

AS RECOMENDAÇÕES DA FATF/GAFI: SOFT OU HARD LAW?

Alberico Mendonça¹

RESUMO: Com o objetivo de combater a criminalidade econômico-financeira no mundo, o G – 7 - Grupo dos sete países mais ricos do mundo criaram a FATF, sigla que na língua inglesa significa *Financial Action Task Force*, ou GAFI, em português - Grupo de Ação Financeira. Para atingir seu desiderato, o GAFI estabeleceu, em 1990, Quarenta Recomendações que devem orientar o combate da lavagem de dinheiro no mundo inteiro. Essas Recomendações foram revisadas em 1996, adequando-as às novas tipologias de lavagem de dinheiro, constituem o padrão internacional de combate de lavagem de dinheiro e já foram adotadas por mais de 130 países. No mês de Outubro de 2001 o GAFI ampliou sua área de atuação criando as Oito Recomendações Especiais sobre o Financiamento do Terrorismo e, em julho de 2005, criou a IX Recomendação, complementando as outras Quarenta e objetivam combater o financiamento de atos e de organizações terroristas. O GAFI afirma que o direito insito nessas recomendações é um tipo de *soft law*, em razão de não possuir a idéia de obrigatoriedade. Contudo, de forma contraditória, o próprio GAFI tem a pretensão de que suas recomendações sejam aceitas e praticadas por todos os Estados estrangeiros e não apenas por seus Estados-membros. Não seriam essas Recomendações um tipo de *hard law*?

PALAVRAS-CHAVES: Direito Internacional. Recomendações. Grupo de Ação Financeira. Lavagem de dinheiro. *Soft Law*. *Hard law*.

ABSTRACT: Aiming to combat economical and financial criminality in the world, the Group of the Seven Economic Powers – G-7, created the FATF – Financial Action Task Force, (in Portuguese “Grupo de Ação Financeira” – GAFI). To accomplish its purposes, the FATF established, in 1990, Forty Recommendations aimed to orient the combating of money laundering in the whole world. These Recommendations were revised in 1996, being adequate to the new typologies of money wash and they constitute the international pattern for the combat of money laundering, being already adopted for more than 130 countries. In October 2001, the FATF broadened its field of work by creating Eight Special Recommendations on terrorism financing and, in July 2005, the IX Recommendation. They complement the other Forty Recommendations and their purpose is to combat the financing of terrorist acts and terrorist organizations. The FATF affirms that the legislation inserted in these Recommendations is a type of soft law, due to its non-obligatory idea. However, contradictorily, the FATF itself hopes that its Recommendations will be both accepted and put into practice not only by its state-members but also by all other foreign States. Wouldn't these Recommendations be then a type of hard-law?

KEY-WORDS: International Law. Recommendations. Financial Action Task Force. Money laundering. Soft Law. Hard law.

¹ Professor no IESB, Analista Judiciário no TRT da 10ª Região, bacharel em Direito pelo UNICEUB, pós-graduado em Direito do Trabalho pelo UNICEUB e mestrando em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. As Recomendações do Grupo de Ação Financeira - GAFI
3. Recomendação: conceito e natureza jurídica
4. A leitura literal das Recomendações do GAFI
5. Natureza coercitiva das Recomendações do GAFI
6. Obrigatoriedade das Recomendações do GAFI para os países não-membros
7. A *soft* e a *hard law*
8. Conclusão
9. Bibliografia

1. Introdução

FATF é a sigla que na língua inglesa significa *Financial Action Task Force*, ou GAFI, que na língua francesa é *Groupe d'Action Financière*. Em Portugal a sigla é conhecida como Grupo de Acção Financeira sobre o Branqueamento de Capitais e, no Brasil, Grupo de Ação Financeira.

O Grupo de Ação Financeira - GAFI foi criado pelo G – 7 - Grupo dos sete países mais ricos do mundo, os Estados Unidos da América, Japão, Alemanha, França, Itália, Reino Unido e Canadá. Posteriormente a Rússia, embora não constitua a oitava economia do mundo, foi admitida no Grupo em razão de seu poder geopolítico.

O GAFI é formado por duas organizações regionais, a saber, a Comissão Europeia e o Conselho de Cooperação do Golfo e mais quarenta e

um países, com a admissão da China recentemente e devendo ainda ser admitido a Índia, completando quarenta e dois países.

A criação do GAFI objetiva o combate da lavagem de dinheiro, em todas as modalidades e em todo o mundo. Assim, o GAFI é um organismo intergovernamental que estabelece padrões e desenvolve e promove políticas de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

2. As Recomendações do Grupo de Ação Financeira - GAFI

Para atingir seu desiderato, o GAFI estabeleceu, em 1990, Quarenta Recomendações que devem orientar o combate da lavagem de dinheiro. Essas Recomendações foram revisadas em 1996, adequando-as às novas tipologias de lavagem de dinheiro. Destaque-se que as Quarenta Recomendações, na versão atualizada em 1996, constituem o padrão internacional de combate de lavagem de dinheiro e já foram adotadas por mais de 130 países. No mês de Outubro de 2001 o GAFI ampliou sua área de atuação criando mais Oito Recomendações Especiais sobre o Financiamento do Terrorismo e, na XI Reunião Plenária de representantes do Grupo de Ação Financeira na América do Sul (GAFISUD), realizada em Buenos Aires, no período de 19 a 22 de julho de 2005, adotou-se a IX Recomendação Especial, com o objetivo de “detectar o transporte físico transfronteiriço de divisas e de outros instrumentos negociáveis ao portador” ou qualquer outra obrigação de comunicação. Essas nove Recomendações complementam as outras Quarenta e objetivam combater o financiamento de atos e de organizações terroristas.

O GAFI incentivou a criação de Grupos Regionais para tornar mais eficientes a tarefa de combater o crime de lavagem de dinheiro e o financiamento de atos e de organizações terroristas. Assim, foram criadas as seguintes organizações regionais: Grupo de Combate à Lavagem de Dinheiro do Sul e Leste da África (ESAAMLG) e o GAFISUD que é o GAFI da América do Sul. Criaram-se, ainda, outros organismos similares a FATF, como por exemplo, o Comitê PC-R.EV do Conselho da Europa, a Força Tarefa de Ações Financeiras do Caribe (CFATF) e o Grupo de Combate de Lavagem de Dinheiro da Ásia e Oceania (APG). Esses organismos são denominados de “similares” porque desempenham papel similar ao desempenhado pelo GAFI, em relação aos seus membros. Destaque-se que as organizações regionais atuam como observadores do GAFI Central, conduzem as avaliações mútuas de seus membros e analisam as tendências regionais de lavagem de dinheiro.

Ainda com o objetivo de construir uma rede mundial de combate a lavagem de dinheiro, o GAFI firmou parceria de cooperação com as seguintes organizações internacionais: Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento (EBRD), Banco para o Desenvolvimento Asiático, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Fundo Monetário Internacional (FMI), Grupo *Offshore* de Supervisores Bancários (OGBS) e o Escritório das Nações Unidas para o Controle de Drogas e Combate ao Crime (ONODCCP).

Não se pode deixar de mencionar também o Grupo de Egmont. Segundo Adrinne Giannetti Nelson de Sena, então Presidente do COAF, o Grupo de Egmont “é um grupo internacional informal, criado para promover, em âmbito mundial, entre as Unidades de Inteligência Financeiras (FIUs), a troca de informações, o recebimento e o tratamento de comunicações suspeitas

relacionadas à lavagem de dinheiro”. A FIU – Financial Intelligence Unit ou Unidade de Inteligência Financeira (UIF) em Português, de acordo com a definição fornecida pelo Grupo Egmont é a “a agência nacional, central, responsável por receber (e requerer), analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias sobre as informações financeiras com respeito a procedimentos presumidamente criminosos conforme legislação ou normas nacionais para impedir a lavagem de dinheiro”.

O COAF – Conselho de Controle de Atividades financeiras é a FIU brasileira que passou a integrar o Grupo de Egmont em maio de 1999, em sua VII Reunião Plenária ocorrida em Bratislava, República Eslováquia. Registre-se que a função primordial de uma UIF é estabelecer um mecanismo de prevenção e controle do delito de lavagem de dinheiro por meio da proteção dos setores financeiros e comerciais passíveis de serem utilizados em manobras ilegais.

A natureza jurídica da UIF pode assumir formas diversas de conformidade com o interesse ou a visão do Estado. Assim é que uma UIF pode ser de natureza judicial (quando for coordenada por um órgão do Judiciário); policial, (quando coordenada unicamente pela polícia; mista (quando for composta de representantes do Judiciário e da Polícia) e, administrativa (quando coordenada por membros do Poder Executivo).

O objetivo desta reflexão é analisar a força coercitiva das Quarenta Recomendações, perante os Estados que não participaram de sua elaboração e, sequer, as assinaram ou as ratificaram.

3. Recomendação: conceito e natureza jurídica

A Recomendação é um instrumento **criado por um organismo internacional**, contendo certas “*sugestões*” que, em regra, devem ser cumpridas pelos Estados participantes desse organismo. As recomendações diferenciam das convenções em virtude de serem essas revestidas de natureza obrigacional, o que não ocorre em relação àquelas. Assim, a convenção “cria uma obrigação internacional a cargo do Estado que a aceita” e, a recomendação é o meio pelo qual se “convida os Estados-membros a adotarem medidas ou, ao menos certos princípios, porém, não cria vínculo de direito”. (RAMADIER, 1951: 598). Contudo, para outros estudiosos do Direito Internacional Público, a recomendação pode se revestir de conteúdo obrigacional. É o que ocorre com as recomendações emanadas da OIT – Organização Internacional do Trabalho. Dispõe o art. 19, § 6º da Constituição da OIT que “o Estado-membro tem a **obrigação** de submeter a recomendação à autoridade competente para decidir, de forma soberana, sobre a conveniência de transformar em lei ou adotar outras medidas referentes à matéria recomendada”. (Sem destaque no original).

Embora possam existir divergências quanto a natureza obrigacional, ou não, das recomendações para os Estados-membros do organismo que as editou, resta incontroverso sua não-obrigatoriedade para os Estados que não fazem parte de tal organismo.

4. A leitura literal das Recomendações do GAFI

O GAFI pretende que o direito ínsito nas Quarenta Recomendações seja um tipo de *soft law*, em razão de tratar-se de “recomendações”. Na versão em português, as recomendações do GAFI utilizam o verbo “dever” no futuro do pretérito: “deveria”. Por exemplo, o *caput* e o parágrafo primeiro da primeira recomendação dispõem que:

Os países **deveriam** incriminar o branqueamento de capitais de acordo com o disposto na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena) de 1988, e na Convenção das Nações Unidas contra Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo).

Os países **deveriam** aplicar o crime de branqueamento de capitais a todos os crimes graves, por forma a abranger o conjunto mais alargado de infrações subjacentes. As infrações subjacentes podem ser definidas por referência a todos os crimes ou por referência a um limiar, ligado ou a uma categoria de infrações graves, ou a uma moldura penal aplicável à infração subjacente (crime do limiar)), ou a uma lista de infrações subjacentes, ou ainda a uma combinação destes critérios.²

Observe-se que o tempo verbal empregado não sugere qualquer obrigatoriedade, trata-se apenas de mera sugestão. O aludido verbo, no tempo mencionado, permeia as recomendações do GAFI, na versão portuguesa. Pontue-se que essas Recomendações referem-se “os países” e não somente os que fazem parte do GAFI.

O mesmo ocorre na versão inglesa. O verbo empregado é o **should**, pretérito de **shall**. Esse verbo inglês é empregado em três situações: 1ª) para formar o condicional dos outros verbos, na primeira pessoa: *I should go; we should go* (eu iria; nós iríamos); 2ª) como pretérito de shall, no sentido de “dever”, “haver de”: *you should have come sooner* (você deveria ter vindo mais cedo ou: 3ª) para formar um equivalente do subjuntivo: *if you should see him*

² Texto utilizado da versão Lusitana.

(se você o visse) ou, *as soon as they should be home* (logo que estivesse em casa). Apenas a segunda situação se aplica ao caso em exame. Para exemplificar, transcreve-se o *caput* e o parágrafo primeiro da primeira recomendação na versão inglesa, *verbis*:

Countries **should** criminalise money laundering on the basis of the United Nations Conventions against Ilicit Traffic in Narcotics Drugs and Psychotropic Substances, 1988 (the Vienna Convention) and the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000 (the Palermo Convention).

Countries **should** apply the crime of money laundering to all serious offences, with a view to including the widest range of predicate offences. Predicate offences may be described by reference to all offences, or to a threshold linked either to a category of serious offences or to the penalty of imprisonment applicable to the predicate offence (threshold approach), or to a list of predicate offences, or a combination of these approaches.

Assim, considerado a forma conotativa do verbo **shall**, no pretérito (**should**), nas recomendações do GAFI, percebe-se que ele tem, claramente, o sentido de “dever”, de “haver de”, não possuindo a idéia de obrigatoriedade. Contudo, essa não é leitura feita pelo próprio GAFI de suas recomendações, como se demonstrará.

5. Natureza coercitiva das Recomendações do GAFI

Com exceção da equidade e do costume, até mesmo a teoria moderna do direito relaciona a coação com o Direito. Para confirmar essa assertiva, aponta-se alguns conceitos de Direito adotados pelos Estudos Introdutórios desta ciência.

Meirelles (1993: 25) leciona que “O Direito, objetivamente considerado, é o conjunto de regras de conduta **coativamente** impostas pelo Estado”. (Destacou-se).

Segundo Roberto de Rugiero (1935, v. I, p. 37) “o direito objetivo pode definir-se como o complexo das regras impostas aos indivíduos nas suas relações externas, com caráter de universalidade, emanadas dos órgãos competentes segundo a constituição e tornadas obrigatórias mediante a **coação**.” (Sem destaque no original).

Considerado de forma objetiva, direito é norma. É o conjunto dos preceitos impostos a todos os homens pelas necessidades da manutenção da ordem social: *jus est norma agendi*.

Reale (1980: 47) pontua que, para Ihering, *O Direito se reduz a ‘norma + coação’, no que era seguido por Tobias Barreto, ao defini-lo como ‘a organização da força’.*”

Ao discorrer sobre a coercitividade de uma norma, Hans Kelsen ressaltou que:

[...] uma ordem jurídica pode, através de atos de coação por ela estatuídos, reagir não só contra uma determinada conduta humana mas ainda [...] contra outros fatos socialmente nocivos [...]. Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica (KELSEN, 2003: 36).

Assim, para o mestre alemão o Direito é ordenação coercitiva da conduta humana. Embora Kelsen não considere a sanção como meio para realizar a norma jurídica, ele, contudo, a relaciona com o Direito considerando-a um elemento essencial da norma. (KELSEN *apud* BOBBIO, *Op. cit.*, p. 156).
Todavia, o caso em exame insere-se no âmbito do Direito Internacional. Sendo

assim, e tendo em vista que as recomendações do GAFI constituem um instrumento pertencente ao ordenamento jurídico do Direito Internacional Público, para o enriquecimento destas reflexões, reputa-se de bom alvitre examinar, pelo menos *en passant*, o poder coercitivo desse direito.

No Direito Internacional, segundo BOBBIO, “parece não existirem meios para fazer valer coercitivamente as normas que regulam as relações entre os Estados. E, com efeito, a maior parte daqueles que sustentam a teoria da coerção nega a juridicidade do ordenamento internacional”. Esse autor faz alusão a Carnelutti que considerava o Direito Internacional “como um direito **in fieri**, em embrião, mas não ainda efetivamente existente”. (CARNELUTTI, *apud* BOBBIO, 1995: 155).

De outro ângulo, há os que defendem a presença coercitiva no Direito Internacional.

Nascimento e Silva e Accioly (1998: 453-460) apontam seis formas de soluções coercitivas de controvérsias internacionais: a retorsão, as represálias, o embargo, o bloqueio pacífico, a boicotagem e a ruptura das relações diplomáticas. Tratam, ainda, esses autores da guerra (p. 461-554), sendo esta mais uma forma de solução coercitiva de controvérsias internacionais.

A retorsão é a retribuição de um Estado com o mesmo tratamento concedido por outro. Diz Accioly que é um tipo da pena de talião. Baseia-se no princípio da reciprocidade que deve nortear as relações internacionais. Exemplo de retorsão foi o tratamento dado pelo Brasil aos turistas americanos, em decorrência do tratamento concedido aos brasileiros nos EUA, logo após o ataque terrorista no dia 11/9/2002. As represálias foram definidas pelo Instituto de Direito Internacional (sessão realizada em Paris, em 1934) como sendo

“medidas coercitivas, derogatórias das regras ordinárias do direito das gentes, tomadas por um Estado em conseqüências de atos ilícitos praticados, em seu prejuízo, por outro Estado e destinadas a impor a este, por meio de um dano, o respeito do direito”.

Quanto ao embargo Accioly explica que “é uma forma especial de represália que consiste, em geral, no seqüestro, em plena paz de navios e cargas de nacionais de um Estado estrangeiro, ancorados nos portos ou em águas territoriais do Estado que lança mão desse meio coercitivo”. Pontua esse autor que o embargo foi muito empregado no passado, mas vem sendo, cada vez mais, “abandonado pela prática internacional e condenado pela doutrina”. (NASCIMENTO E SILVA e ACCIOLY: 456).

O bloqueio pacífico, também conhecido como bloqueio comercial é uma outra forma de represália. “Consiste em impedir, por meio de força armada, as comunicações com os portos ou as costas de um país ao qual se pretende obrigar a proceder de determinado modo (...) trata-se de um dos meios de que o Conselho de Segurança das Nações Unidas pode recorrer para obrigar determinado Estado a proceder de acordo com a Carta”. (*Op. cit.* p. 457). Alguns países, como por exemplo, os Estados Unidos da América, só admitem o bloqueio em caso de guerra.

A boicotagem “é a interrupção de relações comerciais com um Estado considerado ofensor dos nacionais ou dos interesses de outro Estado. É recurso de que, em geral, este último ou seus nacionais lançam mão para obrigar o primeiro a modificar uma atitude considerada agressiva ou injusta”. (*Ib.* p. 458).

A ruptura das relações diplomáticas, também denominada de cessação temporária de relações oficiais entre dois estados ocorre quando um Estado viola o direito de outro ou, quando um Estado pretende exercer pressão sobre outro com a finalidade de forçá-lo a um acordo sobre determinado assunto. A ruptura em análise pode ocorrer de duas maneiras: entrega de passaportes ao agente diplomático do Estado contra o qual se rompem as relações diplomáticas ou “pela retirada, da capital, de tal Estado, do agente diplomático do Estado que lança mão desse recurso, ou, concomitantemente, pelas duas medidas.” (Ib. Ib. p.459).

No que tange a represália e a guerra Kelsen (1999: 356) diferencia esses dois institutos ao ensinar que: “As represálias podem, quando seja necessário, ser exercidas mesmo com o emprego da força armada. Este ato de coerção, porém, apenas tem o caráter de uma represália enquanto ou na medida em que a ação das forças armadas não assuma – por virtude da sua amplitude e da sua intensidade – o caráter de uma guerra”. Ressalta ainda que “A diferença entre uma represália realizada com a força das armas e uma guerra é meramente quantitativa”.

No particular, a questão a ser examinada é qual ou quais dessas formas de soluções coercitivas de controvérsias internacionais poderiam ser utilizadas pelo GAFI.

De início afastam-se a retorsão e as represálias, em razão de tratarem-se de medidas utilizadas por um Estado contra o outro. Não é crível que o GAFI lançasse mão do embargo por materializar-se em seqüestro, em tempo de paz de navios e cargas de nacionais de um Estado estrangeiro, ancorados nos portos ou em águas territoriais de outro. Contudo, em tese, haveria

possibilidade do GAFI utilizar-se do bloqueio pacífico ou comercial para forçar um Estado não-cooperante a tornar-se cooperante quanto às recomendações em exame.

Em sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (1999: 359) apresenta uma construção escalonada do Direito Internacional, na qual sobressaem três escalões: as normas do Direito internacional geral, as normas do Direito internacional pactício e as normas jurídicas criadas pelos tribunais internacionais e por outros órgãos internacionais pacticiamente instituídos. No que diz respeito às normas do Direito internacional geral, explica esse mestre que:

O Direito internacional consta de normas que originalmente foram criadas através de atos de Estados – quer dizer, dos órgãos para o efeito competentes segundo as ordens jurídicas dos Estados singulares – para regulamentação de relações interestaduais, atos esses que operam tal efeito pela via do costume. São estas as normas do Direito internacional geral – geral porque impõe deveres e atribui direitos a todos os Estados. Entre elas tem particular importância a norma que usualmente é designada pela fórmula **pacta sunt servanda**. Ela autoriza os sujeitos da comunidade jurídica internacional, a regular, através de tratados, a sua conduta recíproca, quer dizer, a conduta dos seus órgãos e súditos em relação aos órgãos e súditos dos outros. O processo consiste em que, através do expresse acordo de vontades dos órgãos de dois ou mais Estados para tanto competentes, são criadas normas pelas quais são impostos deveres e conferidos direitos aos Estados contratantes. (Destacou-se).

Quanto às normas pertencentes ao segundo escalão, isto é, às normas do Direito internacional pactício, Kelsen pontua, *verbis*:

O Direito internacional pactício atualmente em vigor tem, à parte certas exceções, caráter meramente particular. As suas normas não vigoram em relação a todos os Estados, mas apenas em relação a dois ou a um grupo maior ou menor de Estados. Constituem simplesmente comunidades parcelares.

No terceiro escalão encontram-se, segundo Kelsen (1999: 360), as normas jurídicas criadas pelos tribunais internacionais e por outros órgãos internacionais pacticiamente instituídos. Este escalão do Direito internacional, ensina o criador da Teoria Pura do Direito:

[...]se apóia sobre uma norma do Direito internacional geral consuetudinário, sobre uma norma do estrato ou camada relativamente mais elevada, é mister que (...) valha como norma fundamental pressuposta do Direito internacional uma norma que institua com fato gerador de Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados.

Resta saber em qual desses escalões inserem-se as Recomendações editadas pelo GAFI. Pode-se chegar a uma conclusão por meio de exclusões. Assim, por exclusão, afasta-se a possibilidade das aludidas recomendações pertencerem ao terceiro escalão kelseniano, em razão de não terem sido elas estabelecidas por tribunais internacionais. Por outro lado, não se pode olvidar que o GAFI é um organismo intergovernamental e não um órgão internacional, pacticiamente instituído.

As Recomendações do GAFI também não fazem parte, pelo menos parcialmente, das normas do Direito internacional pactício, segundo grau do escalonamento em exame. Como restou mencionado, essas normas vigoram em relação a dois ou a um grupo maior ou menor de Estados e não para todos os Estados. Parcialmente porque é compreensível que as Recomendações em análise vigorem nos Estados membros do GAFI ou para os Estados que assumiram o compromisso de implementá-las. Contudo, o GAFI pretende que tais recomendações sejam acatadas por todos os Estados, mesmo para aqueles que não fazem parte do Grupo, que não participaram dos debates e conseqüente aprovação, nem as assinaram.

De início objetar-se-ia que as recomendações do GAFI incluem-se nas normas do Direito internacional geral. A Afirmação kelsiana de que o Direito internacional geral impõe deveres e atribui direitos a todos os Estados deve ser entendida como “todos os Estados contratantes”, o que é corroborado pela parte sublinhada do texto transcrito. Ademais, não fosse assim, não se aplicaria o princípio da ***pacta sunt servanda***.

Assim, à luz do exposto, verifica-se que as recomendações do GAFI não se enquadram em nenhum escalão construído por Kelsen.

6. Obrigatoriedade das Recomendações do GAFI para os países não-membros

Mencionou-se linhas anteriores que o GAFI tem a pretensão de que suas Recomendações sejam aceitas e praticadas por todos os Estados estrangeiros e não apenas por seus Estados-membros. Assim, se algum Estado não aceitar as Recomendações em análise, não participando da guerra contra a lavagem de dinheiro, esse Estado será inscrito na lista negra do GAFI ou lista dos países e territórios não-cooperativos (NCCT – *non-cooperative countries and territories*).

Quando um país está sendo examinado para ser colocado na lista dos não-cooperantes, ele é notificado para responder ao questionário do GAFI. Esse país poderá marcar um encontro com um *expert* do Grupo para discutir qualquer questão não resolvida ou controvertida. Para satisfazer as exigências e sanar as deficiências identificadas pelo GAFI é necessário que o país em exame promulgue uma legislação específica e devidamente regulamentada, adotando medidas para ratificar e cumprir plenamente a Convenção das

Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. O GAFI observará se essa legislação possui, de forma específica, leis de jurisdição criminal, o modo de se operacionalizar a fiscalização financeira, a identificação de clientes, os relatórios de transações suspeitas e cooperação internacional. Mesmo após um país ter-se tornado cooperante, esses itens continuarão sendo avaliados para que o mesmo permaneça na lista dos cooperativos.

Em 1999 o GAFI elaborou um projeto com a finalidade de encorajar os países não-membros a melhorarem suas condições de combate à lavagem de dinheiro, por meio da edição de legislação adequada e normas práticas. No mês junho de 2000 foi elaborado o primeiro relatório desse projeto, estabelecendo critérios para a identificação de países não-cooperantes e nomeando as jurisdições (países) não-cooperativas. Ressaltou-se no relatório que o GAFI continuará dialogando com os NCCT e estará disposto a fornecer a esses países assistência técnica para auxiliá-los na implementação do combate à lavagem de dinheiro. Até aquele ano, os Países e Territórios que ainda não tinham aderido às Quarenta Recomendações do GAFI, considerados, portanto, como não-cooperativos eram: Bahamas, Egito, Filipinas, Guatemala, Ilhas Cayman, Ilhas Cook, Dominica, Granada, Hungria, Israel, Indonésia, Liechtenstein, Líbano, Ilhas Marshall, Myanmar, Nauru, Nigéria, Niue, Filipinas, Panamá, Rússia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas e Ucrânia.

O relatório do GAFI publicado na reunião do mês de fevereiro de 2001 destacou o progresso que alguns desses países fizeram na direção dos objetivos do Grupo. Observou-se que as Bahamas, Ilhas Cayman, Ilhas Cook,

Israel, Liechtenstein, Ilhas Marshall e Panamá aprovaram grande parte da legislação corretiva. A partir da reunião plenária ocorrida no mês de 2001, o GAFI começou a implementar um programa de remoção de nomes dos países da lista do NCCT. Dos países da América Central as Bahamas, o Cayman e o Panamá e o Liechtenstein, na Europa, já implementaram leis de combate à lavagem do dinheiro, tendo, por isso, saído da lista dos países não-cooperantes do GAFI.

7. A *soft* e a *hard law*

No meio jurídico internacional as denominadas “cartas de intenções” e as “recomendações” inserem-se no que se cunhou chamar de *soft law*, diferentes dos tratados e convenções internacionais que se encontram na esfera da *hard law*. A *soft law*, em razão de ser despida de um sistema de sanção internacional propriamente dita, é considerada um tipo de *stand-by arrangements*.

No magistério de Guido Soares (2004: 140) a *soft law* é:

[...] um domínio entre a política internacional, em que prevalece a inventividade dos Estados e de seus negociadores, em que se releva a parca preocupação com legalidade, ou mesmo em que pode ser nula a preocupação formal (...) Trata-se de um campo nebuloso no qual incidem as necessidades de lege ferenda, pelo menos do ponto de vista da tipificação dos fenômenos, os quais, por todos seus elementos, têm aparência de possuírem todas as características clássicas de uma fonte do Direito Internacional.

Para esse autor (2004: 140), a *soft law* “é um tipo de normatização que nasceu da necessidade dos Estados em resolver de maneira rápida e eficaz determinadas situações sem se preocupar com a roupagem jurídica

internacional de suas decisões”. Dessa forma, ao revés dos Estados se preocuparem com a elaboração de fontes tradicionais do Direito Internacional Público, procuraram dar solução aos problemas de maneira menos burocrática e mais eficaz.

Em palestra proferida na Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, no dia 14 de novembro de 2003, a professora Máira Rocha Machado, ao abordar a questão de Internacionalização do Direito Penal em dois parâmetros de análise: a produção do Direito e a atividade jurisdicional apresentaram as principais modificações ocorridas nos últimos dez anos. A lavagem de dinheiro foi uma das ilustrações utilizadas pela palestrante ao analisar as aludidas mudanças. A professora Máira ressaltou que em razão de não existir um tratado internacional de lavagem de dinheiro, as regras propostas pelo GAFI, não têm, em princípio, caráter obrigatório. Pontuou que a principal novidade que esse órgão traz para o Direito Internacional é a *soft law hardly binding* que desemboca em duas vertentes: a primeira diz respeito à *soft law* que é um instrumento internacional de caráter não vinculante, combinado com uma a segunda vertente, a *hardily binding*, consubstanciando-se em mecanismos que têm o objetivo de responsabilizar e sancionar os países não-cooperantes.³

Luis Guillermo Colin Villavicencio, em artigo disponibilizado na *internet*, sob o título *El Soft Law, uma fuente formal má Del Derecho Interncional?* cita Boyle o qual assevera que o termo *soft law* apresenta os seguintes significados: 1) a *soft law* é não- vinculante. Guillermo Colin diz que Boyle

³ Disponível em: www.edesp.edu.br/noticias/detalhes.cfm?=79- Acesso em: 30/7/2004.

utiliza o termo inglês *not binding* para especificar a não-vinculação dos instrumentos ao que se chama de *soft law*. 2) a *soft law* consiste em normas gerais ou princípios, mas não em regras. 3) a *soft law* é a lei que não é aplicada através de uma resolução vinculante de controvérsias. Menciona, ainda, que Boyle explica que: “*Los tratados son, por definición, siempre Del tipo Harde Law porque son siempre vinculantes*”. E aduz: “*Y respecto al tecer significado, para Boyle es el carácter de la resolución de controversias lo que determina se estamos frente a un Soft o un Harde Law*”.⁴ Colin faz menção a um artigo escrito pelo Juiz Baxter, intitulado *International law in her infinite variety* em que esse autor acentua que na atualidade os princípios e regras do direito internacional têm uma existência real e criam obrigações para os Estados e os indivíduos, que não podem ser aplicadas mediante sanções. Ressalta Baxter que há normas com diversos graus de persuasividade e consenso que são incorporadas em acordo entre Estados mas que não criam deveres a serem aplicados. Baxter mostra a inaplicabilidade da *soft law* em *stricto sensu* e a distingue ressaltando que, embora tenha ela (a *soft law*) a conformação de um ato, não está sob o princípio da coerção da *pacta sunt servanda* ou qualquer outra regra consuetudinária do direito internacional.

Outro artigo mencionado por Guillermo Colin é *A fresh look at Soft Law*, escrito por Hillgenberg. Registra este autor que as partes em um acordo que não é um tratado (*non treaty agreement*) excluem, ambas, da aplicação do direito internacional dos tratados, particularmente seu princípio central da *pacta*

⁴ Disponível em: www.tuobra.unam.mx/publicadas/030330120008.html. Acesso em: 2/8/2004.

sunt servanda e, também, das conseqüências legais decorrentes do não-cumprimento de seus compromissos.⁵

O GAFI pretende se tornar o legislador de um novo direito, um tipo de *soft law*. Contudo, o adjetivo “*soft*” resta afastado da pretensão desejada pelo GAFI, como se demonstrará a seguir.

Embora as Quarenta Recomendações empregam o verbo ***shall***, no pretérito (***should***), essa não é a leitura feita pelo GAFI. Entende essa organização que o verbo ***should*** deve ser lido por ***must***, o qual contém a idéia de obrigação. Ex. *I must go* (Eu tenho que ir). Tanto as Quarenta Recomendações quanto a Nove Recomendações Especiais sobre o Financiamento do Terrorismo estabelecidas pelo GAFI contra Lavagem de Dinheiro têm a pretensão de “obrigarem” os Estados, mesmo aqueles que não fazem parte do Grupo.

Relembre-se que o GAFI é um sistema fechado, possuindo, hoje, 41 Estados-membros. Além desses, está se admitindo em seu rol apenas a Índia. É, também, um sistema excludente porque não pretende aceitar mais nenhum outro Estado. Assim, da análise das aludidas Recomendações percebe-se a pretensão do GAFI de legislar para o mundo todo. Sua intenção é de ter suas Recomendações aceitas e praticadas por todos os Estados estrangeiros e não apenas por seus Estados membros. Essa pretensão exsurge, como vimos, da leitura do verbo ***should*** pelo verbo ***must*** presente nas Quarenta Recomendações, feita pelo GAFI.

Dois são os modos pelos quais um determinado direito poderá se tornar obrigatório entre as partes: por meio da denominada *vis coativa* ou por meio da

⁵ *Idem.*

vis directiva. A *vis coativa* é empregada pelo Estado-Juiz na solução de litígios entres particulares ou entre estes e o Estado e vice e versa. No que concerne ao direito estabelecido por organismos internacionais, o modo de torná-lo obrigatório nos Estados, membros desses organismos, é a *vis directiva*. Assim, não há falar, nesses casos, na aplicação da *vis coativa* sob pena de infringir o princípio da soberania dos Estados. Ressalte-se: nos Estados, membros desses organismos. E o que diria quanto aos Estados que nem sequer são membros de tais organismos! E quando se trata de “recomendações”, como é o caso *sub examen*?

Para que a *vis directiva* atinja sua finalidade é necessário a presença de uma ou das duas seguintes condições), *verbis*: “a) o que exerce deve ter muita autoridade, ou seja, deve incutir, senão temor reverencial, pelo menos respeito; b) aquela sobre o qual ele se exerce deve ser muito razoável, ou seja, deve ter uma disposição genérica a considerar como válidos não só os argumentos, mas também os da razão.” (BOBBIO, 1992: 38).

Embora pareça contraditório, no caso das Recomendações do GAFI estamos diante de uma *vis coativa*. O GAFI criou um instrumento de avaliação implementado por meio de dois processos: o primeiro é uma avaliação mútua feita por um outro país-membro, que se concentra efetivamente na luta contra o sistema de lavagem de dinheiro. Esta avaliação é um tipo de “*peer review*” em razão de ser feita por outro país-membro. Adotou-se aqui o modelo estabelecido no artigo 32, parágrafo 3º, alíneas “d” e “e”, c/c o parágrafo 4º da Convenção das Nações Unidas (Convenção de Palermo) contra o Crime Organizado Transnacional. O objetivo primordial é assegurar que os crimes de lavagem de dinheiro estejam entre os previstos na legislação de cada país-

membro. O GAFI examina, ainda, o setor bancário de cada país, juntamente com a garantia e a segurança implementada por meio de controle interno, treinamento, linhas de orientação e supervisão.

O segundo processo de avaliação é feita pelo próprio país-membro. É uma auto-avaliação que consiste em responder a um questionário padrão sobre a situação de seu trabalho de implementação das Quarenta Recomendações, devendo apresentá-lo ao GAFI com um relatório anual, no encontro do Grupo que ocorre sempre no mês de junho. O objetivo dessa auto-avaliação é verificar quais as medidas foram colocadas em prática no ano anterior, por uma determinada Jurisdição (país). Aqui o principal objetivo é averiguar o total consentimento dos países cooperativos com todas as recomendações do GAFI. Dessa forma, o GAFI avalia o progresso tanto dos Estados-membros, quanto dos Estados cooperativos na implementação das aludidas Recomendações.

Questiona-se se o GAFI disporia de mecanismos que garantiriam o cumprimento de suas recomendações. Sem dúvida, um desses mecanismos seria a possibilidade do GAFI utilizar-se do bloqueio pacífico ou comercial para forçar um Estado não-cooperante a tornar-se cooperante quanto às recomendações em exame.

Mas a maior sanção que o direito internacional hodierno é a exclusão. É deixar o Estado não-cooperante fora do sistema. Friedmann (1971: 65) analisa este sistema de sanção ao explicar que:

Os inúmeros problemas relativos à segurança, comunicação e bem estar, contudo, fazem surgir um novo tipo de lei internacional, em constante modificação, que introduz princípios e métodos de cooperação. A sistematização de muitos desses problemas ainda está em elaboração. Assim, as normas de trabalho e bem estar social, elaborados por iniciativa

da Organização Internacional do Trabalho (OIT), carecem, inclusive atualmente, de autoridade jurídica e moral. Em muitas das democracias industriais modernas, esta autoridade seria suficiente para excluir uma estrutura de empregador ou empregado discordante do mercado de trabalho legal, como também para negar ao infrator os benefícios do reconhecimento oficial. Mas chegaremos o dia em que as convenções e diretrizes da OIT serão tão poderosas que o estigma, ou desgraça, da discordância acarretará a exclusão do mercado internacional do trabalho. A eficácia não só das sanções diretas de multas e impostos, como da exclusão, já é claramente visível na comunidade econômica mais fechada da Europa Ocidental. Deste modo, uma empresa que transgrida os critérios legais de emprego ver-se-á excluída da participação, benéficos de créditos e subsídios, quotas de importação temporárias, e outras medidas de emergências que a Autoridade Executiva da Comunidade tem o poder de aplicar em períodos de crise.

Destaca esse autor (1971: 65) que:

A sanção de não-participação em caso de comportamento contrário às leis jurídicas internacionais aplica-se, cada vez mais, ao importante setor de ajuda ao desenvolvimento econômico internacional. O Banco Mundial e seus associados, que dependem anualmente, entre os mesmos, cerca de um bilhão de dólares em subsídios, ao desenvolvimento econômico, não possuem à sua disposição sanções internacionais mais severas do que a sociedade internacional em conjunto. Contudo, se um país que recebeu empréstimo tentar usurpar a propriedade de investidores estrangeiros, sem indenização, ou se violar os termos do acordo de crédito com a própria organização internacional de empréstimo, será excluída de participação em futuros subsídios para desenvolvimento (...) A eficácia desta sanção de não-participação depende, naturalmente, do grau de interesses comuns em jogo.

Para ilustrar suas assertivas, Friedmann (1971: 66-67) dá os seguintes exemplos:

Do ponto de vista financeiro internacional, o bloco ou grupo, comunista encontra-se hoje fora do alcance dos órgãos financeiros internacionais.⁶ (...) No sistema legal internacional mais avançado das Comunidades Européias, os órgãos administrativos da Comunidade têm poder direto de sanção, sob a forma de multas pela violação dos requisitos do tratado, ou de ordens executivas sujeitas ao tratado. Estas sanções são reforçadas pelas empresas interessadas. O Alto comando da Comunidade de Carvão e Aço pode também suspender a instituição de garantias de dinheiro por ela devida a um país que não cumpriu suas obrigações (Art. 41). Existe, também, uma sanção de 'não-participação', isto é, o poder que tem a Direção de limitar o

⁶ Friedmann escreveu a obra em comento em 1971, quando existia, ainda, a URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

direito das empresas da Comunidade de manter transações com um comprador que venha violando sistematicamente as normas de Comunidade.

Finalmente, conclui suas considerações (1971: 67) ponderando que:

Serão patentes as vantagens de participação em organizações que visem ao bem estar internacional, como a Organização Mundial de Saúde ou as Organizações de Alimento e Agricultura, se, e quando, alcançarem poderes mais amplos de supervisão e regulamentação, como também o serão as desvantagens de exclusão.

Percebe-se que a exclusão é um sistema de sanção relativamente eficaz. Embora não tenha abalado profundamente o Estado cubano, contribuiu para a derrocada da União Soviética.

8. Conclusão

À luz do exposto, verifica-se que a exclusão de um Estado estrangeiro do sistema internacional é o grande instrumento alternativo de sanção que vem sendo, cada vez mais, utilizada pelo direito internacional contemporâneo. O que se leva em conta na aplicação desse tipo de sanção, segundo Friedmann, são “*os requisitos da sobrevivência e desenvolvimento*” da Comunidade Internacional. Tais requisitos “ditarão a sujeição à normas internacionais de conduta, à medida que são progressivamente incorporadas à ordem jurídica internacional em desenvolvimento”. (FRIEDMANN, 1971: 68).

Tendo em vista que a exclusão do sistema é a grande tendência atual no direito internacional, tem-se, por certo, que esse será o sistema de sanção a ser adotado pelo GAFI com relação aos Estados não-cooperativos, isto é, aqueles que não se disporem a adotar um sistema eficiente de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Assim, quem não se

dispuser a cooperar, estará fora do sistema e não terá acesso aos benefícios concedidos aos países cooperativos.

Dessa forma não há dúvidas que as Recomendações editadas pelo GAFI não se tratam de uma simples *soft law*, mas de uma *hard law*, ou melhor, de uma *hardily binding*, pois, resta evidente que sua pretensão é que tais Recomendações sejam acolhidas pelos países do mundo inteiro, e não apenas por aqueles que as assinaram .

Não se deve ignorar que o GAFI possui instrumentos de coerção para fazer valer suas Recomendações.

9. Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

FRIEDMAN, W. *Mudança da Estrutura do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.

RAMADIER, *Conventions et recommandations de l'Organisation Internationale du Travel in Droit Social*, 1951.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1935.
V. I.

SOARES, Guido. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2004.