos e a imposição de obrigações de colaboração à particulares nas atividades estatais de prevenção e repressão à atividades criminosas.

O tipo penal descrito na Lei de Lavagem é múltiplo e alternativo, não importa quais ou quantos dos verbos da descrição típica o autor participe, ocultar e converter os valores de origem ilícita, por exemplo, representam crime único. Tratam-se de tipos penais de mera conduta, consumando-se com a atividade independente do alcancem o resultado esperado. Pode se falar ainda que são tipo penal diferidos, ou remetidos, já que são dependentes da comissão de condutas típicas anteriores (DE OLIVEIRA, 1998, p. 326). Como destaca MORO, embora a atividade ilícita de lavagem de capitais possa ser desenvolvida de forma complexa, o tipo penal assim não exige, razão pela qual atos singelos e desprovidos de qualquer engenharia financeira refinada podem caracterizar o delito, não havendo razão para superestimar a separação em fases, que muitas vezes não poderão ser identificadas distintamente nos casos concretos (2010, p. 33).

Foram tipificadas condutas de ocultação e dissimulação de bens, direitos ou valores, uso de meios para ocultação e o uso de bens ocultados ou dissimulados (artigo 1º e parágrafos da lei n. 9.613/98). Ocultação pode ser entendida como o ato de esconder, tirar de circulação os bens e sua consumação ocorre com o simples encobrimento por qualquer meio somado a intenção de convertê-lo em ativo lícito (primeira fase do procedimento de lavagem). A dissimulação relaciona-se aos atos posteriores a ocultação distanciando o bem de sua origem ilícita, sendo mais sofisticado do que a ocultação (BARDARÓ e BOTTINI, 2012, p. 64). No que se refere à bens, direitos ou valores

podem ser compreendidos como produto ou proveito do crime representando qualquer benefício de natureza econômica, material ou imaterial (MORO, 2010, p. 31).

O tipo de lavagem é autônomo e acessório, ou seja, está vinculado a realização de um delito precedente que origine os ativos a serem ocultados e dissimulados. O modelo originalmente adotado pelo legislador brasileiro foi o de estabelecer um rol fechado de crimes antecedentes. Atendendo as recomendações do GAFI a legislação brasileira foi além da criminalização originária de branqueamento de bens do tráfico de drogas ilícitas, característica da primeira geração de normas contra a lavagem, para incluir um rol de crimes considerados graves, na linha da segunda geração de leis contra a lavagem. Estabelecia o artigo 1º, em sua redação original, que poderiam compor o tipo de lavagem ativos provenientes de tráfico ilícito de drogas, terrorismo e financiamento, tráfico de armas, extorsão mediante sequestro, crimes contra administração pública, contra o sistema financeiro nacional e crimes cometidos por organizações criminosas. Posteriormente foram incluídos neste rol os delitos cometidos por particulares contra a administração pública estrangeira (lei n. 10.467/2002). Logo, o delito de lavagem no Brasil era limitado ao modelo de lista fechada, excluindo-se qualquer atividade criminal que se encontrasse fora da disposição legal, caso dos delitos fiscais, por exemplo.

A grande discussão neste ponto era o inciso VII, que relacionava na lista fechada de crimes antecedentes aqueles praticados por organizações criminosas. Como já abordado acima, a ausência de um conceito legal de organização criminosa possibilitou uma interpretação analógica em desfavor do réu por meio do qual se aplicava ao inciso o delito do artigo 288, do Código Penal. Por meio desta aplicação extensiva o rol fechado de crimes antecedentes se abria a qualquer modalidade delitiva, desde que praticada por quadrilha.

Outro aspecto relevante da Lei de lavagem brasileira, na linha das disposições internacionais sobre o tema, foi a criação de um órgão de inteligência financeira responsável pela coordenação das obrigações de colaboração.

b) Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF

A Lei de Lavagem de Capitais brasileira, lei n. 9.613/98 instituiu em seu artigo 14 o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, unidade de inteligência financeira criada para fortalecer o sistema de combate a lavagem no Brasil. Este Conselho é um órgão ligado ao Ministério da Fazenda, responsável pela regulamentação e fiscalização das ações anti reciclagem no âmbito das pessoas privadas. Cabe ao COAF a expedição de regulamentos, assim como a análise e elaboração de relatórios sobre as atividades privadas consideradas suspeitas de lavagem de dinheiro.

A estrutura funcional do COAF foi aprovada pelo Decreto n. 7.482/2011 e é composta pelo Plenário do Conselho, Presidente do Conselho, Secretária Executiva e Diretoria de Análise e Fiscalização. O plenário do Conselho é composto por seu Presidente indicado pelo Ministro da Fazenda e por mais onze representantes dos seguintes órgãos, Procuradoria da Fazenda Nacional, Polícia Federal, Ministério da Previdência, Receita Federal, Superintendência de Seguros Privados, Agência Nacional de Inteligência, Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, Controladoria Geral da União, Ministério da Justiça e Ministério das Relações Exteriores (COAF, 2014, p. 6).

Anualmente o COAF divulga seu relatório de atividades, sendo o mais recente disponível do ano de 2013. Neste relatório informa que sua atuação gerou mais de 2.450 relatórios de inteligência financeira:

No campo da Inteligência Financeira, foram produzidos e disseminados às autoridades nova marca recorde de 2.450 relatórios de inteligência financeira, número 16% superior ao do ano anterior. Os relatórios relacionaram cerca de 50 mil pessoas físicas ou jurídicas e consolidaram perto de 100 mil comunicações de operações financeiras. Os relatórios foram elaborados com base em cerca de 8,5 milhões de comunicações de operações financeiras reunidas em banco de dados, das quais mais de 1,2 milhão foram novas comunicações recebidas em 2013. A atuação direta do COAF, juntamente com o Ministério Público e autoridades policiais, possibilitou, em 2013, o bloqueio judicial de R\$ 927 milhões, relacionados a investigações sobre lavagem de dinheiro. (COAF, 2014, p. 4)

Toda esta atuação do COAF depende das obrigações de colaboração impostas pela Lei de Lavagem a determinados particulares. Segundo BLANCO CORDERO as pessoas obrigadas cumprem sua função nos programas anti lavagem de dinheiro quando mantém uma supervisão constante de seus clientes, assegurando o conhecimento das pessoas com quem mantém relações comerciais. Caberá as pessoas obrigadas realizar uma atividade de supervisão com base em indicadores de riscos de seus clientes, serão analisadas suas transações comerciais e seu perfil de negócios, para tanto deve se manter atualizadas bases documentais e de informações cadastrais (2012, p. 148).

No caso brasileiro, as informações colhidas pelas pessoas obrigadas deverão ser repassadas, em regra, ao COAF. As entidades privadas informam ao COAF as transações de seus clientes tidas como suspeita e aquele órgão as analisará, havendo indícios de crime de lavagem as informações e relatórios serão encaminhadas aos órgãos de persecução criminal, Polícia e Ministério Público, para que tomem as medidas que entenderem cabíveis.

Esta forma de prevenção ao delito de lavagem de capitais por meio das obrigações de colaboração pode ser justificada em razão da complexidade das operações ilícitas. As operações de branqueamento de capital se desenvolvem de forma estruturada, podem envolver agentes localizados em diferentes países e com conhecimentos técnicos elevados o que exige dos agentes do

mercado financeiro ação com cautela e diligência objetivando a proteção do mercado formal. De outro lado, o que se percebe desta política pública contra lavagem é que grande parte da responsabilidade estatal no combate a criminalidade é delegada para atividade privada. O Estado se desobriga do papel de descobrir a materialidade delitiva ao atribuir esta obrigação ao particular, o qual adquire o dever legal de exercer um papel fiscalizador típico da atividade estatal.

Neste modelo adotado os procedimentos de prevenção, investigação e repressão à lavagem de capitais são exercidos tanto pelo setor público como pelo setor privado, ao setor público cabe a investigação e imposição de sanções pelos delitos de lavagem, enquanto ao setor privado é exigido um grande empenho para prevenir e detectar operações suspeitas, numa convergência de atuação entre público e privado. Esta evolução resultou, inclusive, na criação de empresas especializadas na prestação de bens e serviços para o cumprimento das obrigações de *compliance*, tais como treinamento de pessoal e programas de informática (BLANCO CORDERO, 2009, p. 118).

Esta política preventiva à lavagem de capitais revela alguns problemas jurídicos, especialmente quando contrastada às garantias constitucionais e processuais do sujeito submetido a persecução penal. Note-se que toda esta atividade desempenhada pelo COAF, e pelas empresas obrigadas se desenvolve no âmbito administrativo, a princípio as informações prestadas pelas pessoas privadas obrigadas e os relatórios de risco feitos pelo COAF não possuem finalidade criminal, mas tão somente cumprem fins administrativos de análise de risco das atividades particulares. Contudo, este caráter administrativo é meramente superficial pois esta atividade possui uma finalidade eminentemente penal, conforme demonstram os dados destacados em 2013 com o bloqueio de 927 milhões de reais. O objetivo das obrigações de colaboração não é outro senão fornecer informações para que o Estado possa tomar ciência do cometimento de crimes de lavagem de dinheiro, porém, aos particulares investigados é negada a proteção da norma processual penal, desenvolvendo-se investigações criminais a margem dos órgãos efetivamente de persecução criminal e, mais grave, com a participação de pessoas privadas supostamente da confiança do investigado.

Outro aspecto, talvez de maior relevância nessa problemática, está nas objeções levantadas quanto à legitimidade de transformar as entidades financeiras em espécie de *longa manus* dos órgãos policiais do Estado. A dimensão do questionamento viu-se ampliada quando se elasteceu o rol de destinatários das obrigações tendentes a prevenir lavagem de dinheiro. Neste particular, quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar a busca de um "equilibrado compromisso" depende de não assumir posturas extremadas de colaboração das particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional. (RIOS, 2010, p. 52/53)

A regulação dos deveres de colaboração e sua regulação na Lei de Lavagem de Dinheiro, nos moldes apregoados pelas políticas governamentais internacionais, gera situações jurídicas de constitucionalidade controversa, pois delega a atividade estatal de persecução criminal a particulares sob a égide da insegurança e da denúncia. Há de se perceber que os limites entre a não colaboração e a participação na atividade criminosa de lavagem de capitais são juridicamente inseguros. Não se questiona que o agente que por ação ou omissão efetivamente contribuir para a atividade criminosa de lavagem de capitais poderá ser responsabilizado criminalmente, contudo há uma linha muito tênue separando o descumprimento das obrigações de colaboração capazes de gerar responsabilidade administrativa da omissão penalmente relevante no crime de branqueamento.

É de se destacar que as obrigações impostas aos particulares pelo sistema acolhido na legislação de lavagem de capitais no Brasil geram um grande conflito de interesses na atividade do particular. Conforme destaca BLANCO CORDERO, as pessoas jurídicas e físicas descritas na Lei de lavagem como obrigadas a colaboração com o Poder Público possuem finalidades econômicas privadas, voltadas a maximização de benefícios a seus clientes como instituições de confiança. Esta confiança é colocada em dúvida quando se impõe obrigações legais de vigilância da atividade de seus clientes, incorporando um papel de instituição delatora, acarretando no prejuízo de clientes que desejam realizar suas operações com o máximo de sigilo. Assim, estabelece-se um conflito entre exigências comerciais de máximo sigilo e exigências públicas de máxima vigilância (2009, p. 101).

Contudo, em que pese este conflito existente na atuação do COAF, suas atividades foram reforçadas com as alterações produzidas na Lei de Lavagem brasileira no ano de 2012.

c) Lei n. 12.683 de 2012

Após longa discussão nas casas legislativas, no ano de 2012 foi convertido em lei o projeto de lei n. 209 de 2003 do Senado Federal. Foi publicada em 09 de julho de 2012, a lei n. 12.683 que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira. Dentre as mudanças promovidas com a reforma legislativa pode-se destacar a tipologia do delito de lavagem com a exclusão do rol de delitos antecedentes, adaptando a legislação brasileira a terceira geração de tipos de lavagem e a ampliação dos deveres de colaboração e das pessoas obrigadas.

A nova legislação brasileira adotou a tendência internacional em substituir a lista fechada de delitos antecedentes por um modelo de enquadramento legal, na esteira, também, das reformuladas recomendações do GAFI que aplicaram os delitos antecedentes para todos os crimes considerados graves. Esta mudança de supressão do rol de delitos antecedentes pode ser atribuída a

percepção de que o bem jurídico tutelado na lavagem não é o mesmo do delito antecedente (BARDARÓ e BOTTINI, 2012, p.81).

Contudo, a legislação brasileira foi ainda mais ampla que a recomendação do GAFI na medida em que não delimitou o crime antecedente com qualificação de infrações graves, mas aplicou de maneira genérica a todas infrações penais²⁰. Esta eliminação do rol de crimes antecedentes pode trazer efeitos positivos por facilitar a persecução já que “lavadores profissionais” não fazem distinção entre a origem dos ativos submetidos ao procedimento de branqueamento. De outro lado, a eliminação do rol de crimes antecedentes podem surtir efeitos negativos, especialmente a vulgarização do delito de lavagem, o qual poderá ter penas superiores ao do delito precedente, e também, a dispersão dos recursos empregados no combate da atividade impedindo que sejam focados na criminalidade mais grave (MORO, 2010, p. 36).

Na visão de CALLEGARI e WEBER não se sustentam as críticas de desproporcionalidade diante da pena maior ao delito de lavagem que ao delito antecedente, ou de excessividade da pena em abstrato. Não haveria desproporção com o delito antecedente apenado de forma menos grave pois o bem jurídico protegido pelo tipo de lavagem é a ordem socioeconômica e não se confunde com o bem jurídico tutelado pelo delito antecedente, ademais incorporam a estratégia repressiva de responsabilização criminal pela lavagem quando não se consegue fazê-lo na infração antecedente. De outro lado, as penas previstas pela legislação brasileira são compatíveis com aquelas vistas no direito comparado, em especial no Reino Unido, Estados Unidos e Itália (2014, p. 84/85).

Na linha estabelecida pelo artigo 2º, II, da Lei de Lavagem, indícios do delito antecedente são suficientes para fundamentar o oferecimento de denúncia e seu recebimento, contudo, para a condenação na lavagem é imperioso que o juiz fundamente a materialidade, tipicidade e antijuridicidade da infração penal precedente. O juiz se baseará na livre apreciação da prova para analisar o delito antecedente, independente da existência ou não de processo ou trânsito em julgado sobre o mesmo, sendo recomendável, por esta razão, o julgamento conexo dos delitos (BARDARÓ e BOTTINI, 2012, p. 90). Nas infrações ocorridas no exterior o magistrado deverá analisar se a conduta é típica e antijurídica nos dois países, independentemente de estar no rol de delitos antecedentes da lavagem no país onde foi praticada, no que se denomina de duplo injusto (BARDARÓ e BOTTINI, 2012, p. 91).

De outro lado, um dos aspectos mais problemáticos do caminho de expansão traçado pelos delitos de lavagem de capitais neste destacado movimento de mudança do ambiente

20 Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa

institucional e melhoria das relações de mercado é a ampliação dos deveres positivos de colaboração imposto a particulares. Este movimento expansivo pode ser observado na nova lei brasileira que seguindo a tendência internacional ampliou significativamente o rol de pessoas obrigadas (RIOS, 2013, p. 5).

A problemática atrelada aos deveres de colaboração em matéria de branqueamento de capitais avolumou-se com a recente alteração legislativa promovida na Lei de Lavagem de Dinheiro pela Lei n. 12.683/12. Com a entrada em vigor da citada lei aumentou-se o rol de pessoas submetidas às obrigações de colaboração, incluindo-se diversas novas pessoas jurídicas e pessoas físicas, assim como se aumentou o número de atividades consideradas suspeitas, o que deverá resultar em aumento de notificações ao COAF. Veja-se o pensamento de RODRIGUES, Presidente do COAF, sobre a alteração legislativa:

Como unidade de inteligência financeira, a inclusão de novos setores obrigados ampliará o espectro e o volume de informações disponíveis para análise. Isso, além de reduzir as opções disponíveis aos criminosos, certamente trará reflexo positivo na qualidade das análises. Adicionalmente, a nova lei facilitará a obtenção de informações complementares, extremamente úteis em determinados casos. (2012, p. 14)

Nos moldes da regulamentação europeia positivada pelo artigo 2º, da diretiva 2005/60/CEE, o ordenamento pátrio, por meio Lei n. 9.613/98 em sua redação vigente, dispõe em seu artigo 9º, as pessoas privadas obrigadas a colaborar com o Estado no combate da lavagem de capitais. A sistemática adotada pelo legislador brasileiro foi no sentido de destacar pessoas, físicas e jurídicas, em razão do tipo de atividade exercida. Dentre este rol de atividades destacam-se alguns como captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros (art. 9º, I), compra e venda de moeda estrangeira (art. 9º, II), empresas de arrendamento mercantil e fomento comercial (art. 9º, parágrafo único, V), compra e venda de imóveis (art. 9º, parágrafo único, X), dentre algumas outras. As pessoas enquadradas no rol do artigo 9º, estão obrigadas as disposições do artigo 10 e 11 da mesma Lei, tais como manutenção de cadastro e registro de operações de seus clientes, bem como comunicação das operações consideradas suspeitas, nos termos das regulamentações dos órgãos competentes.

As obrigações de identificação de pessoas e de comunicação previstas nos artigos 10 e 11 da Lei de Lavagem em sua nova redação estão de acordo com as características do novo sistema de prevenção de branqueamento traçado em nível internacional. Cabe aos próprios sujeitos obrigados analisar os riscos dos seus clientes de suas operações numa perspectiva de autorregulação (RIOS, 2013, p. 27).

Desta forma, o que se percebe é um movimento de ampliação do espectro de alcance da

política de prevenção e repressão à atividade de branqueamento de capitais no Brasil nos mesmos moldes observados nos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e de organizações criminosas. Este movimento de ampliação penal está diretamente ligado a política desenvolvimentista de exportação de um ambiente jurídico institucional para os países periféricos que objetiva a estabilização dos mercados, possibilitando o investimento do capital estrangeiro com maiores níveis de segurança. Não é por outra razão que se pode traçar um comparativo entre as políticas internacionais de prevenção e repressão destas atividades econômicas criminais e as políticas brasileiras.

A questão que resta a ser analisada é até que ponto esta alteração promovida no sistema de justiça criminal brasileiro, baseada em disposições e movimentos internacionais de política criminal, são capazes de gerar os efeitos esperados de melhoria das relações de mercado e desenvolvimento interno. É necessário analisar estas reformas à luz da atual situação do sistema penal pátrio para que se possa avançar na busca da resposta a esta questão sob pena de se implementarem medidas de reforma desprovidas de qualquer reflexão e incorrer nos mesmos erros que geraram a situação de precariedade e insegurança vividas na atualidade penal brasileira.

4. Consequências e perspectiva do modelo brasileiro de combate à criminalidade organizada transnacional

Expostos o sistema jurídicos internacionais e o sistema jurídico brasileiro de combate às organizações criminosas, sua formação histórica, motivação e estrutura de funcionamento faz necessário analisar as consequências destes sistemas, especialmente frente a realidade brasileira. Afinal, em que medida a construção de um sistema jurídico baseada na força punitiva do Estado e na criminalização de atividades financeiras ligadas as práticas econômicas desenvolvidas por organizações criminosas alcança, ou pode alcançar, os objetivos traçados de melhoria de um ambiente institucional, desenvolvimento econômico e social? Que consequências podem ser observadas a partir do panorama até aqui exposto e quais as perspectivas que se pode projetar neste empenho estatal de repressão à criminalidade organizada, ao tráfico de drogas ilícitas e à lavagem de dinheiro?

4.1. Consequências da política de combate ao tráfico de drogas no Brasil

Se o consumo de drogas ilícitas gera efeitos danosos que legitimariam a sua criminalização, especialmente aqueles inerentes à saúde dos usuários destas substâncias, sua criminalização também gera uma série de efeitos danosos. Já na década de 80 do século passado BARATTA destacava os custos sociais oriundos da criminalização de drogas e os dividia em 5 grupos, problemas gerados aos consumidores, no âmbito social dos usuários, ao sistema de justiça criminal, aos sistemas alternativos de controle do uso de drogas e os efeitos sobre o mercado das drogas(2004, p. 123).

Os problemas gerados aos consumidores de drogas podem ser divididos em dois grupos, os problemas a saúde e os problemas sociais. A criminalização de drogas faz com que não se tenha qualquer espécie de controle sanitário sobre as substâncias consumidas ou dos meios de consumo o que incrementa os danos causados pela ingestão de substâncias tóxicas e sobredoses. A falta de controle sobre os meios de consumo é um grande fator de risco para a transmissão de doenças e mesmo de propagação do consumo entre usuários. Estas custos da criminalização à saúde são fatores que amparam as propostas de descriminalização ou normalização das drogas pois deslegitimam a criminalização sustentada no bem jurídico saúde pública. De outro lado, a criminalização das drogas se reflete na marginalização dos usuários, o que ocorre de maneira mais

severa em pessoas de menor condição econômica, causados pela estigmatização e pela perseguição penal que se volta contra o pequeno tráfico geralmente realizado por usuários para manutenção do consumo.

Os custos sociais não se limitam ao usuário, mas se estendem a outras pessoas de sua família e meio social. A dificuldade de meios de controle e de aquisição das drogas, somadas a seu encarceramento levam a ruína dos familiares que acabam arcando com os todos os custos econômicos de consumo e outros relacionados a marginalização dos usuários(ORTS BERENGER, 2010, p. 607). Assim os custos da criminalização ultrapassam o usuário para atingir todas as pessoas de seu convívio social.

Diversos são os custos ao sistema de justiça penal decorrente da criminalização das drogas que podem ser resumidos em dois grandes grupos, ineficiência do aparato de perseguição penal e encarceramento em massa. Embora pareçam contraditórios a primeira vista este dois efeitos coexistem, mesmo porque eficiência na perseguição penal não pode ser medida pela quantidade de pessoas presas. A ineficiência do aparelho de perseguição penal é consequência da grandiosidade do programa de criminalização primária gerado pela política criminal repressiva contra as drogas fazendo com que os órgãos do sistema de justiça se voltem a este impossível trabalho de erradicação e punição do tráfico deixando de lado a perseguição de outros tipos de criminalidade. De outro lado a marginalização do consumo de drogas e recrudescimento das leis penais e processuais penais acarreta em grande criminalização da massa de consumidores e pequenos traficantes de baixa condição financeira, refletindo em reincidência e grandes números de encarceramento provisório e definitivo(BARATTA, 2004, p. 129).

Os dados oficiais fornecidos pelo Ministério da Justiça comprovam que o recrudescimento punitivo promovido com a lei 11.343/06 agravou o problema do encarceramento em massa no Brasil. Os dados consolidados de dezembro de 2005, antes da nova lei, apontam que o Brasil contava com uma população carcerária total de 361.402 pessoas. Deste total, 32.880 pessoas estavam presas por tráfico de drogas, representando 9% do total. Os dados mais recentes disponíveis, de dezembro do ano de 2012, apontam uma população carcerária de 548.003 pessoas, das quais 138.198 estão presas por tráfico de drogas, num percentual de 25% do total (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

O quadro se agrava quando analisados os dados disponíveis por sexo das pessoas presas pois o problema da criminalização de drogas e encarceramento afeta ainda mais as mulheres. Os dados consolidados do DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional, demonstram que em

dezembro de 2008 na população carcerária masculina o percentual relativo a crimes de tóxico era de 19%, menor apenas que o delito de roubo com 28%, já na população carcerária feminina este percentual subia para 59% do total de mulheres presas no Brasil (2008, p. 41/42).

De igual sorte, a formação de políticas públicas de drogas voltadas a criminalização dificultam outros programas de redução de danos alternativos ao sistema penal, seja pela dificuldade de se criar e aplicar programas para o consumo racional das substâncias ilícitas, seja pela dificuldade de se implementar programas de tratamento de drogadependentes.

Os custos até agora descritos estão muito relacionados ao último custo social destacado por Baratta, os efeitos da criminalização no mercado das drogas. A criminalização é a principal causa da enorme rentabilidade do negócio das drogas. Aplicando-se a lógica econômica capitalista, quanto maiores os riscos do negócio maiores devem ser os índices de retorno do capital investido. A proibição de cultivo de matérias-primas, produção e comercialização somados ao enorme mercado consumidor das mercadorias cria uma agravante artificial as transações resultando em elevados lucros a quem investe neste negócio. Como explica BARATTA, esta variável artificial gera um aumento de até mil vezes do preço de mercado das drogas nas ruas, do que custariam caso não fossem proibidas, e os reflexos desta variável em outros efeitos socialmente danosos é enorme, sendo o elemento econômico a verdadeira raiz do problema das drogas(2004, p. 132).

Em trabalho conjunto, os economistas BECKER, MURPHY e GROSSMAN apontam que o preço da droga ao consumidor é formado por duas variantes, os custos gerados pelos gastos estatais com a repressão à produção e os custos do consumidor gerados pela criminalização e marginalização (2006, p. 20). Aos custos da repressão se somam os gastos com a operação de empresas ilegais, tais como não poder recorrer ao Judiciário para solução de conflitos, formas menos eficientes de produção, transporte e distribuição somados as perdas com apreensões de drogas e prisões (2006, p. 23). Assim, o aumento da repressão aumenta o preço da droga, de tal sorte que aqueles que não são presos obtém maiores lucros, contraponto seria que o preço maior poderia diminuir o consumo (2006, p. 24). Cada passo da repressão estatal, do produtor ao consumidor final, fomenta a alta inflacionária e artificial dos preços das drogas (AMBOS, 2010, p. 264).

Ocorre que o mercado consumidor de drogas se mostra inelástico, não há dados de diminuição de consumo em razão do reforço da repressão, de outro lado o custo social com a repressão de drogas é crescente e se espalha pela corrupção de agentes públicos, custos financeiros de repressão e punição que se mostram ineficientes. As conclusões apontadas no estudo são de que

a diminuição de consumo de drogas por meio da aplicação de impostos sobre consumo em um mercado formal seria mais eficiente do que a tentativa de diminuição por meio do aumento na repressão (BECKER, MURPHY e GROSSMAN, 2006, p.36/37).

Outra consequência da lucratividade do negócio das drogas é o aumento da violência gerada pela criminalidade de provisão e pela criminalidade de manutenção do negócio. Impossibilitados de adquirir as drogas por seu elevado custos usuários acabam se socorrendo no cometimento de crimes tais como furtos, roubos e tráfico. Por outro lado, a manutenção do negócio criminal das drogas demanda o uso da violência entre grupos concorrente e contra as forças do Estado, resultando em potencialização de crimes como homicídios e tráfico de armas.

A criminalidade de provisão é impulsionada pelo alto custo das drogas e pela impossibilidade dos usuários manterem o consumo por meio lícitos, sendo induzidos a prática de crimes, principalmente crimes violentos, mal elaborados e de grande repercussão sobre o ambiente social. O elevado preço das drogas ilegais decorrentes da criminalização obrigam à criminalidade de provisão, à venda do próprio corpo e participação no pequeno tráfico pois se torna muito difícil a aquisição de drogas com o trabalho legal, estimando-se que na Alemanha, por exemplo, a necessidade diária para financiamento de uma dependência de drogas pesadas fica entre 50 e 125 Euros por dia (ALBRECHT, 2010, p. 509).

A tentativa de proteger pessoas de autolesão com os instrumentos do Direito Penal demonstrou-se como contraproducente. O Direito Penal e a persecução penal agravam os problemas que afirmam combater. Impelem os dependentes para a miséria social e desintegração, para a decadência psíquica e física, para a estigmatização e carreiras criminais. A criminalização produz o mercado negro, com extremas margens de lucro no comércio ilegal, com a criminalidade de aquisição e com os perigos para o corpo e a vida dos dependentes (ALBRECHT, 2010, p. 524).

A visão deste problema da criminalidade de provisão à luz da realidade brasileira é ainda mais grave. Se na Alemanha se fala na impossibilidade de manutenção da dependência por meios lícitos, o que se poderá dizer numa sociedade marcada pela desigualdade social como a brasileira, onde a violência da criminalidade de provisão é impulsionada pelo vício do *Crack* e pela disseminação de dependentes nas classes mais pobres da população.

A sociedade brasileira é marcada por sua extrema desigualdade social, quando se analisa esta desigualdade sob a ótica do consumo de drogas pode se perceber que a parcela mais pobre sofre ainda mais as consequências da dependência na medida em que possuem menos informação, menos condições de recorrer a auxílio profissional terapêutico e menos condições de adquirir as

substâncias para manter seu vício. Desta forma, a criminalidade de provisão se manifesta principalmente nestas camadas sociais, induzindo as pessoas a criminalidade violenta (roubos, pequeno tráfico, prostituição), o que faz aumentar os problemas sociais de fragilidade perante o sistema de justiça criminal, fomentando os preconceitos e a insegurança pública.

A conta, evidentemente, será paga pelo dependente, que, por sua vez, vai financiar sua dosagem diária às custas da população. No roubo de veículos, na invasão de residências e no assalto de rua contra pessoas mais débeis, todos nós recebemos nossa cota do Direito penal das drogas, enquanto a segurança pública se apresenta aos olhos da população efetivamente ameaçada. É precisamente aqui, e não nos apartamentos nem nos quartos dos fundos, onde as escutas ambientais são autorizadas, que a confiança da população na polícia e no sistema penal atualmente se esvai. (HASSEMER, 2008, p. 329)

De outro lado, o mesmo mecanismo de mercado que leva ao alto preço das drogas sustenta o que se denomina criminalidade consequente atribuída ao traficante para manutenção da sua atividade, ou seja, é representada pelas práticas ilícitas necessárias para exercício e manutenção do comércio ilegal de drogas. Se a característica principal da criminalidade de provisão é a má elaboração e a falta de complexidade dos crimes cometidos, por outro lado a criminalidade consequente é marcada pelo cometimento de crimes elaborados, complexos, por vezes não violentos, mas de danosidade social ainda mais relevante, mesmo porque, os autores deste tipo de criminalidade, muitas vezes, encontram-se em extratos sociais elevados e contam com o auxílio de pessoas de grande capacidade intelectual e operacional. Um dos principais fatores da ineficiência repressiva do Estado em matéria de drogas é a corrupção de agentes públicos e corpos policiais. Somado ao uso da violência de forma racional a corrupção é o meio de se garantir a impunidade nas operações de drogas ilegais (AMBOS, 2010, 258).

Como vem sendo destacado neste estudo, a criminalidade consequente das drogas se manifesta especialmente na formação de organizações para prática de atos ilícitos com objetivos econômicos e na dissimulação da origem ilícita dos recursos e se sua reinserção no mercado financeiro formal, potencializando a atuação das organizações criminosas.

4.2. Críticas as alterações promovidas na legislação brasileira de lavagem de capitais

Conforme abordado no capítulo anterior, o sistema brasileiro de prevenção e combate à lavagem de capitais foi significativamente modificado com a introdução da lei n. 12.683/12 que alterou a lei n. 9.613/98. As alterações de maior relevo no âmbito material penal e preventivo foram

a exclusão do rol fechado de delitos antecedentes e a ampliação dos deveres de colaboração positiva de pessoas privadas com a identificação de clientes e comunicação de atividades suspeitas promovidas com a intenção de ampliar a eficiência estatal na repressão a reinserção de capitais de origem ilícita no mercado formal.

BLANCO CORDERO destaca que os modelos de tipificação de lavagem que impõe um grupo determinado de delitos ou estabelecem um rol exaustivo de crimes antecedentes podem sofrer críticas por sua limitação. Ao se acolher um modelo de crimes delimitados corre-se o risco de excluir algumas espécies criminais explorados por organizações criminais, demandando uma constante alteração legislativa para que o tipo de lavagem não perca seu objetivo. De outro lado, ao se delimitar os delitos antecedentes como aqueles considerados graves, adotando o critério da pena em abstrato, podem restar excluídos crimes que não sejam considerados graves mas que gerem relevantes benefícios econômicos, como grandes fraudes (2012, p. 277). Na opinião do Professor espanhol a ampliação dos delitos antecedentes da lavagem a qualquer forma delitativa, promovida na Espanha nos mesmos moldes brasileiros, é o caminho certo a ser adotado, especialmente na repressão da atividade criminal organizada, pois haverão delitos além do tráfico de drogas e dos considerados graves que poderão gerar grandes lucros e devem ser objeto do tipo de lavagem, evitando-se lacunas a serem exploradas (2012, p. 279).

Conforme destacam CALLEGARI e WEBER, a alteração promovida na legislação brasileira não é fruto do acaso, mas visa a ampliação do tipo penal de lavagem para inclusão de modalidade delitativa muito comum e lucrativa no Brasil representada por jogos de azar, especialmente o “jogo do bicho” (2014, p. 84). Esta modalidade não se enquadra sequer como crime, mas é contravenção penal punida com prisão simples de três meses a um ano.

Discordando do posicionamento exposto, entendemos que o modelo legislativo adotado no Brasil não corresponde a melhor forma de tipificação frente a realidade do sistema pátrio. A assertiva fundamenta-se em dois pontos, a banalização do delito de lavagem de capitais e o sobrecarregamento do sistema de justiça criminal.

Conforme vem sendo exposto ao longo do presente estudo, a pesquisa realizada demonstra que o objetivo primeiro do delito de lavagem de dinheiro é a repressão à utilização de valores obtidos por meio da atividade econômica criminal organizada. O delito de lavagem de capitais é um instrumento de repressão a atividade criminal capaz de gerar significativo abalo a ordem econômica com a infiltração de valores obtidos ilegalmente no sistema financeiro, afetando a livre concorrência e os valores da economia de mercado. A partir do momento em que se amplia

indefinidamente os crimes antecedentes à tipificação do delito de lavagem se promove uma banalização do instrumento, aplicando-o para casos em que não seria necessário como destaca RIOS:

Repercussão imediata deverá ser a constatação da perda da linha reitora que sempre primou por envidar esforços de prevenção e persecução dirigidos aos delitos mais graves. Significa dizer: no que concerne aos recursos disponíveis ao combate da lavagem, a premissa passará formalmente a nivelar o produto do crime de tráfico de entorpecentes à mera irregularidade tributária passível de regularização na esfera administrativa com efeitos extintivos de punibilidade. Percebe-se que a possibilidade de criminalização como lavagem de hipóteses práticas vinculadas a atividades lícitas e cuja obtenção de ganhos é constantemente posta ao exame da voracidade da autoridade fiscal – não ignorando que entre os bens jurídicos tutelados no delito tributário se prioriza a arrecadação – poderá afetar sensivelmente os princípios da segurança jurídica e da justiça, norteadores do Estado de Direito (2012, p. 3).

A excessiva ampliação dos delitos antecedentes promovida na legislação de lavagem de capitais no Brasil, que a princípio parece potencializar o trabalho de combate as atividades econômicas criminais lucrativas promovidas por organizações criminosas, pode se mostrar contraproducente a longo prazo. O princípio da obrigatoriedade da ação penal somado a ampliação do tipo de lavagem levará ao crescimento dos casos de lavagem, especialmente entre casos menos relevantes, tendo em vista que as autoridades do sistema de justiça não poderão optar por investigar e processar apenas casos de maior significado econômico, conduzindo ao desvirtuamento do instrumento que é a criminalização da lavagem.

Ao excluir o rol fechado de delitos antecedentes, ampliando para qualquer infração penal, o legislador brasileiro pode ter criado uma dimensão que contribua para a ineficiência da repressão penal, especialmente pela comunicação do delito de lavagem com delitos patrimoniais de menor expressão gerando um sobrecarregamento do sistema de Justiça Criminal. Assim como já ocorre com a criminalização do tráfico de drogas ilícitas, o legislador criou um programa de criminalização primário impossível de ser cumprido pelo aparelho de criminalização secundário. Se sob a égide da redação original do tipo de lavagem já se encontrava dificuldade na produção da prova e na condenação de autores do delito, agora, com a ampliação indistinta para ocultação ou dissimulação de bens ou valores provenientes de qualquer infração penal, a tarefa de cumprir o programa de criminalização tornou-se impossível, o que contribuirá para o aumento da cifra negra dos crimes econômicos no Brasil.

É fato notório que o aparelho de Justiça Criminal brasileiro é insuficiente para o trabalho que lhe é destinado, falta estrutura desde a atividade policial até a judiciária, o que resulta em acúmulo de investigações e processos judiciais, resultando em ineficiência da prestação

jurisdicional. Embora imprecisos, o diminuto número de condenações por lavagem de dinheiro transitadas em julgado no Brasil demonstram uma tendência a impunidade e ressaltam a morosidade do sistema judiciário (CALLEGARI e WEBER, 2014, p. 59). A partir da lei n. 12.683/12, possível encobrimento de bens originários de furto ou estelionato, por exemplo, poderão dar margem a denúncia criminal por lavagem, em consequência o fato poderá ser atraído para as Varas especializadas o que lhes tornará ineficientes em decorrência do acúmulo de processos (BARDARÓ e BOTTINI, 2012, p. 82). O objetivo da criação de varas especializadas é justamente possibilitar uma melhora na repressão penal diante da complexidade que envolve a atividade de lavagem de capitais, ao se ampliar a abrangência do delito, perdendo o foco sobre a criminalidade dotada de relevância econômica, está-se contribuindo para que não se atinjam os resultados esperados. Assim, em que pese a intenção legislativa de criar um tipo penal de lavagem amplo para se excluir lacunas de punibilidade, o modelo adotado é incompatível com a realidade brasileira, e poderá gerar efeitos contrários aos esperados, fomentando ineficiência repressiva e impunidade.

Da mesma forma parece equivocada a ampliação promovida nos deveres de colaboração e das pessoas obrigadas. Em que pese as obrigações de colaboração impostas a pessoas privadas serem peça importante no funcionamento da prevenção a atividade de lavagem de capitais, fornecendo o principal substrato para o trabalho das agências de inteligência financeira de nada adianta uma grande colaboração dos particulares levados a agir como longa mão do Estado em desrespeito a garantias de confidencialidade de seus clientes se o Estado não estiver aparelhado para processar de forma adequada estas informações. Como destaca RIOS a política de prevenção e repressão à lavagem tem uma finalidade transparente, retirar as vantagens econômicas relativas ao produto ou proveito da prática criminosa, assim se justifica a imposição de deveres de colaboração ao sistema bancário e agentes financeiros como a devida identificação de seus clientes e a comunicação de atividades suspeitas (2010, p. 31). Contudo, o alargamento destas obrigações a outros agentes, tal qual acontece na legislação brasileira, pode gerar uma ampliação incompatível com a capacidade de atuação estatal e um desvirtuamento dos objetivos de proteção a ordem econômica.

Por meio dos dados fornecidos no sítio eletrônico do COAF é possível perceber uma constância no número de comunicações realizadas entre os anos de 2011 à 2014, os quais se mantêm acima de um milhão de comunicações por ano. De outro lado, após a reforma legislativa de 2012 e a edição de novas resoluções pelo COAF, é possível constatar aumento considerável nas comunicações realizadas por alguns setores específicos como Factoring (de 15.026 comunicações

em 2011 para 32.376 em 2013), cartões de crédito (de 556 comunicações em 2011 para 26.368 em 2013) e sistema financeiro, operações em espécie, (de 729.395 comunicações em 2011 para 859.993 em 2013). Outra constatação é o volume de comunicações realizadas por setores incluídos na reforma como bens de luxo e alto valor com o volume de 4.185 comunicações em 2014 (COAF, 2015).

De outro lado, o Relatório de Gestão de 2013 do COAF aponta que em dezembro de 2013 o Órgão contava com 40 servidores, 4 pessoas terceirizadas em função administrativa e um estagiário (COAF, 2014a, p. 31). Ressalte-se que a atribuição do COAF não se limita a análise de comunicação de atividades suspeitas, contudo mesmo que assim o fosse sua estrutura estaria muito aquém das suas atribuições. No ano de 2013 o COAF recebeu 1.286.233 comunicações e contou com um corpo total de 40 servidores para processá-las. Não é difícil constatar que a estrutura humana da agência de inteligência financeira brasileira é incompatível com a atividade que lhe foi atribuída pela lei n. 12.863/12. De nada serve a criação de obrigações legais, sistemas eletrônicos para transferência de informações, ampliação de pessoas sujeitas as obrigações de colaboração se não há estrutura estatal para seu processamento.

Esta realidade faz com que se promovam uma série de comunicações irrelevantes, de atividades sem potencialidade lesiva real à ordem econômica ou a administração da justiça, desviando o foco daquelas que efetivamente deveriam ser objeto de cuidado por parte da agência de inteligência financeira, contribuindo para que comunicações relevantes se percam em meio a uma série de outros sem a mesma importância. Em vez de contribuir com a atividade do COAF, a imposição de obrigações excessivas aos particulares acaba por prejudicar seu trabalho pois o impossibilita de realizar uma efetiva atividade de inteligência.

Por estas razões é que deve se tomar com ressalvas as alterações legislativas promovidas na Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira pois tendem a desvirtuar a finalidade que motivou a criação do instrumento da criminalização da lavagem na busca de um ambiente institucional adequado. A expansão do tipo penal e das obrigações de colaboração ao invés de somar no combate à atividade criminal de lavagem de capitais podem contribuir para a sua perda da efetividade.

4.3. Apontamentos à delimitação de organizações criminosas no ordenamento brasileiro

Além da tipificação da participação em organização criminosa, a Lei n. 12.850/13 introduziu, ou reforçou, uma série de medidas limitadoras de garantias individuais buscando

potencializar a repressão estatal às atividades criminais desenvolvidas por organizações criminosas. Para que se possa buscar a legitimidade e a justificação destas medidas, é preciso uma delimitação do objeto legal pois a ampliação indevida do conceito legal de organizações criminosas contribuirá para a ineficácia da nova lei. A efetividade da repressão às atividades das organizações criminais só será alcançada com a delimitação precisa, estreita e exigente do que significa este fenômeno criminal (HASSEMER, 2010, p. 1017).

Ao analisar o desenvolvimento histórico e a crise atual do processo penal alemão ROXIN destaca o problema relacionado ao incremento de novos meios de investigação e o aumento da intervenção e controle penal relacionados ao combate da criminalidade organizada. Na visão do Professor alemão não há como se manter as características liberais da construção processual alemã após o Estado Nazista ignorando a potencialidade lesiva da criminalidade hodierna, contudo o uso de novas tecnologias investigatórias e o aumento da intervenção do Estado na liberdade individual deve se pautar nos princípios e garantias basilares do Estado de Direito (2009, p. 393).

(...) não se pretende, todavia, afirmar que o processo penal alemão devesse ter permanecido tão liberal como foi construído, 20 anos após o fim da guerra, pelo legislador alemão (em relação ao ultrapassado Estado injusto [nazi]). Pois que, nesta altura não havia terrorismo nem criminalidade organizada na Alemanha e as fronteiras não eram abertas. Compreende-se que esses novos desenvolvimentos, resultantes em perigos para a segurança interna, tenham de originar medidas de prevenção e, também que devam ser utilizados os meios de investigação que os avanços científicos e tecnológicos colocam a nossa disposição. Mas tudo isso – e aqui reside a crise resultante da evolução – deverá ser minuciosamente e fundamentadamente regulamentado, com respeito pelos direitos de personalidade individuais, se quisermos evitar comportamentos de um Estado de polícia. (ROXIN, 2009, p. 393).

Por isso a delimitação de organizações criminosas no Brasil, formulada a partir das diretrizes legais trazidas pela lei 12.850/13 em seu artigo 1º, §1º deve ser construída em consonância a seus objetivos, respeitando o momento em que foi elaborada. A construção de um tipo penal está relacionada aos valores atribuídos aquela conduta, o que demanda uma análise do conjunto normativo a partir de uma perspectiva histórico-social (PITOMBO, 2009, p. 168). No caso das organizações criminosas restou demonstrado que a elevação desta manifestação social a categoria de tipo penal está atrelada a um movimento de reformas institucionais para construção de um ambiente mais favorável ao desenvolvimento das relações de mercado.

Em que pese se possa justificar a tipificação no discurso da segurança pública, sua real motivação é excluir do mercado a concorrência desleal gerada pelo desenvolvimento de atividades econômicas criminais. Novamente, não se pode confundir organização criminosa com a

criminalidade de massa pois são fenômenos distintos, cada qual se manifesta socialmente de uma forma e assim devem ser reprimidos de acordo com suas características. A Lei n. 12.850/13 tem por objeto a repressão à atividade criminal desenvolvida por organizações criminosas e não a criminalidade de massa, para a qual continua incidindo o tipo penal do artigo 288 do Código Penal. Não há como utilizar do mesmo instrumento para combater coisas distintas que são a criminalidade de massa e a criminalidade organizada sob pena de não se reprimir nenhuma. A preocupação que motiva este apontamento é justamente a perda do objeto da norma e sua inefetividade, resultando em mais um tipo penal que só afete a camada mais fragilizada socialmente, excluindo-se aqueles que praticam atividades criminais social e economicamente mais graves. Alerta MUÑOZ CONDE que ao se perseguirem com rigidez e “tolerância zero” crimes como furtos, consumo e pequeno tráfico de drogas é possível que as ruas das grandes cidades ganhem em limpeza e segurança, possibilitando que autores de delitos muito mais graves como os financeiros, corrupção política, narcotráfico em grande escala e lavagem de capitais vivam comodamente em zonas residenciais seguras e limpas (2004, p. 179).

Por esta razão, o conceito de organização criminosa introduzido na legislação penal brasileira não pode ser alargado para a inclusão de qualquer tipo de manifestação criminal produzida em concurso de pessoas ou associação delitiva, sob pena de se tornarem inefetivas as medidas especiais previstas na nova lei. Esta necessidade de delimitação impõe uma análise do bem jurídico protegido pelo delito de participação em organização criminosa.

A doutrina aponta duas formas de justificação do delito de organização criminosa, de um lado a antecipação da proteção de bens jurídicos individuais, de outro a existência de um bem jurídico coletivo. Na antecipação, a tipificação do delito de organização criminosa teria o papel de proteger os bens jurídicos que venham a ser lesados com a futura ação do grupo delitivo (CANCIO MELIÁ, 2008, p. 35). Outra via desenvolvida pela doutrina é a justificação em razão da proteção de bem jurídico coletivo que pode ser identificado como segurança pública, segurança pública interior ou ordem estatal (CANCIO MELIÁ, 2008, p. 37). No Brasil os delitos de associação são tradicionalmente apontados como delitos contra a paz pública, especialmente pela colocação do artigo 288, antiga quadrilha, atual associação criminosa, nos crimes contra a paz pública.

Há certa divergência na doutrina quanto ao bem jurídico protegido pelo novo tipo penal de participação em organização criminosa, GRECO FILHO sustenta que é um delito que tutela múltiplos bens jurídicos como a paz pública, a administração da justiça e o Estado de Direito na medida em que as organizações constituiriam uma estrutura normativa paralela (2014, p. 26). Para

BITENCOURT e BUSATO o bem jurídico tutelado seria a paz social no seu aspecto subjetivo entendida como sentimento da população em relação a segurança social, uma sensação de bem-estar e segurança geral (2014, p. 49).

A definição do bem jurídico tutelado como a paz pública é suscetível a fundamentadas críticas. PITOMBO argumenta que um tipo penal de organização criminosa fundado na defesa da paz pública não encontra sustentação constitucional. A paz pública pode ser entendida de duas formas, como fim último de convívio social ou como a ausência de perturbação das pessoas. No primeiro sentido a paz pública seria a sustentação de todo o ordenamento penal, o que geraria uma perda de foco do bem protegido, na segunda hipótese sequer haveria dignidade penal para o tipo eis que o bem jurídico poderia ser tutelado por regulamentação administrativa (2009, p. 169). A delimitação de proteção a paz pública, expressão indeterminada e de múltiplos significados não é clara e abre as portas para criminalização ilimitada (CANCIO MELIÁ, 2008, p. 38/39). Nesta perspectiva, sob a uma análise de lesividade da conduta praticada, o delito de associação seria um tipo de mera conduta e perigo abstrato (PITOMBO, 2009, p. 171), o crime de participação em organização criminosa não acarretaria em violação a direito de outrem pois não traria nenhuma lesão direta e material, haveria uma presunção legal de ofensa (BITENCOURT e BUSATO, 2014, p. 50).

Os programas de criminalização devem ser analisados à luz das limitações estruturais do Estado, de nada adianta uma lei penal que pretenda reprimir qualquer tipo de associação delitiva com penas elevadas e formas severas de produção probatória se não puder ser executada pelo sistema de justiça penal. Ao contrário do tipo penal de associação delitiva que tem por objeto a proteção do sentimento subjetivo de segurança afetado pela união de pessoas para práticas delitivas, especialmente aquelas típicas da criminalidade de massa, o delito de participação em organização criminosa deve ter por objeto de proteção uma relevante perturbação à sociedade representada pela lesividade econômica da atividade criminal desenvolvida pelo grupo delitivo. A interpretação do tipo de organização criminosa como protetor da paz pública contribui para perda de sua efetividade contribuindo para o uso desproporcional dos meios persecutórios trazidos pela lei n. 12.850/13 e a para a concentração da repressão estatal contra atividades criminais de maior apelo simbólico e menor relevância concreta.

A definição de organização criminosa no Brasil deve estar atrelada a delimitação do bem jurídico protegido como sendo a ordem econômica na medida em que um grupo de pessoas dotados de estabilidade e divisão de tarefas só pode ser considerado uma organização quando constituírem

uma união de esforços para diminuição de custos com um objetivo comum entre eles. Não há como falar em organização sem relevância econômica de suas atividades, a obtenção de vantagem sempre estará relacionada, direta ou indiretamente, a finalidade econômica. Este posicionamento encontra respaldo na delimitação histórica e teleológica do tipo penal, demonstrada nos capítulos anteriores, bem como em sua redação que traz como um dos seus elementos caracterizadores a transnacionalidade das atividades criminais. Além de se ajustar a finalidades político-criminais, esta delimitação contribui para a concretização do tipo penal na medida em que possibilita a aferição da lesividade da conduta e lhe fornece dignidade penal.

4.4. Perspectivas ao modelo brasileiro de combate à criminalidade organizada transnacional

A existência de organizações criminais transnacionais se deve de forma geral a dois fatores, a nova realidade mundial do mercado globalizado e aos grandes lucros obtidos pelas atividades econômicas criminais, especialmente pelo tráfico de drogas ilícitas. As facilidades do mundo globalizado permitem o desenvolvimento de atividades ilícitas altamente lucrativas além dos territórios nacionais. Como não se pode frear ou retroagir o processo de globalização as preocupações penais devem se concentrar na atividade econômica das organizações criminais. Para isso é necessário pensar em meios de reduzir o lucro destas atividades e de potencializar sua repressão penal.

Diante deste desafio o direito penal vive numa contradição íntima imanente a sua própria natureza, de um lado esta a tarefa de buscar máxima eficácia na prevenção e castigo à prática de delitos, de outro a tarefa de levar a cabo este objetivo respeitando as garantias e direitos fundamentais dos acusados conquistados com dificuldades e de forma gradual ao longo dos anos. Esta dupla função produz uma tensão que ameaça se romper a qualquer momento, especialmente em favor da eficácia e da segurança (MUÑOZ CONDE, 2004, p. 166). A necessidade de afirmação de um poder nacional fragilizado pelo processo de globalização resulta na elaboração de leis que não são aplicadas. Embora se utilizem de recursos como a diminuição de garantias e a administrativização do direito penal a legislação penal econômica não pode conflitar com a necessidade de manutenção do capital, assim deixa-se de aplicar a legislação criada para se evitar o fluxo negativo de capital (ZAFFARONI, 2001, p. 154).

A elaboração de normas penais no combate a criminalidade manifestada com organização encontra limites relativos as garantias do Estado de Direito. Não existe nenhum tipo de igualdade de

armas entre a criminalidade organizada e o Estado que a combate no sentido de permitir que os órgãos estatais se utilizem de todos os meios que se encontram ao alcance dos criminosos. O Estado necessita de uma prevalência moral sobre o delito que seja fundamentada no plano normativo assim como de maneira prática e simbólica. Ao utilizar meios criminosos o Estado perde esta prevalência gerando riscos de perda de credibilidade e confiança da população no ordenamento jurídico estatal (HASSEMER, 2010, p. 1020). A atuação do Estado no combate a criminalidade organizada deve ser feita com racionalidade e mirando a eficiência das medidas adotadas. Para se alcançar estes objetivos a atuação estatal deve passar, necessariamente, pela percepção de que estas atividades delitivas possuem finalidade econômica, assim uma opção a ser seguida é a delimitação do objeto de combate, com foco no bem jurídico protegido pelos tipos de organização e lavagem como a ordem econômica e a diminuição dos preços inflacionários da droga que alimentam as demais atividades criminosas praticadas com organização.

Uma das formas de alcançar objetivos reais na repressão a criminalidade organizada é a concentração de esforços na repressão ao tráfico sobre o seu aspecto econômico. Embora a política criminal de drogas tenha se atentado aos aspectos econômicos do tráfico, tal qual se pode observar na evolução legislativa brasileira, as atividades estatais de repressão continuam focadas em esforços bélicos contra produtores e pequenos traficantes criando espaços de atuação as grandes transações financeiras com os valores fruto do delito. Ao invés da repressão violenta sobre a produção realizada nos países periféricos o controle da atividade do tráfico internacional de drogas deve ser feito nos países consumidores, especialmente sobre as possibilidades de utilização do produto econômico das drogas. Contudo estas políticas oferecem melhoras apenas a curto prazo. A longo prazo a estratégia deve passar pela diminuição do consumo e dos preços inflacionados das drogas, principalmente pela legalização controlada das drogas (AMBOS, 2010, p. 264). A política de combate às drogas deve passar por uma via dupla, a descriminalização da pequena produção, posse e consumo e uma repressão mais eficiente ao grande tráfico e a criminalidade organizada (AMBOS, 2010, p. 270).

Os tipos penais de drogas, especialmente o de tráfico do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 se enquadram no que Roxin denomina de tuteladores de bens jurídicos aparentemente coletivos. Não se pode identificar na proteção a saúde pública um bem indivisível entre toda uma população, mas sim um agrupamento de bens individuais, ou seja, somando-se a saúde de cada pessoa da coletividade poderia se falar em saúde pública, de forma que os tipos penais de tráfico nada mais representam do que a pretensão de proteger de uma forma geral a saúde de cada indivíduo.

Argumenta-se em especial que os referidos bens jurídicos só são aparentemente coletivos, uma vez que eles não passam da soma de vários bens jurídicos individuais. A soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para construir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado para elementar da não-distributividade, isto é, ele é indivisível entre diversas pessoas. Assim, cada qual tem a sua vida, a sua propriedade, independente das dos demais, mas o meio ambiente, ou a probidade da Administração Pública são gozados por todos em sua totalidade, não havendo uma parte do meio ambiente ou da probidade da Administração Pública que assista exclusivamente a A ou B. Já o bem jurídico saúde pública, por exemplo, nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo. (GRECO, 2004, p. 115).

Neste prisma, a criminalização do comércio de drogas representaria a intenção de evitar que as pessoas as consumissem e causassem mal a suas respectivas saúdes, o que se mostrou inviável por meio do direito penal e que não se sustenta à luz do princípio do direito penal como última razão do Estado. Neste prima, os tipos penais de drogas não se sustentam a luz da proporcionalidade e da lesividade penal pois tratam-se de tipos penais de perigo abstrato contra a integridade física, ou saúde, que estabelecem penalidades em abstratos superiores a dos tipos penais de resultado, no caso a lesão corporal (GRECO, 2004, p. 115). A maior consequência destes tipos penais de drogas, como já destacado, é a criação de preços inflacionários que se sustentam apenas pelo multiplicador artificial gerado pela criminalização e que fomentam direta e indiretamente a movimentação mundial de capital ilícito e a formação de organizações para prática de atividades criminais.

Em que pese todos os esforços de padronização internacional da política criminal em matéria de criminalidade organizada, não podem ser esquecidas nem ignoradas peculiaridades históricas e culturais do direito penal e das manifestações criminais de cada país ou região. Aletra AMBOS que a solução do problema das drogas deve passar necessariamente por caminhos diferenciados em consonância com as peculiaridades dos países e regiões (2010, p. 267). Respostas racionais ao problema da criminalidade organizada estão ligadas ao conhecimento empírico do problema, ou seja, o estudo de como esta criminalidade age em cada região. A tipificação coerente, os meios de investigação e o equilíbrio com os direitos fundamentais dependem de conhecer como esta criminalidade se desenvolve e quais suas ligações com as raízes sociais (ZUÑIGA RODRIGUES, 2006, p. 67). As políticas de diminuição da produção de drogas deve passar necessariamente pelo desenvolvimento social e econômico das zonas de produção, marcadas pelo subdesenvolvimento e pelo abandono estatal capazes de compensar as vantagens econômicas e sociais trazidas pelo cultivo da droga (AMBOS, 2010, p. 268/269).

Em matéria de lavagem de capitais é necessário que os esforços estatais estejam focados na repressão das atividades com potencialidade de lesão a ordem econômica, concentrando-se em grandes operadores de branqueamento e em delitos antecedentes com grande relevância. De nada adianta uma ampliação do rol de delitos antecedentes e das obrigações de colaboração sem que se possua estrutura para realização destes programas. O rol de delitos antecedentes a lavagem deveria permanecer restrito aqueles que maior abalo trazem a ordem econômica, como tráfico ilícitos, crimes contra a administração pública, ordem econômica e sistema financeiro, excluindo-se delitos típicos de criminalidade de massa. No que se refere aos deveres de colaboração impostos a particulares estes deveriam permanecer restritos a atividades vinculada diretamente ao sistema financeiro, como Bancos e seguradoras, excluindo-se deste rol atividades sem esta relação direta pois além de criar um volume de informações incapaz de ser processados pelas agências de controle avançam sobre o campo sensível dos limites da vida privada e dos sigilos profissionais.

Quanto a política de combate direto a criminalidade organizada no Brasil, consolidada com a criação da lei n. 12.850/13, deve se atentar para a correta delimitação do objeto a norma, restringindo-se a organização criminosa aquele grupo de pessoas com reais características organizacionais e potencialidade lesiva a ordem econômica. Esta delimitação se sustenta sobre três aspectos, a aferição de lesividade da conduta típica de participação em organização criminal, a efetividade das medidas de combate a esta forma de manifestação criminal e a justificação dos novos meios de investigação criminal limitadores de garantias.

Uma resposta inteligente e focada na criminalidade organizada promete alívios sensíveis no campo da segurança interna. Só assim se poderá superar as agravações do direito penal e retomar um clima de tranquilidade a política criminal (HASSEMER, 2010, p. 1018). É necessário se adequar ao modelo global de repressão a atividade criminal desenvolvida de forma transnacional sem deixar de lado as peculiaridades econômicas, sociais, históricas e culturais que formaram o sistema brasileiro de direito penal a fim de que o Estado possa agir para alcançar resultados positivos em vez de continuar incorrendo nos mesmos erros que possibilitaram a criação do fenômeno criminal que agora deve combater.

Considerações Finais

Por tudo que se pôde observar ao longo da pesquisa realizada sobre o tema das organizações criminais transnacionais, sua disciplina penal internacional bem como do tratamento que a matéria recebe no ordenamento brasileiro pode-se chegar a algumas conclusões a respeito da influência da política criminal internacional sobre o sistema pátrio bem como da relação entre a disciplina penal e sua capacidade de influência nas instituições estudadas.

Diversos apontamentos realizados ao longo do trabalho demonstram que o ambiente institucional é responsável por moldar as organizações que nele se formam. A assertiva prende-se ao fato de que as organizações são constituídas para a quebra de barreiras, o corte de custos de transação, no intuito de alcançar um objetivo comum ao grupo de pessoas que as formam. Num ambiente institucional propício a prática de atividades lícitas, ou seja, quando se tem uma base jurídica segura, estabilidade econômica, carga tributária adequada, incentivos sociais, econômicos e culturais para a prática de negócios as organizações tendem a ser constituídas para a prática de negócios legais e socialmente positivos. De outro lado, quando se encontra um cenário inverso, marcado por falta de estímulos governamentais e insegurança jurídica, que leve a dificuldades de se prosperar na atividade lícita e possibilidade de ganhos elevados com práticas ilegais o ambiente institucional conduz a formação de organizações para práticas ilícitas, é o que acontece no caso das organizações criminais transnacionais.

A realidade global moderna, marcada pelas modificações inerentes ao processo de globalização conduziram ao avanço de práticas criminais com finalidade econômica em escala transnacional. Os efeitos do processo de globalização vão além de sua influência cultural jurídica e econômica, pode se observar reflexos do processo de globalização, também, nas manifestações criminais, principalmente naquelas com finalidades econômicas. Pode se falar em uma realidade criminal global já que as tipificações penais e os fatos criminais são muito semelhantes, independentemente das peculiaridades internas. Estas atividades criminais são exercidas além das fronteiras nacionais como se observa na formação de organizações transnacionais que praticam tráfico de drogas ilícitas, armas, pessoas, órgãos, dentre outros.

A análise da constituição de organizações para a prática de crimes transnacionais e sua relação com o ambiente institucional da economia de mercado capitalista permitem a conclusão de que a motivação de uma organização criminosa não é o cometimento de crimes, mas a obtenção de

vantagens por meio do delito. Estas vantagens podem ser de poder, mas direta ou indiretamente estarão sempre relacionadas a vantagens econômicas. Por esta razão um ambiente institucional que favoreça o lucro por meio de práticas ilícitas fomentará o desenvolvimento de organizações criminosas.

Os reflexos da atividade criminal transnacional são percebidos na constatação de uma política criminal globalizada. Em que pese as limitações da criminalização de condutas pelas legislações internas, em especial nos países de modelo penal continental centrados no princípio da legalidade estrita, pode-se destacar a existência de um regramento internacional em matéria criminal desenvolvido pela celebração de Tratados e criação de Órgãos internacionais com finalidade específica ao combate da criminalidade transnacional. Este regramento internacional em matéria criminal autoriza falar-se em uma política criminal internacional.

A realidade do crime como atividade econômica lucrativa não passou despercebida pela política criminal globalizada. A evolução da disciplina penal internacional das organizações criminosas demonstra a preocupação em atingi-las economicamente, maior exemplo é a preocupação com prevenção e repressão à lavagem de dinheiro. Mesmo na questão do tráfico internacional de drogas, comumente ligado ao exercício da violência, a evolução normativa demonstra uma preocupação crescente em retirar os benefícios obtidos com o crime. O projeto penal de prevenção e repressão as atividades das organizações criminais transnacionais é voltado a perda dos proveitos financeiros do crime utilizando-se de instrumentos como inteligência financeira, confisco, cooperação internacional para recuperação de ativos dentre outros.

A mesma conclusão pode ser obtida com a análise da evolução legislativa brasileira em delitos de tráfico de drogas, lavagem de capitais e organização criminosa. Inserida no movimento de *rule of law* no qual exportou-se um modelo institucional considerado adequado ao desenvolvimento das práticas de mercado a diversos países periféricos, a política criminal brasileira de combate à criminalidade organizada é voltada para aspectos financeiros, com a preocupação em reprimir a lavagem de capitais, fortalecer o confisco e a cooperação internacional na recuperação de ativos. O real objetivo da legislação pátria contra a criminalidade organizada é a estabilização das relações de mercado e a proteção da ordem econômica contra atividades criminais lucrativas e seus reflexos como a proliferação da corrupção. Deve se traçar uma distinção entre a política criminal de repressão a criminalidade de massa e a de repressão a criminalidade organizada. Confundindo-se as duas formas de criminalidade e seus respectivos instrumentos de repressão pode não se obter resultados positivos no combate de nenhuma levando a proliferação da criminalidade econômica e

da criminalidade violenta.

Contudo, a política criminal em matéria de criminalidade organizada não vem surtindo os efeitos esperados, o mercado criminal global continua em expansão, o negócio das drogas ilícitas ainda é capaz de gerar elevados lucros, a repressão à lavagem de capitais levou a profissionalização desta atividade criminal. As estruturas estatais não se mostram suficientes para cumprir o programa preventivo e repressivo criado pela legislação, o que se agrava com a ampliação indiscriminada do objeto a ser reprimido.

Para a busca de soluções reais e com possibilidade de sucesso no campo do combate a criminalidade praticada de forma organizada não se pode olvidar o problema dos lucros obtidos com o negócio das drogas ilícitas. Enquanto o negócio de drogas continuar atrativo financeiramente fornecendo milhares de milhões de dólares em lucro aqueles que se arriscam em sua atividade não haverá como acabar com a criminalidade organizada, pois é a injeção destes lucros que a fomenta. Diante da relação entre preço da droga e criminalização o caminho da diminuição dos lucros passa pela progressiva descriminalização controlada das drogas ilegais, delegando a outras áreas do direito o controle que não se consegue fazer pela via penal. À descriminalização progressiva deve-se somar outras preocupações como a melhoria social de áreas de cultivo de matéria-prima e das zonas pobres onde se realiza a distribuição da droga possibilitando as pessoas que dependem desta atividade para sua subsistência condições de obter as mesmas vantagens por meio do trabalho lícito.

A diminuição dos lucros do negócio das drogas não deve desvirtuar os rumos da política criminal em matéria de criminalidade organizada voltada a repressão financeira da atividade criminal. Contudo, a repressão sobre a atividade financeira das organizações criminosas demanda a delimitação do conceito de organização criminal introduzido no ordenamento brasileiro. Este conceito não pode ser ampliado a qualquer espécie de manifestação criminal ou natureza de vantagem, deve ser uma definição atrelada ao conceito de organização e a potencialidade economicamente lesiva da atividade criminosa. De outra forma, ao se estender a aplicação da lei n. 12.850/13 a qualquer associação delitativa ou a criminalidade de massa haverá uma perda de efetividade das medidas previstas naquela lei e o dispêndio dos limitados recursos do sistema de Justiça Criminal pátrio em repressão a atividades criminais que não se amoldam aos objetivos da política criminal brasileira.

A difícil tarefa enfrentada pelos Estados em controlar os riscos da prática de crimes com características de organização e transnacionalidade só poderá ser alcançada analisando-se o delito enquanto atividade econômica moldada pelo ambiente institucional da sociedade capitalista

globalizada. Somada a repressão penal, criminalização da lavagem de dinheiro, aos meios de recuperação de ativos e confisco, cooperação e integração penal internacional devem se desenvolver políticas de desestímulo econômico à prática criminal com a exportação de modelos que vão além de alterações legislativas e da força policial, possibilitando um caminho de retorno das medidas penais limitadoras de direitos e garantias para seguir na via do fortalecimento do Estado de Direito.

Referências Bibliográficas

- ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional, especial referencia a los aspectos penales*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2002.
- AGUADO CORREA, Teresa. *Embargo Preventivo y Comiso en los Delitos de Tráfico de Drogas y otros Delitos Relacionados: Presente y ¿Futuro?*, In: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, p. 265-320.
- ALBRECHT, Hans-Jorg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. Oscar Julián Guerrero Peralta, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal*, tradução Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso, Curitiba-ICPC, Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2010;
- AMBOS, Kai. *Lavagem de Dinheiro e Direito Penal*, trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre, Sergio Fabris Editora, 2007.
- _____. *Raziones del Fracaso del Combate Internacional de las Drogas y Alternativas*, In. SILVA FRANCO Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**, Vol. 7, São Paulo, RT, 2010, p. 249-276.
- ARANA, Xavier. *La globalización de las políticas em materia de drogas como obstáculo para la profundización en la democracia*, In: ARANA, Xabier; HUSAK, Douglas e SCHEERER, Sebastian. *Globalización y drogas: políticas sobre drogas, derechos humanos y reduccion de riesgos*. Madrid: Dykinson, 2003.
- ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. *Aspectos Político-Criminales y Dogmáticos del tipo de comisión doloso de Blanqueo de Capitales (art. 301 CP)*, Madrid, Iustel, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro, Aspectos penais e processuais penais*, São Paulo, RT., 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Introducción a la criminología de la droga*, in BARATTA, Alessandro, *Criminologia y Sistema Penal (compilacion in memorian)*, editorial B de F, Buenos Aires, 2004;
- BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. *Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito*, In: CALLEGARI, André Luís (org.), **Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- BARRETO, Mena. *A Lei Antitóxico Comentada, Lei n. 5726 de 29/10/1971*, Rio de Janeiro, Editora

Renes, 1972.

BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje*, Rio de Janeiro, Revan, 1990;

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis, Droga e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia – Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1999.

BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach*, In: Journal of Political Economy, March 1968.

BECKER, Gary; MURPHY, Kevin M. e GROSSMAN, Michael. *El Mercado de Bienes Ilegales: el caso de la droga*, In: Revista de Economía Institucional, Vol. 8, n. 15, 2006, p. 17-42.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*, Vol. 4, São Paulo, Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Cezar Roberto e BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei n. 12.850/2013*, São Paulo, Saraiva, 2014.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Criminalidad Organizada y Mercados Ilegales*. In: EGUZKILORE, n. 11, San Sebastián, 1997, p. 213-231.

_____. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, 3ª ed., Navarra, Aranzadi, 2012.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 96007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013 RTJ VOL-00224-01 PP-00427.

BRASIL, Ministério da Justiça, <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=¶ms=itemID={D82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>, acessado em 06/01/2015.

CAEIRO, Pedro. *Sentido e função do instituto da perda de vantagem relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*. In: RCCRIM n. 100, 2013, p.

453-501.

CANCIO MELIÁ, Manoel. *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, In: CALLEGARI, André Luís (org.), **Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais da Lei n. 9.613/98*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008;

_____. *Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal*, In: Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. xxxi, número 91, julio-diciembre de 2010, p. 15-39.

CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*, São Paulo, Atlas, 2014.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.

CASTALDO, Andrea R.. *Obblighi Antiriciclaggio e Categorie Professionali Coinvolte: Le Novità del Decreto Legislativo 20 Febbraio 2004, n. 56*, In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord.), **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt**, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.

CHESTERMAN, Simon. *An International Rule of Law?*. American Journal of Comparative Law, Vol. 56, pp. 331-361, 2008; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 08-11. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1081738>

COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Relatório de Atividades 2013*, Brasília, 2014, disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/Relatorio%20de%20Atividades%202013_semlogo.pdf

COAF. *Prestação de Contas Ordinárias Anual Relatório de Gestão do exercício de 2013*, Brasília, 2014.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*, Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2008.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis e BLANCO CORDERO, Isidoro, *Estrategias represivas versus políticas de reducción de daños: las drogas en un Estado social y democrático de Derecho*. In: CUERDA ARNAU, Maria Luisa (coord.), **Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal 2 tomos, Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 437-453.

DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gomes e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas*, In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Doutrinas Essenciais Direito Penal da Administração Pública**, Vol. IV, São Paulo, RT, 2011.

DE OLIVEIRA, William Terra. *Segunda Parte - Dos Crimes e das Penas*, In: CERVINI, Raul; DE OLIVEIRA, William Terra e GOMES, Luiz Flávio, **Lei de Lavagem de Capitais**, São Paulo, RT, 1998.

DEL OLMO, Rosa. *A Face Oculta da Droga*, trad. Teresa Ottoni, Rio de Janeiro, Editora Revan, 1990.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. *Sistema Penitenciário no Brasil: dados consolidados*, Ministério da Justiça, Brasília, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *A Criminalidade Organizada*. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Doutrinas Essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa*, Vol. 6, Direito Penal Empresarial, Crime Organizado, Extradicação e Terrorismo. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 945-960.

DOTTI, René Ariel e SCANDELARI, Gustavo Britta. *Ausência do tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira*. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Doutrinas Essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa**, Vol. 6, Direito Penal Empresarial, Crime Organizado, Extradicação e Terrorismo. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 1125-1140.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.. *El blanqueo de capitales: contexto, razones de su penalización, evolución en nuestro entorno de las iniciativas supranacionales*, In: Diaz-Santos, MR e Fabián Caparrós EA (coord.), **El Sistema Penal Frente los Retos de la Nueva Sociedad**, Madrid, Colex, 2003, p. 163-188.

FATF-GAFI. *As Recomendações do GAFI: Padrões Internacionais de Combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*, trad. Deborah Salles, Paris, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *¿Transformación del Derecho Penal por la Protección de la Estabilidad Financera Internacional como Bien Jurídico Global?*. In: AFDUAM, n. 16, 2002, p. 109-136.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Os modelos estruturais do crime organizado*. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Doutrinas Essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa**, Vol. 6, Direito Penal Empresarial, Crime Organizado, Extradicação e Terrorismo. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GAZETA DO POVO. *Ameaça ao narcotráfico – Império das Cinzas*, 23 de março de 2014.

GICO JR, Ivo. *Introdução à análise econômica do direito*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.) **O que é análise econômica do direito: uma introdução**, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

GIDDENS, Anthony. *O Mundo na era da Globalização*, 6ª ed., trad. Saul Barata, Lisboa, Editorial Presença, 2006.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Recuperación de activos y proceso penal: algunas cuestiones relevantes*, In: Cuadernos Electrónicos de Estudios Jurídicos, num. 2, 2014.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção-Repressão: Comentários à Lei 6.368, de 21-10-1976, acompanhado de Legislação vigente e de referência jurisprudencial*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*, São Paulo, Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada, Lei n. 11.343/2006*, São Paulo, Saraiva, 2007.

GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato*, In: RBCCRIM, n. 49, São Paulo, RT, 2004.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*, 5ª ed., Niterói, Impetus, 2011.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enforque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, São Paulo, RT, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado: que se entende por isso depois da lei 10.217 de 11.04.2001?*, In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Doutrinas Essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa**, Vol. 6, Direito Penal Empresarial, Crime Organizado, Extradicação e Terrorismo. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 1023 – 1032.

GUARAGNI, Fábio André e PORTELA JUNIOR, José Carlos. *Tutela Penal de Bens Jurídicos Supraindividuais no Contexto da Globalização: A Questão das Indicações Convencionais Criminalizadoras e o Princípio da Reserva Legal*. In: Fábio André Guaragni, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Nivaldo dos Santos. (Org.). *Direito Penal e Criminologia*. 1ed., Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 24-41.

LEVINE, Harry G.. *Prohibición Global de las Drogas. Las variedades y usos se la prohibición de las drogas em los siglos XX y XXI*. In: ARANA, Xabier; HUSAK, Douglas e SCHEERER,

Sebastian, **Globalización y drogas, políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos**, Madrid, Dykinson, 2003;

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal, Fundamentos, Estrutura, Política*, Porto Alegre, Sergio Fabril Editor, 2008;

_____. *Límites del Estado de Derecho para el Combate contra la Criminalidad Organizada, Tesis e Razones*, In: SILVA FRANCO Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza, **Direito Penal**, Vol. 7, São Paulo, RT, 2010, p. 1015-1022.

MANSO PORTO, Teresa. *El Blanqueo de Capitales entre la Dogmática y la Política Criminal Internacional: Resultados desde una Perspectiva de Derecho Comparado*, In Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXI, 2011.

MARTÍNEZ-BUJAN PERES, Carlos. *La dimensión Internacional del Blanqueo de Dinero*, In: GRACÍA ARÁN, Mercedes (dir.), **El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica**, Estudios de Derecho Judicial 61, 2004, p. 179-270.

-MERTON, Robert K. *Sociologia Teoria e Estrutura*, trad. Miguel Maillat, São Paulo, Editora Mestre JEU, 1968.

MILLAN, Ricardo Gluyas. *Inteligencia Financiera y Prevención de lavado de dinero*, In: Iter Criminis - Revista de Ciencias Penales, num.3, Tlalpan, Mexico, 2006.

MONTOYA, Mario Daniel. *Máfia e Crime Organizado*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*, São Paulo, Saraiva, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo Derecho penal autoritario*, In: LOSANO, Mario G. e MUÑOZ CONDE, Francisco, **El derecho ante la globalización y el terrorismo: actas del coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 161-184.

_____. *Derecho Penal, Parte Especial*, 19ª ed, completamente revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

NORTH, Douglass Cecil. *Economic Performance through Time*, The Nobel Foundation, 1993, disponible em www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html.

NOVECK, Scott M. *Testing the Theory of Rational Crime with United States Data, 1994-2002*, In ICPSR Bulletin (Inter-University Consortium for Political and Social Research), Vol. 27, No. 3, Michigan, 2007, disponible em: <http://ssrn.com/abstract=1374754>.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia Introdução ao Direito Econômico*, 7ª ed., São Paulo, RT,

2013.

OEA, Organização dos Estados Americanos. *The Drug Problem in the Americas: studies the economics of drug trafficking*, Washington, OAS official records, 2013.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nova York, Nações Unidas, 2004.

ORTS BERENGER, Enrique. *Delitos Relativos a las drogas tóxicas estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, In: TOMÁS S. Vives Antón; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLES CUSSAC José Luis e MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, **Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed. actualizada de acuerdo co la Leu Orgánica 5/2010**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

PEDRINHA, Roberta Duboc. *Notas sobre a Política Criminal de Drogas no Brasil: elementos para uma reflexão crítica*, In Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008, p. 5486-5503.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel e BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. *La política criminal internacional contra la corrupción*, In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Doutrinas Essenciais Direito Penal da Administração Pública**, Vol. IV, São Paulo, RT, 2011.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*, São Paulo, RT, 2003.

_____. *Organização Criminosa: Nova perspectiva do tipo legal*, São Paulo, RT, 2009.

PRADO, Geraldo e DOUGLAS, William. *Comentários à Lei Contra o Crime Organizado (Lei n. 9.034/95)*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

RINGER, Thom. *Development, Reform, and the Rule of Law: Some Prescriptions for a Common Understanding of the 'Rule of Law' and its Place in Development Theory and Practice*. Yale Human Rights and Development Law Journal, Vol. 10, No. 1, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1025473>

- RIOS, Rodrigo Sánchez.. *A Política Criminal Destinada à Prevenção e Repressão da Lavagem de Dinheiro: O papel do advogado e suas repercussões*, In. VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresse e DIAS NETO, Theodomiro (coord.), **Direito penal econômico: análise contemporânea**, São Paulo, Saraiva-GV-law, 2009, p. 259-306.

_____. *Direito Penal Econômico: Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal*. São Paulo: Saraiva-GV law, 2010.

_____. *Alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro: breves apontamentos críticos*, Boletim IBCCRIM n. 237, ago/2012.

_____. *Perturbación de las relaciones sociales: Asesoramiento legal y la nueva ley brasileña de blanqueo de capitales*, In: Revista General de Derecho Penal, n. 19, maio 2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez e LINHARES, Sólón. *O confisco de bens em um contexto de criminalidade reidíticia*, In Gazeta do Povo, <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1455506>.

RIOS, Rodrigo Sánchez e PUJOL, Gustavo. *A nova Dimensão do Confisco de Bens Oriundos da Criminalidade Reidíticia e a Atuação Defensiva à Luz do Estatuto da Advocacia*, In MALAN Diogo e MIRZA Flávio (coord.), **Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

RODRIGUES, Antonio Gustavo. *O Coaf e as mudanças na Lei 9.613/1998*, In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, 2012, p. 13-14.

ROXIN, Claus. *La teoría del delicto en la discusión actual*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007.

_____. *Sobre o desenvolvimento do Direito Processual Penal Alemão*, In. **Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português**, Coimbra Editora, 2009. p. 385-398.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e Mercados, Ensaio de Anticriminologia*, trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

RUGGIERO, Vincenzo e SOUTH, Nigel. *Eurodrugs: drug use, markets and trafficking in Europe*, Londres, Routledge, 1995.

SANCHÉZ GARCIA DE PAZ, Isabel. *Función Político-Criminal del Delito de Asociación para Delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado*. In: ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam**. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Educaciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 645-681.

_____. *La Criminalidad Organizada: Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales*, Madrid, Dykinson, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os processos da globalização*, In: SANTOS Boaventura de Souza (org.) **A Globalização e as Ciências Sociais**, 2ª ed., São Paulo, Cortez, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Crime Organizado*, In: BONATO, Gilson (org.) *Direito Penal e Processo Penal Uma Visão Garantista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

- SANZ MULAS, Nieves. *La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad*, In: Diaz-Santos, MR e Fabián Caparrós EA (coord.), *El Sistema Penal Frente los Retos de la Nueva Sociedad*, Madrid, Colex, 2003, p. 9-28.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. *Repensando a Relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a revênciã das alternativas institucionais*, In. *Revista Direito GV.*, n. 11, jan-jun 2010, p. 213-252.
- SCHNEIDER, Friedrich. *Money Laundering and Financial Means of Organized Crime: Some Preliminary Empirical Findings*, Paolo Baffi Centre Research Paper No. 2008-17, Milão, maio de 2008. disponível em <http://ssrn.com/abstract=1136149>
- SIEBER, Ulrich. *Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, In: ARROYO ZAPATERO, Luis e NIETO MARTÍN, Andán (org), **El Derecho Penal Económico en la Era Compliance**, Valência , Tirant lo Banch, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª edición., Madrid, EDISOFER, 2011.
- SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime, the uncut version*, Binghamton -NY, Yale University Press, 2012.
- TAVARES, Juárez. *Globalización, Derecho Penal y Seguridad Pública*, In: BACIGALUPO, Silvina e CANCIO MELIÁ, Manuel (coords.), **Derecho penal y política transnacional**, Barcelona, Atelier, 2005, p. 305-318
- UNODC - United Nations Office on Drug and Crime. *World Drug Report 2011*, New York, United Nations publication, 2011.
- _____. *World Drug Report 2014*, New York, United Nations publication, 2014.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The Economics Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting.*, New York, The Free Press, 1985.
- WINTER, Luís Alexandre Carta e WACHOWICZ, Marcos. *A Empresa Transnacional como fator de desenvolvimento e integração regional para a América Latina*. In: **XVII Encontro para o congresso Nacional do Conpedi, 2008**, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador. Florianópolis: Boiteux, 2008, p. 1496-1517.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. In: COPETTI, André (org.) **Criminalidade Moderna e Reformas Penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 139-165.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalización y crimen organizado*, In. **Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal**, org. Asociación Internacional de Derecho Penal, Guadalajara, 2007. p.01-15.

ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Criminalidad Organizada, Derecho Penal y Sociedad. Apuntes para el Análisis*, In: SANZ MULAS, Nieves (coord.), **El desafío de la criminalidad organizada**, Granada, Comares, 2006, p. 39-68.

ZYLBERSTAJN, Decio e SZTJAN, Rachel. *Análise Econômica do direito e das Organizações*. In: ZYLBERSTAJN, Decio e SZTJAN, Rachel (Org.) *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.