

Barreto, Cássio de Alencar Teles.

O fenômeno do de-risking e do overcompliance: sua problemática, regulação e possível solução. / Cássio de Alencar Teles Barreto. 2024. 95 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. Marcelo Costearo Cavali.

1. Compliance. 2. Overcompliance. 3. De-risking. 4. Due diligence. 5. Lavagem de dinheiro. 6. Crimes financeiros.

I. Cavali, Marcelo Costearo. II. Título.

CDU 34

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Aos quatro dias do mês de dezembro de dois mil e vinte e quatro, às dez horas, na Universidade Nove de Julho, reuniu-se em sessão pública a Comissão Julgadora da Dissertação de Mestrado de **CÁSSIO DE ALENCAR TELES BARRETO**, dissertação intitulada, **O FENÔMENO DO DE-RISKING E DO OVERCOMPLIANCE: SUA PROBLEMÁTICA, REGULAÇÃO E POSSÍVEL SOLUÇÃO**, orientação do Professor Doutor Marcelo Costenaro Cavali. Integraram a Comissão avaliadora os Professores Doutores: Rodrigo De Grandis e Fernanda Regina Vilares. A Banca examinadora, tendo decidido aceitar a dissertação, passou à arguição pública do candidato e, encerrado os trabalhos, os examinadores deram parecer final sobre a dissertação.

Prof. Dr. Marcelo Costenaro Cavali - PRESIDENTE

Parecer

Aprovado

Assinatura



Documento assinado digitalmente

Prof. Dr. Rodrigo De Grandis – UNINOVE

Aprovado



RODRIGO DE GRANDIS
Data: 05/12/2024 11:33:50-0300
Verifique em <https://validar.itd.gov.br>

Profa. Dra. Fernanda Regina Vilares - FGV

Aprovado



Em sessão pública, após exposição, o (a) candidato (a) foi arguido oralmente pelos membros da banca, tendo a banca chegado ao seguinte resultado:

Reprovação
 Aprovação
 Reformulação com uma nova banca
 Reformulação sem nova banca.

O (a) candidato (a) deverá, no prazo máximo de 30 dias, a partir da data de hoje, acatar todas as sugestões e eventuais correções realizadas pelos Senhores Examinadores, depositando então 1 (um) exemplar de sua dissertação encadernada em capa dura vermelha, escrita dourada, juntamente com declaração de autorização para depósito expedida e devidamente assinada pelo seu orientador, com parecer atestando o acatamento de todas as sugestões e eventuais correções determinadas pela Banca Examinadora.

Observações:

O candidato foi considerado Aprovado, no grau de Mestre em Direito, e para constar, eu, Alexandre Reis Siqueira Freire, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, lavrei a presente ata que assino juntamente com os membros da Banca Examinadora.

Prof. Dr. Alexandre Reis Siqueira Freire
Coordenador
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito

CÁSSIO DE ALENCAR TELES BARRETO
O FENÔMENO DO DE-RISKING E DO OVERCOMPLIANCE: SUA
PROBLEMÁTICA, REGULAÇÃO E POSSÍVEL SOLUÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito.

São Paulo, 04 de dezembro de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Documento assinado digitalmente

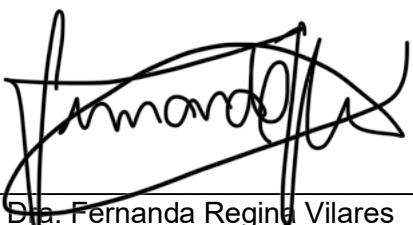
gov.br MARCELO COSTENARO CAVALI
Data: 12/12/2024 16:10:16-0300
Verifique em <https://validar.itd.gov.br>

Prof. Dr. Marcelo Costenaro Cavali
Orientador
UNINOVE

Documento assinado digitalmente
govbr RODRIGO DE GRANDIS
Data: 05/12/2024 11:33:50-0300
Verifique em <https://validar.itd.gov.br>

Prof. Dr. Rodrigo De Grandis
Examinador Interno
UNINOVE

Profa. Dra. Fernanda Regina Vilares
Examinador Externo
FGV



UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE

CÁSSIO DE ALENCAR TELES BARRETO

**O FENÔMENO DO *DE-RISKING* E DO *OVERCOMPLIANCE*: SUA
PROBLEMÁTICA, REGULAÇÃO E POSSÍVEL SOLUÇÃO**

SÃO PAULO

2024

CÁSSIO DE ALENCAR TELES BARRETO

**O FENÔMENO DO *DE-RISKING* E DO *OVERCOMPLIANCE*: SUA
PROBLEMÁTICA, REGULAÇÃO E POSSÍVEL SOLUÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Nove de Julho - Uninove-SP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Empresarial, sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo Costenaro Cavali.

Data de aprovação 04/12/2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Costenaro Cavali

Prof. Dr. Rodrigo De Grandis
Examinador Interno
UNINOVE

Profa. Dra. Fernanda Regina Vilares
Examinador Externo
FGV

RESUMO

O combate aos crimes financeiros, em especial o crime de lavagem de dinheiro é uma preocupação global. Diversos países buscam há décadas, inclusive por meio de convenções internacionais, coibir essa prática. Nesse sentido, instituições financeiras, em razão da natureza de seus serviços, constumam ser um ponto focal para a prática desse delito. De modo a mitigar a ocorrência desse e de outros crimes financeiros, os países estabeleceram regras firmes de *compliance e due diligence*, o que tornou por onerar demais a manutenção de programas de integridade por algumas empresas. Uma solução que as organizações encontraram para contornar o problema foi pecar pelo excesso e simplesmente deixar de manter relações comerciais com clientes, parceiros e fornecedores que pudessem indicar um risco para a reputação e operação da empresa. A esse fenômeno se deu o nome de *overcompliance*. Ocorre que essa prática tornou por excluir uma categoria inteira de pessoas de ter acesso a diversos bens e serviços, inclusive a ajuda humanitária. O presente trabalho, portanto, busca entender melhor as causas e efeitos desse fenômeno, bem como propor uma possível solução para ele.

Palavras-chave: *compliance, overcompliance, de-risking, due diligence, lavagem de dinheiro, crimes financeiros*

ABSTRACT

Combating financial crimes, especially money laundering, is a global concern. Several countries have sought for decades, including through international conventions, to curb this practice. In this sense, financial institutions, due to the nature of their services, tend to be a focal point for the practice of this crime. In order to mitigate the occurrence of this and other financial crimes, countries have established firm compliance and due diligence rules, which has made it excessively burdensome for some companies to maintain their integrity programs. One solution that organizations found to overcome the problem was to err on the side of precaution and simply stop maintaining commercial relationships with customers, partners and suppliers that could indicate a risk to the company's reputation and operations. This phenomenon was called overcompliance. It turns out that this practice resulted in excluding an entire category of people from having access to various goods and services, including humanitarian aid. The present work, therefore, seeks to better understand the causes and effects of this phenomenon, as well as propose a possible solution for it.

Keywords: compliance, overcompliance, de-risking, due diligence, money laundering, financial crimes

SUMÁRIO

RESUMO	3
ABSTRACT	4
1. INTRODUÇÃO.....	7
1.1 A lavagem de dinheiro e o <i>criminal compliance</i>	8
1.2 O <i>overcompliance</i> como forma de eliminação de risco.....	9
1.3 Justificativa pela escolha do tema e estrutura do presente trabalho	10
2. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: ASPECTOS REPRESSIVOS	11
2.1 Origem e evolução histórica	11
2.3 O bem jurídico protegido.....	13
2.4 Os tipos penais da lavagem de dinheiro.....	17
2.4.1 Ocultação e dissimulação - 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 três a dez anos, e multa.....	17
2.4.2 Art. 1º, §1º - In corre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros	24
2.4.3 Art. 1º, §2º - In corre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.	26
3. POLÍTICAS DE PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO.....	27
3.1 As previsões das convenções e diplomas internacionais	28
3.2 As Recomendações do GAFI sobre o tema.	30
3.3 Cooperação privada no combate à lavagem de dinheiro - <i>Gatekeepers</i>	32
4. O COMPLIANCE NA PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO.....	33

4.1 Características essenciais de um programa de <i>compliance</i> : atribuições e responsabilidade, autonomia do setor de <i>compliance</i> , código de conduta, seleção e treinamento do corpo funcional e precaução com novos produtos.....	35
4.1.1 Atribuições e responsabilidade.	36
4.1.2 Código de Conduta, seleção e treinamento do corpo funcional e precaução com novos produtos.	36
4.1.3 Coleta, registro, confirmação e atualização de informações (<i>know your client</i>).	37
4.2 Pessoas politicamente expostas (PEP).	40
4.3 Conheça seu fornecedor (<i>know your supplier - KYS</i>) e seu parceiro (<i>know your partner - KYP</i>).	43
4.4 Conheça seu banco correspondente no exterior (<i>know your correspondent banking – KYCB</i>)	44
4.5 Comunicação e interrupção de operações suspeitas.	46
5. O FENÔMENO DO <i>DE-RISKING</i> E DO <i>OVERCOMPLIANCE</i>.....	47
5.1 Os impactos do <i>overcompliance</i>	51
5.2 Razões para a existência do <i>overcompliance</i>	60
5.3 O overcompliance no Brasil	63
6. ENTREVISTAS	71
7. CONCLUSÃO: POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O FENÔMENO DO <i>DE-RISKING</i>	85
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

1. INTRODUÇÃO

Com o crescente combate mundial a crimes financeiros, em especial à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, somado às imposições de programas de integridade pelos governos e às pesadas sanções impostas pelo seu descumprimento, boa parte das instituições, financeiras ultrapassaram seu dever de *compliance*, endurecendo suas regras e, por vezes, criando mecanismos que dificultam ou até mesmo impedem a utilização de serviços financeiros essenciais por parte de pessoas, entidades e países.

Segundo a Cartilha do COAF “Lavagem de dinheiro: um problema mundial”, especialistas estimam que cerca de US\$500 bilhões em “dinheiro sujo” transitem anualmente na economia, o que corresponde a cerca de 2% do PIB mundial¹.

Ainda segundo referida cartilha, as instituições financeiras compõem um dos setores mais visados pelas organizações criminosas para a realização de operações de lavagem de dinheiro. A compra e venda de divisas e as operações internacionais de empréstimo e financiamento, dentre outras operações financeiras, facilitam a dissimilação da origem ilegal dos valores, que se misturam ao vasto circuito de transações complexas e lícitas que ocorrem todos os dias.

Um exemplo de como pessoas mal-intencionadas podem utilizar o mercado financeiro para atividades ilícitas é por meio do *mirror trade*. Essa operação se dá com a compra e venda de contratos de duas moedas distintas, utilizado principalmente por importadoras/exportadoras. Por meio dessas operações a lavagem ocorre através empresas *offshore*. Nesse exemplo, um dinheiro ilegal de determinada moeda em determinado paraíso fiscal entra numa operação de compra em mercado cambial e, em seguida, é efetuada venda da mesma quantidade em outra moeda.

Foi exatamente o que aconteceu com o Deutsche Bank AG e sua filial de Nova Iorque que foram obrigados a pagar uma multa de U\$ 425.000.000,00 em razão de furo em seu programa de monitoramento e *compliance*. Segundo o *Department of Financial*

¹ COAF: Cartilha – Lavagem de dinheiro: um problema mundial. 19.08.2020. Disponível em <<https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-do-coaf-1/cartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial.pdf/view>>

*Services*² de Nova Iorque, alguns clientes do referido banco, valendo-se também de sua filial em Moscou, lavaram dez bilhões de dólares por meio de negócios sem qualquer lastro econômico plausível e transferências e conversão de valores de rúpia para dólar.

1.1 A lavagem de dinheiro e o *criminal compliance*

A prevenção à lavagem de dinheiro a nível mundial é uma preocupação dos países já há muitos anos. Um dos maiores marcos globais sobre o combate à lavagem de dinheiro foi a Convenção das Nações Unidas para Repressão do Tráfico Internacional de Entorpecentes, a Convenção de Viena, na Áustria, assinada em 1988 por diversos países, inclusive o Brasil, que obrigou os signatários a, além de outras medidas, tipificar a conduta de lavagem de dinheiro.

Visando combater a lavagem de dinheiro, diversos países, desde a assinatura da convenção, têm tipificado o crime e criado agências governamentais responsáveis exclusivamente por esse tema. Essas agências são conhecidas como Unidades Financeiras de Inteligência – FIU³.

Em 3 de março de 1998 o Brasil editou a Lei nº 9.613 (Lei de Lavagem de Dinheiro), que, além de tipificar a conduta, criou, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho e Controle de Atividades Financeiras – COAF, a FIU brasileira.

Outra novidade trazida pela referida lei foi a atenção voltada para a necessidade não só de punir, mas também de prevenir a prática da conduta como forma de controle e combate à criminalidade econômica. Nesse sentido, sustenta Saavedra⁴ que foi por meio da Lei de Lavagem que o Brasil começou a cogitar um Direito Penal preventivo.

O *criminal compliance*, desse modo, atendendo a fins político-criminais, é uma ferramenta de prevenção voltada a otimizar boas práticas no âmbito corporativo, visando

² https://www.dfs.ny.gov/reports_and_publications/press_releases/pr1701301

³ Financial Intelligence Unit, em inglês.

⁴ SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros*. Revista de Estudos Criminais. n. 54, v. 12, 2014. p. 170.

afastar condutas que possam resultar em delitos, em especial aqueles de origem financeira e econômica⁵.

1.2 O *overcompliance* como forma de eliminação de risco

Entretanto, o receio da associação das empresas com práticas de lavagem de dinheiro as levou a adoção de práticas rígidas de integridade e procedimentos pesados que acabam por afetar de forma significativa sua atividade econômica, o que resulta em uma espécie de superestrutura de integridade que, por vezes, não é tão eficaz para evitar o ilícito, contando, ainda, com alguns efeitos colaterais.⁶

Essa superestrutura de integridade, também chamada de *overcompliance* ou *de-risking*, torna por ferir uma gama de direitos constitucionais e humanitários. De acordo com relatório das Nações Unidas⁷ o *overcompliance* é uma forma excessiva de se evitar riscos, o que acaba por, a título de exemplo, bloquear todas as transações financeiras com um país, entidade ou indivíduo sancionados, mesmo quando algumas transações são autorizadas por isenções humanitárias ou estão fora do âmbito das sanções.

Ainda segundo referido relatório, outra forma de *overcompliance* ocorre quando da dissuasão de transações autorizadas, exigindo documentações ou certificações excessivas, complicadas e onerosas, cobrando-se taxas mais elevadas ou adicionais ou, ainda, impondo longos atrasos desencorajadores. No caso dos bancos, essa exigência excessiva de conformidade pode ocorrer também por meio do congelamento de ativos que não foram alvo de sanções, ou a negativa de abertura e manutenção de contas por indivíduos ou empresas simplesmente por serem, por exemplo, nacionais de um país sancionado ou até mesmo quando acusados ou suspeitos do cometimento de crimes, ou, ainda, simplesmente por serem pessoas publicamente expostas.

⁵ FELICIO, Guilherme Lopes. *Criminal Compliance: mecanismos de proteção contra a criminalidade econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 117

⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Os excessos do compliance e o fenômeno de-risking*. Disponível em <<https://www.btadvogados.com.br/pt/artigo/os-excessos-do-compliance-e-o-fenomeno-de-risking/>>. Consulta em 24.09.2023.

⁷ *Guidance Note on Overcompliance with Unilateral Sanctions and its Harmful Effects on Human Rights – Special Rapporteur on unilateral coercive measures*. Disponível em <<https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-unilateral-coercive-measures/resources-unilateral-coercive-measures/guidance-note-overcompliance-unilateral-sanctions-and-its-harmful-effects-human-rights>>. Consulta em 24.09.2023.

Segundo Pierpaolo Bottini⁸, não são poucos os bancos, contadores, auditores ou empresas de qualquer espécie que acabam por sofrer investigações, e até mesmo sanções, pelo simples fato de terem se relacionado, ainda que de forma lícita, com pessoas suspeitas de lavagem de dinheiro. Isso não só faz com que uma gama de pessoas, físicas e jurídicas, sejam excluídas da vida financeira, como também acaba por afetar os próprios mecanismos de combate à lavagem de dinheiro, uma vez que as instituições são obrigadas a comunicar às autoridades públicas centenas ou milhares de atos suspeitos de seus clientes ou parceiros, sobrecarregando o sistema de inteligência com atos por vezes irrelevantes, dificultando a análise daquelas condutas que efetivamente podem caracterizar lavagem de dinheiro.

1.3 Justificativa pela escolha do tema e estrutura do presente trabalho

No presente trabalho será abordado não só o fenômeno do *overcompliance*, ou *de-risking*, mas também seu impacto nos setores sociais, políticos e financeiros, bem como a forma como alguns países, incluindo o Brasil, lidam atualmente com o tema.

Inicialmente, é preciso entender o que é o crime de lavagem de capitais, sua concepção e amadurecimento ao redor do mundo, como ele é praticado (fases), até suas formas de prevenção e repressão, bem como demais controvérsias e questões envolvendo esse tipo penal.

Em seguida, o presente trabalho tratará sobre políticas de prevenção à lavagem de dinheiro, em especial as recomendações 3 e 4 do GAFI, e em como mundialmente a prática desse crime é coibida, levando também em consideração o apoio que as instituições privadas podem e devem dar ao Estado.

Ademais, o capítulo 4 tratará sobre como o *compliance* deve ser usado na prevenção à lavagem de dinheiro. O presente trabalho buscou trazer algumas regulamentações de boas práticas do direito comparado, em especial a do GAFI da FATF e do Grupo Wolfsberg, além das próprias regulações nacionais de modo a expor quais seriam os elementos que comporiam um bom programa de *compliance*.

⁸ *Op. cit.*

O capítulo 5 traz um amplo estudo do fenômeno no *overcompliance* através do mundo. Aborda-se nesse capítulo o que é esse fenômeno e como ele ocorre, bem como suas problemáticas e impactos.

Por fim, nos capítulos 6 e 7, busca-se demonstrar que existem maneiras menos exacerbadas de proteger a instituição sem, necessariamente, incorrer em *overcompliance*. Para chegar não só a essa conclusão, mas também em formas alternativas de resolução dessa problemática, buscou-se, por meio de entrevistas, compilar a visão de diversos profissionais que atuam na linha de frente das instituições, sendo eles tanto aqueles que lidam diariamente com o *compliance*, a exemplo de *Chiefs Compliance Officers*, que buscam incessantemente pela redução do risco, como aqueles que estão à frente das organizações buscando seu lucro e saúde financeira, a exemplo de diretores financeiros e sócios-diretores.

2. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: ASPECTOS REPRESSIVOS

Considerando-se que a regulação do compliance criminal surgiu no contexto de prevenção do crime de lavagem de dinheiro, o presente capítulo abordará o surgimento e histórico desse crime, bem como seus impactos no Brasil e no mundo. O objetivo é contextualizar esse crime e como os países o encaram e combatem.

Ademais, será abordado como esse crime é tratado pelo mundo corporativo, em especial suas formas de prevenção. Nesse contexto, será abordada a responsabilidade civil, administrativa e penal da pessoa jurídica como instrumento de controle social corporativo, bem como as políticas corporativas colaborativas e a justiça restaurativa.

2.1 Origem e evolução histórica.

Quando da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, a Convenção de Viena, ratificada pelo Decreto nº 154/91, o Brasil assumiu o compromisso internacional de reprimir a lavagem de dinheiro advinda do tráfico ilícito de drogas em 1988.

A razão disso foi que a comunidade internacional percebeu a força e a capacidade de articulação de alguns dos setores do crime organizado, destacando-se aquele voltado ao tráfico de drogas. A estruturação para a prática desse crime, por meio de grandes grupos e cartéis, organizações complexas hierarquizadas e globalizadas, tornou por trazer à tona uma ineficiência da política atual da época de buscar a prisão apenas de seus integrantes. Isso porque a restrição da liberdade desses integrantes, ainda que líderes, não afeta o funcionamento da organização criminosa, seja pela continuidade do comando ainda que de dentro de unidades prisionais, seja pela fácil substituição de seus membros⁹. Tanto o é que até mesmo a morte de seus integrantes é irrelevante do ponto de vista da manutenção da atividade.

Em razão disso, percebeu-se que a desarticulação de tais grupos exigia mais do que a mera retirada de seus membros da organização e, uma vez que também foi observado que o dinheiro era a própria estrutura que mantinha a existência do grupo criminoso, o confisco desses valores auxilia em sua desestruturação. Ademais, foi observado que o rastreamento dos bens originários de infrações e usados na sustentabilidade das empreitadas delitivas é o primeiro passo para uma política criminal consistente nesse setor¹⁰.

Sendo assim, dado que a maior parte do capital produto de crime era mascarado, ou seja, ocultado por atividades aparentemente lícitas, o combate à lavagem de dinheiro passou a ser o foco da política de repressão ao crime organizado no início dos anos 90.

Anos depois, em 1994, na Cúpula das Américas, firmou-se um Plano de Ação no qual se sancionaria como ilícito penal a lavagem dos proventos advindos de crimes graves. Já em 1995, o Brasil firmou a Declaração de Princípios sobre o tema, na Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumento do Crime, comprometendo-se a tipificar a conduta e tratar sobre suas regras processuais.

Em março de 1998 foi aprovada a Lei nº 9.613/98 que efetivamente tipificou o crime de lavagem de dinheiro, bem como criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), cuja função primordial consiste em “promover o esforço conjunto por parte de vários órgãos governamentais nacionais voltadas para o combate à lavagem

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/12.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. P. 28

¹⁰ *Idem.* p. 29

de dinheiro, evitando que setores da economia continuem sendo utilizados nessas operações ilícitas”¹¹. Em 2020, por meio da Lei nº 13.974/2020, a medida provisória nº 893/2019 foi convertida e o COAF sofreu uma reestruturação, passando a ser atrelado ao Banco Central.

Por fim, vale citar a Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, Convenção de Roma, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 231/2003, em que se definiu o conceito de grupo criminoso organizado (art. 2º, a, da Convenção), uma vez que grande parte dos bens, direitos e valores ilícitos submetidos à lavagem de capitais advém de ações realizadas pelo crime organizado¹².

A Lei de Organização Criminosa, Lei nº 12.850, definiu como organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente, ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos, ou que sejam de caráter transnacional. Referida lei também traz regras e procedimentos a serem utilizados pela Lei de Lavagem de Capitais, tais como colaboração premiada, ação controlada e infiltração de agentes¹³.

2.3 O bem jurídico protegido.

Inicialmente, cabe conceituar o crime de Lavagem de Dinheiro como o “processo por meio do qual se opera a transformação de recursos obtidos de forma ilícita em ativos com aparente origem legal, inserindo, assim, um grande volume de fundos mais diversos setores da economia. É a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos provenientes de crimes ou contravenções penais”¹⁴.

¹¹ Cartilha sobre Lavagem de Dinheiro. Brasília. Ministério da Fazenda; COAF, [s.d].

¹² CAPEZ, Fernando; PUGLISI, Fabia. *Lavagem de Dinheiro – Comentários à Lei n. 9.613/98.* – 1. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024. p.3

¹³ Idem. p.4.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei n. 9.613/98, com alterações da Lei n. 12.683/2012.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 25.

Nesse sentido, importante descrever brevemente as fases da lavagem de dinheiro, visto se tratar de atividade complexa e concatenada. A primeira fase, chamada de introdução (*placement*), consiste em introduzir o dinheiro ilícito no sistema financeiro de modo a distanciar os recursos de sua origem. As formas de fazê-lo são diversas, mas consistem, basicamente, no fracionamento de grandes quantias em valores menores de modo a não acionar os sistemas de *compliance* e comunicação legal obrigatória aos órgãos públicos. O mesmo vale para troca de moedas como a compra de dólares ou euros, especialmente em locais turísticos, além do próprio contrabando de dinheiro em espécie. É possível, também, a utilização de empresas de fachada, misturando bens e valores lícitos com ilícitos¹⁵.

A segunda fase, chamada de transformação (*layering*), consiste em transformar, ocultar ou dissimular a origem ilícita dos valores por meio de uma série de negócios ou movimentações financeiras de modo a impedir seu rastreamento. Pode ocorrer através de diversas operações financeiras como bancárias e eletrônicas, sendo essa fase responsável pela movimentação de milhões de dólares em transações internacionais. Uma forma eficiente de realizar essa fase é a venda fictícia de ações na bolsa de valores por meio de ajuste prévio e artificial do preço das ações. Outra forma comum é a conversão dos valores em bens móveis e imóveis, como ouro, joias, obras de arte e pedras preciosas¹⁶.

Já a terceira e última fase, chamada de integração (*integration*), os bens já possuem aparência de lícitos, sendo efetivamente incorporados ao sistema econômico, em geral mediante operações no mercado mobiliário¹⁷, ou ainda por meio de transações de importação ou exportação simuladas, com preços excedentes ou subfaturados. Importante salientar que para o STF¹⁸, cada uma dessas fases, ainda que separadas, seriam suficientes para caracterizar o crime de lavagem.

Segundo Claus Roxin, citado por Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini¹⁹, a Constituição Federal é o diploma que revela o modelo de organização político e social escolhido por determinada sociedade, de modo que é a partir dela que devemos buscar o marco conceitual que determina os critérios que conferem a um bem a chamada

¹⁵ CAPEZ, Fernando; PUGLISI, Fabia. *Lavagem de Dinheiro – Comentários à Lei n. 9.613/98.* – 1. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024. p.5.

¹⁶ *Op. Cit* p.6.

¹⁷ *Op. Cit.* p.7.

¹⁸ AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 13/09/2012.

¹⁹ *Idem.* p.82.

dignidade penal. Nesse aspecto, a Constituição possui como seu feixe normativo o respeito à dignidade humana e ao pluralismo, sendo esses valores estruturantes da sociedade brasileira que apontam que os bens jurídicos passíveis de proteção penal são aqueles, e somente aqueles, essenciais à preservação e ao exercício da liberdade de autodeterminação do ser humano.

Sendo assim, normas penais podem proteger bens e valores individuais como vida, honra, liberdade sexual, patrimônio etc., ou coletivos, como meio ambiente e ordem econômica. Porém é importante frisar que essa proteção é sempre de uma perspectiva antropocêntrica, ou seja, protegendo as condições ideais para o desenvolvimento do ser humano e de sua capacidade de livre relacionamento social e econômico.

Conforme já exposto anteriormente, as primeiras tentativas no âmbito internacional de definir um marco legal sobre a lavagem de dinheiro circundavam o combate ao tráfico de drogas, o que, inicialmente, levaria à crença de que o bem jurídico tutelado seria a saúde pública. Entretanto, quando da nova geração das normas de lavagem de dinheiro que ampliou o rol dos crimes antecedentes, entendeu-se que o bem jurídico a ser protegido não se limitaria à saúde pública, mas sim todos aqueles afetados pelos crimes anteriores, tais como o patrimônio, a administração pública, dentre outros.

Apesar desse entendimento, em um primeiro momento, parecer interessante, ele traz uma problemática. Ao vincular o bem jurídico da lavagem de dinheiro ao afetado pela infração penal antecedente, amplia-se a abrangência da normal penal, o que permitiria o reconhecimento de um concurso formal de crimes nos casos em que exista um único ato de ocultação, mas os produtos sejam provenientes de delitos prévios distintos²⁰.

Nesse sentido, os autores supracitados²¹ ilustram essa problemática com o seguinte exemplo: na hipótese de uma pessoa se valer de um contrato falso para prestação de serviços cujo fim é, na realidade, mascarar a origem de valores vindos de corrupção passiva e tráfico de drogas, haveria dois bens jurídicos distintos afetados por uma única ocultação, o que atrairia o concurso formal nos moldes do art. 70 do Código Penal e, consequentemente, um excesso punitivo.

²⁰ Idem, Ibidem. p 85.

²¹ Idem, ibidem. p. 85

A solução encontrada pela doutrina é apontar como bem jurídico violado pelo delito de lavagem é a administração da Justiça. Isso porque o crime afeta a capacidade da justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento, além da própria recuperação do produto da infração. Além disso, a legislação brasileira atrelou a conduta do crime de lavagem à ocultação do proveito econômico, ou seja, o crime só existe quando os bens são mascarados, aproximando a conduta ao dos crimes de favorecimento real e pessoal.

Não obstante, existe corrente doutrinária²² que afirma se tratar de delito plurifensivo, violando tanto a administração da justiça quanto os sistemas econômico e financeiro. Essa corrente ganhou reforço com o voto da Ministra Rosa Weber na AP n. 470/MG quando disse que “na lavagem de dinheiro, tutelar-se-iam inúmeros bens jurídicos e não se limitaria a esgotamento de crime antecedente”.

Para essa corrente, a inserção de bens produtos de crime na ordem socioeconômica tornaria por desbalancear as relações econômicas, tornando o sistema inseguro para investidores e empreendimentos lícitos, o que, no médio e longo prazo, afetaria o desenvolvimento econômico.

O presente trabalho se filia à corrente do bem jurídico tutelado ser somente um, a administração da Justiça. A ideia de plurifensividade torna por retirar o elemento norteador da interpretação teleológica que visa superar problemas de concurso de normas, bem como para a análise da proporcionalidade.

Por fim, vale enaltecer crítica levantada por Badaró e Bottini²³ no sentido de que a escolha do legislador de usar as regras de combate à lavagem de dinheiro para proteger a administração da justiça talvez não tenha sido a melhor do ponto de vista político criminal. Isso porque a escolha da norma visa suprir a incapacidade do Estado de rastrear o produto do crime antecedente, o que afasta a *ultima ratio* do direito penal e sua proteção

²² CAPEZ, Fernando; PUGLISI, Fabia. *Lavagem de Dinheiro – Comentários à Lei n. 9.613/98.* – 1. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 46.; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98.* São Paulo: Malheiros, 1999. p. 54-55.; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32.; MIRANDA, Acácio. *Lavagem de capitais e criminalização da advocacia: entre a inadequada expansão populista e a fragilização do direito de defesa (análise das propostas legislativas).* São Paulo: D'Plácido, 2023. p. 97-104.

²³ Idem, *ibidem.* p. 96

do ser humano, tornando-se mero instrumento de reforço dos mecanismos de organização da administração pública como a estrutura judicial e policial.

2.4 Os tipos penais da lavagem de dinheiro.

De modo geral, a Lei 9.613/1998 apresenta quatro tipos distintos. São eles: ocultação e dissimulação, uso de meios para ocultação ou dissimulação, uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira e participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro.

A doutrina majoritária²⁴ e a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal²⁵ têm interpretado que tipos penais com o verbo “ocultar” são crimes permanentes. Desse modo, seguindo a corrente majoritária, o presente trabalho tratará o crime de lavagem de dinheiro como crime permanente.

2.4.1 Ocultação e dissimulação - 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 três a dez anos, e multa.

Conforme já explicitado, o ato de lavar dinheiro, ou branquear capitais, é a tentativa de conferir aparência lícita a bens provenientes de infrações penais. Desse modo, por mais que o crime de lavagem seja autônomo, ele guarda relação de acessoria material com uma infração antecedente.

Importante relembrar que com o advento da Lei 12.683/12, o texto legal foi alterado e o antigo rol taxativo de crimes antecedentes não mais existe, de modo que qualquer crime ou contravenção penal passou a ser capaz de gerar bens passíveis de lavagem de dinheiro.

²⁴ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*, 2007. p. 84.; BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*, 2008. p. 47; BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais*. p. 63. CARLI, Carla Veríssimo de. Dos crimes. p. 198.

²⁵ Apn 863/SP, julgada em 23.05.2017.

A abrangência desse rol, conforme já dito, vem da tendência internacional de progressiva ampliação da abrangência da lavagem de dinheiro, que iniciou somente com o tráfico de drogas. Após, o legislador brasileiro, abdicou desse rol taxativo e da moldura penal objetiva que permitia a ampliação da abrangência da norma para outros crimes, desde que fossem praticados por organização criminosa. Hoje a atual relação da Lei de Lavagem prevê que todas as infrações penais podem ser antecedentes do crime de lavagem²⁶.

Sendo assim, o elemento típico do delito é a infração penal antecedente, tratando-se de uma norma penal em branco homogênea heterovitelínea em razão de um tipo penal ser complementado por outra norma da mesma hierarquia, mas prevista em corpo legislativo distinto.

Importante salientar que bens originários de ilícitos civis ou administrativos não são abarcados pelo tipo penal, o que também abrange aqueles derivados exclusivamente de atos de improbidade administrativa. Entretanto, os produtos de crimes de responsabilidade, mesmo os que não possuem pena privativa de liberdade, podem ser objetivo de lavagem, uma vez serem infração penal.

Outro ponto que cabe ser mencionado é o fato de que apesar da posição majoritária reconhecer o crime como um ato típico, antijurídico e culpável, há quem defenda, a exemplo de Pierpaolo Bottini e Gustavo Badaró²⁷ que essa não foi a opção do legislador quando do crime de lavagem.

Isso porque, segundo referidos autores, o legislador brasileiro optou pelo conceito de crime ou infração penal aquele composto de tipicidade e antijuridicidade, uma vez que a exclusão da culpabilidade é tratada como causa de isenção de pena. Sendo assim, quando o caput do art. 1º se refere à infração penal como elemento constitutivo da lavagem de dinheiro, indica apenas um ato típico e antijurídico, não exigindo culpabilidade do agente do delito antecedente.

Isso importa em dizer que, para esses autores, é possível a persecução penal mesmo que o autor da infração anterior seja desconhecido, isento de pena, inimputável,

²⁶ Idem, *ibidem*. p.101

²⁷ BADARÓ e BOTTINI (2022), p. 104. Bem como: BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p.52, e *Lavagem de dinheiro e o princípio da anterioridade*. Boletim IBCCrim, vol. 9, São Paulo, p.10.; BONFIM, Edilson Mougenot, BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58.

esteja em erro de proibição inevitável, ou em situação de inexigibilidade de conduta diversa, de modo que a despeito dessas excludentes haverá crime de lavagem, o que é corroborado pelo §1º do art. 2º da Lei 9.613/98.

Logo, ausente um dos elementos fato típico e antijurídico, afasta-se a tipicidade da conduta prevista no art. 1º. Ou seja, a atipicidade objetiva, a ausência de dolo ou culpa ou a insignificância da conduta antecedente afetam a materialidade da lavagem de dinheiro²⁸. O mesmo vale para causas de justificação como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular do direito ou alguma excludente supralegal, como o consentimento, todos, afastam a lavagem de dinheiro visto excluírem a antijuridicidade da infração penal antecedente.

Por outro lado, causas que excluem a culpabilidade não afetam a tipicidade da lavagem de dinheiro, da mesma forma que as excludentes de punibilidade também não o fazem. Sendo assim, desde que reconhecido o caráter típico e antijurídico, fatos como a morte do agente ou a prescrição da infração penal antecedente não impactam a existência material da lavagem de dinheiro.

As únicas hipóteses de extinção de punibilidade que excluem o caráter infracional do comportamento anterior são a anistia e a abolitio criminis (art. 107, II e III do CP), visto suprimirem a própria tipicidade do ilícito antecedente, ainda que de forma retroativa²⁹.

Da mesma forma, a tentativa da infração antecedente à de lavagem de dinheiro confere caráter criminoso a ela, de modo que se dessa tentativa surgir produto de valor econômico e esse for mascarado por alguma forma prevista na Lei de Lavagem, haverá a materialidade típica, exceto contravenção, uma vez não ser punida por tentativa³⁰. Um exemplo trazido por Badaró e Bottini é o agente receber certa quantia para assassinar alguém, porém, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consegue, mas ainda assim dissimula a origem dos valores recebidos. Nesse caso, haverá crime de lavagem.

²⁸ Sobre a insignificância: STF, HC 98152/MG, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 19.05.2009

²⁹ PITOMBO, Antonio Sérgio A. M. . *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 122. BONFIM, Marcia Monassi Mougenot e BONFIN, Edilson Mougenot, *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 59. *Apud BADARÓ e BOTTINI (2022)*

³⁰ CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*, cit., cap. IV, 2; SALGADO, Lorenzo. *El blanqueo de dinero*, VII Congreso (casa) 451. p. 63

Ademais, cabe salientar que a infração antecedente ao delito de lavagem possui natureza acessória, visto que depende de uma conexão causal com o ilícito precedente para sua materialização. Sendo assim, é obrigatória a demonstração da infração antecedente e de sua ligação causal com a lavagem posterior.

Um ponto que merece destaque é o art. 2º, §1º da Lei de Lavagem permite o recebimento da denúncia ainda que a infração antecedente possua meros indícios de sua existência. Entretanto, a condenação pela lavagem exige prova inequívoca e a certeza de sua materialidade, ainda que dispensada a identificação dos autores ou a punibilidade do crime³¹. Essa prova inequívoca não precisa advir de uma decisão judicial prévia ou transitada em julgado, porém o magistrado deve indicar na sentença as razões nas quais fundamenta sua convicção sobre sua existência.

Desse modo, existindo outro processo em que haja uma absolvição pela inexistência do fato, pela falta de provas da existência do fato, por não constituir o fato infração penal ou por haver circunstâncias que excluam o crime, esse fato não poderá ser antecedente do crime de lavagem. Vale dizer que o mesmo é válido ainda que não haja processo em curso.

Por outro lado, se a absolvição for em razão da falta de autoria, falta de provas de autoria, existência de circunstâncias que isentem o réu de pena ou se houve dúvida sobre sua existência, será possível a lavagem e dinheiro posterior, desde que comprovada a materialidade do injusto penal precedente e os elementos típicos do art. 1º.

Já com relação ao objeto material do delito de lavagem, devem ser bens, direitos e valores provenientes de infração penal. Bens são ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos³².

Ademais, bens provenientes diretamente da infração penal são aqueles como o dinheiro furtado e o carro roubado, ao passo que os indiretos são aqueles resultantes da

³¹ SOUTO, Miguel Abel. *El delito*, 2005. p. 213; MORAES, Luciana Furtado de. *Crimes antecedentes*, 2011. p.280. TRF4, 8ª Turma, Ap 5027685-35.2016.04.7000/PR. *apud BADARÓ e BOTTINI (2022)*

³² Convenção de Palermo, art. 2º, d; Convenção de Viena, art. 1º, c; Convenção de Mérida, art. 2º, d.

transformação ou substituição dos originais, como o imóvel adquirido com dinheiro de corrupção ou os rendimentos e lucros da aplicação do valor original³³.

Outro ponto que vale menção é acerca do instrumento do delito no caso de corrupção. Quando a agente da corrupção ativa se vale de dinheiro lícito para adquirir alguma vantagem ilícita, os bens e valores utilizados são meros instrumentos do crime de corrupção. Já no caso de corrupção passiva, esses mesmos bens e valores são o produto do crime, de modo que apenas nesse último caso poderia haver lavagem.

Quando se fala em ocultação e dissimulação, a identificação de uma infração penal antecedente e de seu produto não é suficiente para a materialização da lavagem de dinheiro. O elemento central do art. 1º é o ato de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, de modo que mascarar o proveito econômico é fundamental para a tipicidade do delito.

Ocultar é esconder, tirar de circulação, subtrair de vista, evitando que algo seja conhecido. Para Isidoro Blanco Cordero³⁴, trata-se de “ações positivas de esconder, disfarçar ou tapar, assim como calar-se sobre o conhecimento por terceiros, da natureza, origem, localização, destino, movimento ou os direitos sobre bens procedentes de um delito. Alguns exemplos de ocultação são o depósito de valores na conta de terceiros, ou em contas de estruturas empresariais nas quais o beneficiário não é identificado ou a transferência desses valores em pequenas quantias incapazes de chamar a atenção das autoridades públicas, ou que não exijam a comunicação necessária de parte das instituições obrigadas (smurfing)³⁵.

A dissimulação, por sua vez, é o mascaramento mediante ardil, ou seja, por meio de fraude, falsidade ou formas similares de desvincular os bens de sua origem criminosa. Tem-se como exemplo o uso de contratos falsos ou de notas frias para o repasse de vantagens indevidas, a utilização de empresas de fachada, a compra e venda sequencial de imóveis por valores artificiais etc.

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei n. 9.613/98, com alterações da Lei n. 12.683/2012*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 109.

³⁴ CORDERO, Isidoro Blanco. El delito de blanqueo de capitales, 2015. p. 617 (tradução livre).

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei n. 9.613/98, com alterações da Lei n. 12.683/2012*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 121

Observe-se que o tipo penal brasileiro exige a ocultação ou dissimulação para a configuração do delito. A mera aquisição, recebimento, posse ou uso de valores de origem ilícita não configura o crime de lavagem. Sendo assim, se o agente usa esses valores para comprar bens em seu próprio nome, os deposita ou transfere para conta corrente, ainda que no exterior, mas de sua titularidade, ou mesmo para empresas, fundações, offshores ou trusts nas quais consta como instituidor ou beneficiário, não existe o crime de lavagem de dinheiro³⁶.

Um ponto interessante é o uso de valores para a compra de criptoativos. Nesses casos, a mera compra e uso desse tipo de moeda não implica, por si só, em lavagem de dinheiro, desde que permanecessem em seu nome. Usar as moedas por meio de contas em nomes fictícios, ou por laranja, ou ainda para transferir para empresas de fachada, nesse caso, se enquadraria como lavagem.

De forma resumida, só haverá lavagem quando constatada a ocultação ou dissimulação do produto de infração e mais, da vontade dolosa de limpar o capital e reinseri-lo no círculo econômico com aparência lícita. Sendo assim, atos como enterrar dinheiro, esconder em vestes, atrás de paredes podem até ser considerados ocultação, porém só haverá o crime de lavagem se houver a intenção de reinseri-lo posteriormente à economia com aparência de licitude.

Por fim, cabe expor que o referido tipo penal é de ação múltipla, com núcleos distintos, de modo que a realização de qualquer das condutas, ocultar ou dissimular, é suficiente para sua consumação, inexistindo concurso de crimes se o agente pratica todas as condutas descritas no dispositivo estando no mesmo contexto, e sobre os mesmos bens.

Ademais, apesar de divergência doutrinária, para o presente trabalho, o crime de lavagem de dinheiro é de resultado lesivo e não de perigo concreto ou abstrato. Isso porque “a descrição do comportamento encerra uma alteração naturalística na natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do objeto do delito³⁷”.

Importante expor que o crime de lavagem de dinheiro na modalidade ocultação/dissimulação só existe se tais atos não estiverem contidos na infração penal antecedente. Por exemplo, se um determinado agente público cometer atos de corrupção

³⁶ STJ, APn 458/SP, Corte Especial, rel. p/ acórdão Min. Gilson Dipp, DJe 17.12.2009.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei n. 9.613/98, com alterações da Lei n. 12.683/2012*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 129

passiva recebendo o dinheiro por intermédio de sua esposa, apesar de ser uma forma de ocultação, está contida na expressão “indiretamente” do tipo penal de corrupção passiva.

Outro ponto interessante sobre o crime em questão é a respeito do dolo eventual e a cegueira deliberada. Por se tratar de um crime que não admite modalidade culposa, quando estamos diante de uma situação em que o agente desconhece a procedência infracional dos bens, por óbvio não pode haver dolo de lavagem de dinheiro, sendo a conduta atípica mesmo se o erro for evitável.

Ocorre que essa questão torna por atrair a cegueira deliberada o qual seria o grau de consciência necessário para a condutar ser atípica ou não. Nesse ponto, é também de se questionar se o dolo eventual seria suficiente para configuração do tipo. A doutrina diverge com relação a esse ponto. Para Badaró e Bottini, corrente que o presente trabalho se filia, o dolo deve ser concreto, ou seja, não caberia se falar em dolo eventual no crime de lavagem³⁸.

Isso porque, por uma perspectiva sistemática, quando o legislador deseja admitir o dolo eventual, esse é sempre expressamente previsto por meio da expressão “deve saber”, ao menos em tipos penais similares como a receptação qualificada (art. 180, §1º, do CP) e na receptação de animal (art. 180-A, do CP).

Já do ponto de vista político criminal, aceitar a possibilidade do dolo eventual impõe insegurança às atividades econômicas e financeiras na medida em que sempre é possível duvidar da procedência de bens transacionados. Outro ponto é a própria definição de “razoável suspeita” que é, no mínimo, subjetiva.

Ainda nesse tema, o dolo exclusivamente subsequente não é suficiente para caracterizar o crime de lavagem, ou seja, o beneficiário final do patrimônio lavado, que não participou de nenhum ato das operações anteriores, não responde pelo crime na forma do *caput*, ainda que saiba de sua origem ilícita. O que não exclui, entretanto, a possibilidade de responder por receptação (art. 180 do CP).

Com relação ao dolo superveniente, ou seja, quando alguma pessoa descobre, durante o processo, que os valores possuem origem ilícita e, ainda, ao se levar em consideração que a lavagem é um crime permanente, caso essa pessoa não cesse

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei n. 9.613/98, com alterações da Lei n. 12.683/2012*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 144.

imediatamente os atos ou não faça qualquer comunicação às autoridades, pode figurar como coautor. Seria o caso, por exemplo, da modalidade “guardar” ou “ter em depósito” presentes no art. 1º, §1º, II.

Por outro lado, ao se considerar referido crime como instantâneo, a consumação ocorre quando da ocultação, no momento do depósito, momento necessário pelo dolo.

Por fim, tem-se, conforme já explicitado, que o delito em questão possui um elemento subjetivo especial, qual seja, o dolo de ocultar ou dissimular com a intenção específica de mascarar a origem ilegal e a reinserção dos bens e valores na economia.

2.4.2 Art. 1º, §1º - Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros

Referido dispositivo trata de modalidades de ocultação ou dissimulação de bens, sendo que a expressão “para ocultar ou dissimular” não indica um objetivo futuro, mas mera instrumentação, ou seja, uma característica ou qualidade dos atos descritos no parágrafo.

O inciso I, a respeito da conversão do produto do crime em ativos lícitos, trata sobre a transformação dos bens diretamente procedentes das infrações penais em outros passíveis de integrar o patrimônio do agente com aparência de licitude. Alguns exemplos dessa conversão é a transformação em moeda estrangeira, ouro, imóveis, obras de arte etc.³⁹, lembrando que essa conversão somente é típica se acompanhada de atos de ocultação, com a intenção de reciclagem posterior.

Já o inciso II é composto de várias condutas, sendo um tipo penal de ação múltipla, de modo que a prática de mais de uma delas não importa em pluralidade de delitos, mas sim em um único ato criminoso.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei n. 9.613/98, com alterações da Lei n. 12.683/2012*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 156-157.

No caso de quem adquire, recebe ou recebe em garantia os bens de origem ilícita só podem ser aqueles que não praticaram a infração antecedente. Do contrário haveria bis in idem na punição da autolavagem em casos de aquisição, recebimento ou recebimento em garantia⁴⁰.

Com relação àquele que guarda ou tem em depósito, trata-se de delito permanente durante o período em que os valores estiverem guardados ou depositados, mantendo a consumação do crime, de modo que a prescrição somente começa a correr a partir do encerramento dessa permanência.

Nessa modalidade também não há que se falar em bis in idem uma vez que o agente seria responsabilizado pelo crime antecedente e pelo fato de manter em sua posse o produto dele decorrente, o que incorreria em uma dupla punição. Também se aplica no presente caso a inexigibilidade de conduta diversa em relação ao autor do crime antecedente, visto que não é possível dele exigir que não guarde o resultado de sua atividade delitiva prévia. É até possível exigir que ele não oculte os bens, porém não que ele não os armazene.

Já com relação à modalidade importação ou exportação de bens com valores falsos, trata-se de hipótese prevista em razão da quantidade de operações de comércio internacional que visam mascarar a origem dos valores ilícitos. As dificuldades do controle do câmbio, das tarifas, dos diferentes mercados, além da própria complexidade da apuração de sua ocorrência, auxiliam na prática do crime, sendo a razão para a criação dessa modalidade.

Com relação ao dolo, o §1º exige o dolo juntamente com o elemento subjetivo especial de reciclagem, ou seja, a vontade de mascarar por meio dos instrumentos dos incisos. Ademais, aplicam-se, aqui, as mesmas considerações sobre a inadmissibilidade do dolo eventual.

⁴⁰ BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*, 2008. p. 57.

2.4.3 Art. 1º, §2º - Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Já o tipo penal do inciso I do §2º trata da conduta de usar na atividade econômica ou financeira o produto originário de infração. No presente caso, não se trata de mera posse, mas de manejo do bem em atividades específicas, ou seja, um comportamento comissivo de aplicação ou investimento dos recursos diretamente de origem delitiva.

Importante traçar a diferenciação do presente tipo com o de receptação qualificada (180, §1º, do CP), visto que em um primeiro momento parecem semelhantes. A lavagem abarca o uso de bens ilícitos na atividade econômica ou financeira ao passo que a receptação trata da atividade comercial ou industrial. Outra diferenciação é que a receptação qualificada é crime próprio, podendo ser praticada somente por aquele que exerce com habitualidade a atividade comercial ou industrial, ao passo que a lavagem pode ser praticada por qualquer pessoa que use os bens em atividade econômica ou financeira, mesmo que de forma pontual⁴¹.

Ademais, o presente dispositivo inicialmente previa expressamente o dolo direto quando da expressão “saber da procedência” delitiva dos bens. Ocorre que após a reforma de 2012 a expressão foi suprimida, passando a admitir o dolo eventual, de modo que aquele que suspeita da origem ilícita dos bens e os utiliza na atividade econômica ou financeira com intenção de ocultá-los e transformá-los em lícitos assume o risco de praticar lavagem de dinheiro.

Por fim, com relação ao inciso II do §2º, cabe frisar que não se exige qualquer ato de colaboração efetiva com o crime de lavagem, bastando pertencer ao grupo que pratique tais atos. Não obstante, por óbvio deve haver razoabilidade na interpretação da norma a fim de evitar exageros e afetar a própria ideia de culpabilidade.

Isso porque, do contrário, ou seja, deixando a interpretação abrangente, qualquer funcionário poderia, em tese, ser punido. A fim de evitar essa abrangência, recomenda-se

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei n. 9.613/98, com alterações da Lei n. 12.683/2012*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 162

aplicar as regras do concurso de agentes do art. 29 do CP, de modo que somente seria considerado autor ou partícipe do crime aquele que contribui concretamente para sua prática, ainda que minimamente⁴².

3. POLÍTICAS DE PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO.

A expansão do Direito Penal marcou a política criminal do século XXI pela maior prática de crimes, penas mais graves e tendências à relativização de certas garantias fundamentais⁴³. Segundo Ricardo Caiado Lima⁴⁴, uma das características mais marcantes dessa expansão é a mudança do paradigma comissivo dos tipos penais tradicionais, para um paradigma omissivo, em virtude das dificuldades em se delimitar condutas individuais comissivas praticadas por empresas e seus funcionários.

Ocorre que, ainda segundo o autor, essa característica levanta, essencialmente, os problemas da delegação do Estado aos particulares de obrigações de fiscalizar a atividade empresarial por meio da criação de deveres penais de proteção e vigilância e da antecipação da intervenção penal estatal de uma forma nunca antes vista, posto que se admite a responsabilização penal tão somente pela não atuação em determinadas situações, fazendo com que estruturas outrora excepcionais ganhassem maior protagonismo na sociedade do risco.

Trata-se de política criminal cujo fundamento jaz no dever de ação no âmbito empresarial como contrapartida à liberdade de organização. Isso porque algumas instituições, de acordo com essa política, são vistas como uma fonte de riscos permitidos, tendo seus dirigentes um dever de garantir a fim de controlar os riscos e agir para evitar a ocorrência de resultados típicos decorrentes da atividade empresarial.

⁴² *Op. Cit.* p. 166.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 217.

⁴⁴ LIMA, Ricardo Caiado. *A influência dos programas de compliance efetivos no cumprimento do dever de vigilância empresarial*. IN: SOUZA, Luciano. *Compliance no Direito Penal*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021.

Esse dever de garante, segundo Heloisa Estellita⁴⁵, está vinculado ao exercício de uma função em que se possui como dever a proteção de determinados bens jurídicos, objetivando evitar que serviços considerados de risco de certas empresas causem danos internos ou externos, ou, ainda, dever de vigilância sobre fontes de perigo na empresa que tenham relação com a atividade empresarial, inclusive os colaboradores.

Nesse sentido, Ricardo Lima⁴⁶ afirma não ser difícil encontrar argumentos que reforcem essa posição, tais como “os diretores possuem a responsabilidade de proteger o bem jurídico e, portanto, de impedir condutas lesivas atentatórias ao Sistema Financeiro Nacional ao assumirem seus encargos”, ou ainda, “não se aplica a ideia de domínio do fato, mas de infração de um dever (não emitir um comando) ”.

O presente capítulo abordará a influência e os métodos de controle dos programas de integridade e sua forma de cumprimento do dever de vigilância empresarial. Não se proporá, porém, modelos de programa, por não ser esse o objetivo do presente trabalho. Não obstante, será abordada a importância dos mecanismos de controle e monitoramento, além do dever de colaboração na prevenção dos crimes de lavagem de dinheiro.

Por fim, será abordado o programa de *compliance* como mecanismo de prevenção de responsabilidade penal no ambiente corporativo, em especial no contexto das instituições financeiras, por meio da legislação comparada, e em como a ausência desse programa pode prejudicar a empresa.

3.1 As previsões das convenções e diplomas internacionais.

Diversas são as convenções e diplomas internacionais que tratam a respeito da prevenção ao crime de lavagem de dinheiro. Não obstante, dentre todas, três merecem destaque na medida em que foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira é a Convenção de Viena, de 20/12/1988, incorporada em 26/07/1991, que inaugura a previsão de lavagem de dinheiro em documentos do gênero, tendo como objetivo central o combate ao tráfico de drogas. Possui como estratégias previstas para

⁴⁵ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1^a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 79.

⁴⁶ *Op. Cit.*

tal combate, a privação do produto das atividades criminosas, eliminando o principal incentivo à prática desse crime. Para tanto, a Convenção prevê que os países signatários devem tipificar a conversão ou transferência de bens, com o conhecimento de que tais bens são procedentes do tráfico ilícito de entorpecentes, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita desses bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito a fugir das consequências jurídicas de seus atos.

A segunda é a Convenção de Palermo, de 15/11/2000, incorporada em 15/03/2004, que apresenta um conjunto de regras para um combate mais efetivo contra o crime organizado. Diferentemente da Convenção de Viena, a Convenção de Palermo discorre expressamente sobre a lavagem de dinheiro, a caracterizando como a conversão ou transferência de bens quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produtos do crime, tendo como propósito ocultar ou dissimular sua origem ilícita ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração penal a furtar-se da consequência jurídica de seus atos.

Outra diferença entre as duas Convenções é que a de Palermo indica que diversos crimes, além do tráfico de drogas, podem originar bens passíveis de lavagem de dinheiro. O diploma conceitua as infrações antecedentes como atos que constituam infrações puníveis com pena de privação de liberdade cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior ou praticadas por meio de organização criminosa ou aquelas relacionadas à corrupção ou os crimes de obstrução de justiça.

Outro ponto interessante é que essa Convenção prevê medidas de regulação e controle de bancos e outras instituições sensíveis à lavagem de dinheiro, tendo como objetivo o processo que futuramente seria chamado de *know your client* e de identificação de operações suspeitas.

Por fim, a terceira é a Convenção de Mérida, adotada pela ONU em 2003 e incorporada em 31/01/2006, tendo como objetivo específico o combate à corrupção. Com relação à lavagem de dinheiro, a Convenção impõe aos Estados Parte a instituição de controles administrativos rígidos sobre a atuação de instituições financeiras e não financeiras usadas frequentemente para o cometido do crime, sendo tidas como setores sensíveis.

3.2 As Recomendações do GAFI sobre o tema.

O Grupo de Ação Financeira (GAFI) é um órgão intergovernamental criado em 1989 com o objetivo de proteger o sistema financeiro e a economia em geral contra ameaças de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e da proliferação das armas de destruição em massa, através do desenvolvimento e da promoção de padrões internacionais de prevenção à lavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo (PLD/FT). Ademais, em colaboração com outros interessados internacionais, o GAFI trabalha para identificar vulnerabilidades nacionais com o objetivo de proteger o sistema financeiro internacional de mau uso.

As Recomendações do GAFI⁴⁷ delineiam um sistema abrangente e consiste de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiros e outros crimes financeiros. Além disso, essas recomendações buscam estabelecer um padrão internacional que os países devem adotar, adaptando essas medidas ao ordenamento jurídico específico de cada nação.

Essas medidas visam (i) identificar os riscos e desenvolver políticas e coordenação domésticas; (ii) perseguir a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e da proliferação; (iii) aplicar medidas preventivas para o setor financeiro e outros setores designados; (iv) estabelecer poderes e responsabilidades para as autoridades competentes (por exemplo: autoridades investigativas, polícias e fiscalizadoras) e outras medidas institucionais; (v) aumentar a transparência e disponibilidade das informações de propriedade de pessoas jurídicas e outras estruturas; e (vi) facilitar a cooperação internacional.

Historicamente, as Quarenta Recomendações do GAFI foram escritas em 1990 como uma iniciativa para combater o mau uso dos sistemas financeiros por pessoas que tinham como objetivo branquear os lucros de dinheiro proveniente do tráfico de droga. Em 1996 as Recomendações foram revisadas de modo a refletir as novas tendências e técnicas da prática do branqueamento de capitais, além de aumentar a abrangência das recomendações para lavagem de dinheiro proveniente de outros crimes.

⁴⁷ Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.coredownload.inline.pdf>>. Consulta em 10/11/2023.

Em 2001 o GAFI expandiu suas responsabilidades para lidar com a questão do financiamento dos atos e organizações terroristas e em 2003, por meio de nova revisão, as Recomendações foram adotadas por mais de 180 países, sendo reconhecidas universalmente como o padrão internacional de prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo (PLD/CFT).

Não obstante todas as Quarenta Recomendações serem de grande importância no combate aos crimes financeiros, o presente trabalho focará naquelas que tratam especificamente sobre o crime de lavagem de dinheiro e suas medidas preventivas.

Com relação a esse tópico, vale citar a recomendação 3 e 4 sobre lavagem de dinheiro e confisco. A Recomendação 3 dita que os países deverão criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo, devendo considerar todos os crimes tidos como graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes no escopo do delito de branqueamento. Ademais, o crime de lavagem de dinheiro deverá se estender a qualquer tipo de propriedade, independentemente de seu valor, que represente direta ou indiretamente os proveitos de crime, não sendo necessário que o agente seja condenado pelo crime antecedente quando restar provado que a propriedade é fruto de crime.

A Recomendação 4, por sua vez, dita que os países deverão adotar medidas semelhantes às estabelecidas nas convenções supracitadas, a fim de permitir que as autoridades competentes possam congelar ou apreender e confiscar, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa-fé: (a) bens branqueados, (b) proveitos ou instrumentos usados ou de uso pretendido em crimes de lavagem de dinheiro ou crimes antecedentes, (c) bens que sejam proveitos, ou que tenham sido usados ou alocados para uso no financiamento do terrorismo, atos ou organizações terroristas, ou (d) bens de valor correspondente.

Ainda segundo a recomendação, tais medidas devem incluir autoridade para: (a) identificar, rastrear e avaliar bens que sejam sujeitos a confisco, (b) adotar medidas cautelares, tais como bloqueio e apreensão, para prevenir quaisquer negociações, transferência ou descarte de tais bens; (c) tomar atitudes para prevenir ou anular ações que prejudiquem a capacidade do país de bloquear e apreender ou recuperar bens que estejam sujeitos ao confisco, e (d) adotar medidas investigativas apropriadas.

Cabe reiterar que a recomendação ainda dita que os países devem considerar a adoção dessas medidas de modo a permitir o confisco de tais lucros ou instrumento sem que seja exigida a condenação criminal prévia ou que os investigados demonstrem a origem lícita dos bens supostamente passíveis de confisco, de acordo com a legislação de cada país.

3.3 Cooperação privada no combate à lavagem de dinheiro - *Gatekeepers*

A cooperação das entidades privadas com o Poder Público é uma parceria essencial para o combate à lavagem de dinheiro. Isso porque o governo é reconhecidamente incapaz de lidar sozinho⁴⁸ com a prevenção e investigação desse delito sem a cooperação dessas instituições, em especial as que atuam nos setores mais sensíveis, como o financeiro.

Tanto o é que diversas Convenções internacionais tratam sobre essa cooperação privada por meio de recomendações nesse sentido, a exemplo da Conversão de Palermo, que dita em seu art. 31 que cada Estado Parte procurará reduzir, através de medidas legislativas, administrativas ou outras que sejam adequadas, as possibilidades atuais ou futuras de participação de grupos criminosos organizados em negócios lícitos utilizando o produto do crime, por meio de fortalecimento da cooperação entre autoridade competentes e entidades privadas envolvidas, incluindo empresas.

O mesmo vale para a Convenção de Mérida, que, dentre outros dispositivos, dita em seu art. 37 que cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever a mitigação de pena ou imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou indiciamento de delitos.

Segundo Badaró e Bottini⁴⁹, a dificuldade no rastreamento de bens ilícitos pela administração pública decorre da sofisticação e complexidade de alguns processos de lavagem de dinheiro, seja pela falta de estrutura para monitoramento das movimentações financeiras, seja pela ausência de capacitação e conhecimento das autoridades envolvidas.

⁴⁸ BADARÓ e BOTTINI, *op. cit.*, apud GIBSON, Ramón Garcia. *Nuevas dispociones em matéria de prevencion de lavado de dinero*. Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales, Inacipe. Segundo época, n. 12, p. 185-213.

⁴⁹ Op. Cit.

Outra questão relevante para essa dificuldade é a existência de regras de sigilo que em geral protegem os usuários dos serviços oferecidos em certos setores como o bancário. Como se verá mais adiante neste trabalho, essa questão é inclusive abordada em diversas recomendações internacionais no sentido de evitar essas regras de sigilo por meio de comunicação recorrente com agência reguladoras.

Tanto a comunicação recorrente quanto outros tipos de cooperação são fundamentais para uma efetiva política de combate à lavagem de dinheiro, sendo inclusive recomendado que tenha caráter compulsório para as pessoas físicas ou jurídicas que atuam nos setores sensíveis por exercerem atividades cujo contexto é comumente utilizado para mascarar a origem ilícita de valores. Essas pessoas ou entidades, como bancos, corretoras de valores, contadoras, agências de câmbio etc., e seus gestores, são os guardiões ou porteiros (*gatekeepers*) que dispõem de estrutura ou meios cujos quais fluí o capital proveniente de atividades criminosas⁵⁰.

Não só, essas pessoas também são aquelas que possuem competência e qualificação para auxiliar no combate a práticas delituosas, isolando o agente criminoso, afastando-o dos profissionais que possam contribuir com o branqueamento dos bens e obter os dados e informações sobre as condutas. Nesse sentido, devem ser obrigadas a cooperar com a administração, seja por meio de armazenamento de dados de clientes e suas operações (*know your client*), análises de risco, comunicação de atividades suspeitas, desenvolvimento de políticas de *compliance*, canais de denúncia, dentre outros.

4. O COMPLIANCE NA PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO.

Após o advento da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), várias empresas rapidamente criaram códigos de conduta e políticas de *compliance* e outros mecanismos correlatos⁵¹. Seja para o efetivo combate à corrupção, seja para mera adequação às normas, ou ainda para a obtenção de vantagens mercadológicas por meio de promoção da ética empresarial, ainda que programas de *compliance* de fachada ou pouco eficientes não

⁵⁰ ARAS, Vladimir. *Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos*. Teresina, ano 12, n. 1411. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/9862>>. Acesso em 14/11/2023.

⁵¹ PESQUISA DE MATURIDADE DO COMPLIANCE NO BRASIL. KPMG. 3^a Edição. 2018. Disponível em <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-pesquisa-maturidade-do-compliance-3ed-2018.pdf>>. Acesso em 10/11/2023.

influenciem positivamente o cumprimento do dever de vigilância empresarial, não se pode negar que a promoção de programas de integridade cresceu exponencialmente nos últimos anos⁵².

Nesse diapasão, um programa de integridade efetivo consiste na delegação das principais funções de vigilância, restando aos dirigentes, por regra, a função de intervir de modo a evitar ou remediar o cometimento de algum ato ilícito. Nessa estrutura de delegação, o departamento de *compliance* possui dois grandes focos: a implementação e gestão dos instrumentos do programa de modo a viabilizar o conhecimento e a obtenção de informações sobre atos ilícitos e a comunicação de tais informações aos dirigentes para que possam exercer a função de intervenção.⁵³

Ademais, um bom programa de prevenção à lavagem de dinheiro é composto por um conjunto de disciplinas e procedimentos cujo objetivo é vedar (blindar) a instituição contra o ingresso de dinheiro advindo de origem ilícita e sua posterior reinserção no mercado. Não só, essas disciplinas e procedimento devem levar em consideração o tipo de negócio e o porte da instituição, de modo entender os pontos de vulnerabilidade e riscos e como eles podem ser mitigados.⁵⁴

Nesse ponto, Maria Rizzo segue afirmando que o ramo de atividade da instituição faz toda a diferença na elaboração do programa em razão das diferenças regulatórias. O conhecimento da legislação aplicável ao caso concreto, bem como os normativos regulatórios e as boas práticas do mercado são essenciais para a proteção da instituição dos riscos legais, das sanções e penalidades.

Segundo a autora, alguns procedimentos iniciais são de suma importância quando da elaboração do programa. Dentre eles está o desenvolvimento de políticas internas de prevenção, tais como (i) aceitação de clientes, (ii) conheça seu cliente (KYC- *know your client*), (iii) conheça seu funcionário, (iv) conheça seu fornecedor e (v) conheça seu banco correspondente no exterior.

Ademais, o programa deve envolver assuntos específicos, como (i) detecção e comunicação de operações suspeitas ao COAF, (ii) avaliação de produtos e serviços sob

⁵² LIMA, 2021. *Op. Cit.*

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro*. São Paulo: Trevisan Editora, 2013, p. 139.

a ótica de *compliance*, (iii) conjunto de listas impeditivas e restritivas, (iv) monitoramento de operações e de movimentação em conta, (v) definição das ferramentas, softwares, serviços externos que serão utilizados nos processos implantados e (vi) confecção dos manuais operacionais e do material de divulgação.

Observa-se, portanto, que a implementação de um adequado sistema de *compliance* como prevenção à lavagem de dinheiro tem como escopo garantir que as instituições tomem todas as precauções necessárias de modo a evitar o envolvimento de sua estrutura em/com práticas delitivas, bem como impedir a responsabilidade penal, civil e administrativa de dirigentes quando de eventual falha de integridade por parte de funcionários ou terceiros.

Não obstante, conforme alertam Badaró e Bottini⁵⁵, o programa/estrutura de prevenção à lavagem de dinheiro não tem como escopo eliminar completamente o risco da prática do crime, visto que, como aponta Bruno Gomes⁵⁶, a criatividade daqueles que visam branquear capitais está sempre muito à frente das normas e regulações, de modo que esses agentes, mesmo aqueles que incorporam os quadros da entidade, encontram meios e forma de burlar o sistema de prevenção.

Ainda assim, uma vez que o objetivo é mitigar o máximo possível o cometimento de ilícitos, existem características essenciais que um programa de integridade deve conter. É o que será tratado a seguir.

4.1 Características essenciais de um programa de *compliance*: atribuições e responsabilidade, autonomia do setor de *compliance*, código de conduta, seleção e treinamento do corpo funcional e precaução com novos produtos.

Inicialmente, cabe salientar que cada empresa deve possuir um modelo específico de programa de *compliance*. Isso se dá porque, conforme explicitado, deve ser, primeiro, escolhido o modelo mais adequado a cada instituição. Isso porque cada empresa possui

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

⁵⁶ GOMES, Bruno. *A arte da lavagem de dinheiro*. 2019. Disponível em <https://www.amazon.com.br/arte-lavagem-dinheiro-criminosos-tornam-ebook/dp/B07WFZ1K4G/ref=sr_1_1?keywords=a+arte+da+lavagem+de+dinheiro&sr=8-1>

características próprias como tamanho, número de funcionários, modelo de negócios, clientes, fornecedores etc. Não obstante, algumas características são comuns a todos os programas, tais como:

4.1.1 Atribuições e responsabilidade.

Trata-se de elemento central de políticas de prevenção. A distribuição específica e organizada de atribuições evita a duplicitade de funções e a superposição de tarefas, além de delimitar deveres de garantia e de responsabilidade civil e criminal, conforme dita a Circular do BACEN nº 3.978.

Nesse sentido, apesar do setor de *compliance* poder ser mesclado com outros setores, a exemplo do jurídico, o ideal é que funcione de forma autônoma e independente, dedicado exclusivamente aos procedimentos de prevenção de lavagem de dinheiro.

Conforme salientam Badaró e Bottini⁵⁷, dependendo das características da empresa, será necessária a incorporação de certos procedimentos exigidos pela autoridade regulatória, a exemplo do que ocorre em instituições financeiras que, segundo a referida Circular do BACEN, requer que a política de *compliance* seja aprovada pelo Conselho de Administração ou diretoria, que devem indicar formalmente ao Banco Central o diretor responsável pelo cumprimento das obrigações inerentes à política.

Ademais, as normas internas devem dispor sobre o relacionamento do setor responsável pela prevenção com os demais setores de controle interno e de gestão, como o setor de risco e de auditoria.

4.1.2 Código de Conduta, seleção e treinamento do corpo funcional e precaução com novos produtos.

O código de conduta é fundamental na prevenção à lavagem na medida em que contém uma série de diretrizes e regras indispensáveis para o bom desempenho das

⁵⁷ *Op. Cit.*

atividades empresariais de modo a garantir que os funcionários, desde a base até a gerência tenham conhecimento das boas práticas internas⁵⁸.

Com base no código de conduta, que deve se basear não só nas políticas de boas práticas, mas também na legislação e regulamentos antilavagem, as entidades devem promover medidas para que o corpo funcional adquira conhecimento acerca do tema. Esse treinamento pode se dar por meio de cursos, palestras, *workshops*, que devem também promover os meios e formas de acesso aos canais de denúncia e procedimentos a serem adotados em caso de comportamentos suspeitos.

Importante também que o Código de Conduta seja atualizado de forma recorrente, bem como o treinamento realizado de forma constante. Essa prática é especialmente importante quando do lançamento de novos produtos pela empresa.

Nesse sentido, a recomendação 15 do GAFI dispõe que quando do lançamento de novos produtos e do uso de tecnologias novas ou em desenvolvimento para produtos novos ou preexistentes, as instituições financeiras devem identificar e determinar quais os riscos de lavagem de dinheiro podem ser incrementados. Isso é importante para que haja análise prévia do produto pelos setores jurídico e de prevenção sob a perspectiva de sua compatibilidade com as normas em vigor⁵⁹. Uma vez compatível, as regras e diretrizes de prevenção devem constar do Código de Conduta e ser de conhecimento do corpo funcional.

4.1.3 Coleta, registro, confirmação e atualização de informações (*know your client*).

Segundo Badaró e Bottini⁶⁰, o processo de KYC (know your client) é a espinha dorsal do sistema de prevenção à lavagem de dinheiro, visto que permite que a instituição e o poder público tenham acesso aos dados dos clientes, permitindo a identificação de atos suspeitos, ao mesmo tempo que respeita as regras gerais de proteção de dados.

Nesse sentido, a Recomendação 10 do GAFI dita que o nome, a forma legal e a prova de existência (por meio de contrato social ou outro instrumento confiável de

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem. Ibidem.*

⁶⁰ *Op. Cit.*

documentação da entidade), os poderes que regulam e obrigam a empresa e os dados dos altos gestores são informações importantes de KYC.

Ainda segundo referida Recomendação, existem circunstâncias que requerem medidas mais reforçadas de KYC, visto que o risco de lavagem é mais alto. São casos em que os fatores de risco do cliente tendem a aumentar como, por exemplo, (i) quando a relação negocial é conduzida com uma distância geográfica significativa e sem explicação entre a instituição financeira e o cliente, (ii) quando clientes não são residentes no país, (iii) quando a propriedade ou estrutura da empresa parecem incomuns ou excessivamente complexas dada a natureza do negócio, entre outros.

Outro fator significativo é o geográfico, sendo considerados como *red flags* aqueles países sujeitos a sanções, embargos ou medidas semelhantes emitidas, por exemplo, pela ONU, por países cujas fontes confiáveis identifiquem como tendo níveis significativos de corrupção ou outras atividades criminosas, países ou áreas geográficas identificadas como fornecedores ou partidários de atividades terroristas ou que possuam organizações terroristas designadas operando dentro país, dentre outros.

Ademais, o Grupo Wolfsberg⁶¹, em suas Diretrizes Globais de Prevenção aos Crimes de Lavagem de Dinheiro para Private Banking⁶² dita, dentre outras recomendações, que o banco deverá aceitar somente clientes cuja fonte de riqueza e fundos possam ser de relativa fácil legitimação. No caso de pessoa física, o banco deve identificar se o indivíduo está atuando em seu próprio nome e, em caso de dúvida, deverá ser capaz de identificar o terceiro beneficiário. Sendo pessoa jurídica, o banco deve entender suficientemente a estrutura da companhia para identificar a fonte dos fundos, o(s) possuidor(es) beneficiário(s), as pessoas físicas com poderes de gerência, bem como eventuais parceiros e fornecedores com quem aquela empresa contrata.

Ainda segundo essas diretrizes, o banco deve possuir políticas internas que possam definir categorias de clientes cujas circunstâncias suscetíveis de representar um risco superior à média justifiquem um *due diligence* diferenciado. As diretrizes ditam,

⁶¹ Associação de treze bancos internacionais que desenvolveram uma regulamentação contendo orientações, políticas e princípios para a gestão de riscos de crimes financeiros, em especial quanto às políticas de identificação da origem de recursos financeiros para o combate à lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e dinheiro oriundo do tráfico de drogas.

⁶² Disponível em <<https://db.wolfsberg-group.org/assets/7d384fb4-8c82-4669-acb8-621aed03e928/10.%20Wolfsberg-Private-Banking-Principles-May-2012.pdf>>. Acesso em 14/11/2023.

inclusive, que o banco deve especificar uma categoria de clientes que não serão aceitos ou cujas contas não poderão ser mantidas.

Entretanto, e como se verá adiante, essa recomendação é problemática na medida em que pode excluir uma classe inteira de pessoas, sem a devida análise caso a caso, tornando por incorrer em um *overcompliance*, podendo inclusive atentar contra direitos fundamentais. Referida questão será melhor explorada no Capítulo 5 do presente trabalho.

Não obstante o levantamento e manutenção de todos esses dados, a instituição financeira também deverá apresentar mecanismos que permitam checar e atualizar regularmente essas informações, prevendo as fontes de informações que serão usadas no cadastro e checagem, devendo ser classificadas segundo grau de confiabilidade, sendo as mais relevantes aquelas colhidas diretamente em instituições públicas, seguidas pelos dados obtidos em instituições particulares, bem como documentos apresentados pelos próprios clientes⁶³.

Por fim, cabe citar a Recomendação 10 do GAFI sobre o *due diligence* com relação aos clientes da instituição, que, quando do estabelecimento das relações negociais, deverão ser proibidas de manter contas anônimas ou com nomes obviamente fictícios, conduzirem transações ocasionais acima de certo limite, houver suspeita de lavagem de dinheiro ou financiamento de terrorismo ou, ainda, quando tiver dúvidas com relação à veracidade ou adequação de dados de identificação do cliente obtidos anteriormente.

Ademais, essa Recomendação traça algumas medidas de *due diligence* que devem ser adotadas pelas instituições financeiras, por meio do uso de uma abordagem baseada em risco, tais como: (a) identificar o cliente e verificar sua identidade por meio de documentos, informações ou dados confiáveis e de fontes independentes; (b) identificar o proprietário beneficiário e adotar medidas razoáveis para verificar a identidade de tal proprietário, de forma que a instituição financeira obtenha conhecimento satisfatório sobre quem é o proprietário. Para pessoas jurídicas e outras estruturas, a instituição financeira deverá também compreender a estrutura de propriedade e controle do cliente; (c) compreender e, quando apropriado, obter informações a respeito do propósito e natureza pretendidos da relação de negócios; e (d) conduzir diligência devida na relação de negócios e análise das transações conduzidas durante a relação para garantir que tais

⁶³ BADARÓ e BOTTINI. 2022. *Op. Cit.*

transações sejam consistentes com o que a instituição sabe sobre o cliente, sua linha de negócios e perfil de risco, incluindo, quando necessário, a fonte dos recursos.

Na nota interpretativa dessa recomendação, o GAFI aponta que deve fazer parte da devida diligência a condução normal dos procedimentos com o cliente de modo a identificar e verificar sua identidade e a do beneficiário dos valores no caso de suspeitas de que as transações tenham relação com o crime de lavagem de dinheiro, além de preparar uma comunicação de operação atípica (COS) para a unidade de inteligência financeira (UIF), sendo proibido que os funcionários da instituição divulguem a ocorrência desse fato (Recomendação 21).

4.2 Pessoas politicamente expostas (PEP).

As pessoas politicamente expostas, ou PEP (da sigla em inglês *Politically Exposed Person*), são indivíduos que exercem, ou exerceram em prazo recente, determinados cargos na administração pública. O termo também engloba os parentes e pessoas de relacionamento próximo desses indivíduos. Referidas pessoas requerem especial atenção quando do processo de KYC, na medida em que essa classificação lhes outorga um elevado risco de envolvimento com lavagem de dinheiro oriundo de corrupção⁶⁴.

O relatório do GAFI/FATF *Specific Risk Factor in Laundering the Proceeds of Corruption*⁶⁵ de 2021 alega que há muito se entende o risco que PEPs corruptas representam para o sistema financeiro. Segundo o relatório anual de 2004 da FATF, a origem do capital que uma PEP pode visar branquear não provém apenas de subornos, propinas ou outros rendimentos relacionados à corrupção, mas também podem advir de apropriação indébita ou furto de ativos do Estado ou de fundos partidários e sindicais, além de fraude fiscal. Não só, ainda segundo o relatório de 2004, certas PEPs estão diretamente ligadas a outras atividades ilegais como o crime organizado e o tráfico de drogas.

⁶⁴ RIZZO, 2013. *Op. Cit.*

⁶⁵ Disponível em <<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/reports/Specific%20Risk%20Factors%20in%20the%20Laundering%20of%20Proceeds%20of%20Corruption.pdf.coredownload.pdf>>. Acesso em 14/11/2023.

De acordo com o Guia Wolfsberg de Pessoas Politicamente expostas⁶⁶, o risco representado por essas pessoas advém da alta posição que ocupam e da possibilidade do mau uso do poder e da influência advindos do cargo para ganho pessoal ou de familiares e pessoas próximas. Esses indivíduos ainda podem se valer de pessoas próximas para ocultar bens e valores que foram apropriados em razão do abuso dessa posição ou de suborno e corrupção. Ademais, as PEPs podem ainda se valer desse poder e influência para adquirir representação ou acesso, ou mesmo controle, de órgãos públicos com propósitos ilícitos.

Não obstante, os órgãos de prevenção devem levar em consideração uma série de fatores quando da determinação de um indivíduo como PEP, uma vez que a função pública possui incontáveis categorias e níveis hierárquicos de importância e poder. Em razão disso, certos fatores devem ser levados em consideração, tais como a relevância do cargo dentro do sistema político e legal do país, as responsabilidades oficiais do cargo, a natureza do título (se concursado, comissionado etc.), o nível de autoridade dentro das atividades governamentais do setor, o nível de acesso a recursos governamentais ou a prerrogativa de realizar/dispensar licitações e contratos públicos, a ligação com indústrias e empresas pública ou privadas, bem como sua vulnerabilidade à corrupção. Cabe salientar, ainda, que PEPs são constantemente visadas pela mídia, de modo que o relacionamento de instituições com esses indivíduos pode levar a danos reputacionais.

É possível observar, portanto, que não necessariamente um indivíduo ocupante de cargo público é automaticamente considerado uma PEP. O Guia Wolfsberg elenca alguns exemplos de pessoas que possivelmente ostentariam o status de PEPs, tais como chefes de Estado, ministros, presidentes de partidos políticos, membros da família real, entre outros.

O Brasil, por sua vez, por meio da Circular BACEN nº 3.978 de 2020, em seu art. 27, considera pessoas politicamente expostas:

I - os detentores de mandatos eletivos dos Poderes Executivo e Legislativo da União;

II - os ocupantes de cargo, no Poder Executivo da União, de:

a) Ministro de Estado ou equiparado;

b) Natureza Especial ou equivalente;

⁶⁶ Disponível em <<https://db.wolfsberg-group.org/assets/3867d9cf-7c9b-41bc-9fad-6685bbabd52c>>. Consulta em 14/11/2023.

c) presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de entidades da administração pública indireta; e

d) Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS), nível 6, ou equivalente;

III - os membros do Conselho Nacional de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais Regionais Eleitorais, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho da Justiça Federal;

IV - os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar, os Subprocuradores-Gerais da República e os Procuradores Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal;

V - os membros do Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral e os Subprocuradores-Gerais do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União;

VI - os presidentes e os tesoureiros nacionais, ou equivalentes, de partidos políticos;

VII - os Governadores e os Secretários de Estado e do Distrito Federal, os Deputados Estaduais e Distritais, os presidentes, ou equivalentes, de entidades da administração pública indireta estadual e distrital e os presidentes de Tribunais de Justiça, Tribunais Militares, Tribunais de Contas ou equivalentes dos Estados e do Distrito Federal; e

VIII - os Prefeitos, os Vereadores, os Secretários Municipais, os presidentes, ou equivalentes, de entidades da administração pública indireta municipal e os Presidentes de Tribunais de Contas ou equivalentes dos Municípios.

§ 2º São também consideradas expostas politicamente as pessoas que, no exterior, sejam:

I - chefes de estado ou de governo;

II - políticos de escalões superiores;

III - ocupantes de cargos governamentais de escalões superiores;

IV - oficiais-generais e membros de escalões superiores do Poder Judiciário;

V - executivos de escalões superiores de empresas públicas; ou

VI - dirigentes de partidos políticos.

§ 3º São também consideradas pessoas expostas politicamente os dirigentes de escalões superiores de entidades de direito internacional público ou privado.

Vale citar que o §5º do referido artigo dita que a condição de PEP deve ser aplicada por pelo menos cinco anos seguintes à data em que a pessoa deixou de ocupar os cargos supracitados. Ademais, o art. 19 dita que os procedimentos de KYC que devem ser adotados pelas instituições precisam incluir a condição de representante, familiar ou estreito colaborador da PEPs dispostas no art. 27.

Tal medida é de extrema importância visto que a pessoa pública por vezes se utiliza de terceiros ou “laranjas” para realizar negócios ou ocultar bens. Sendo assim, pela alta possibilidade desses terceiros ostentarem a posição de “laranjas”, devem receber esse tratamento especial.

Cabe salientar, por fim, que o uso de intermediários não necessariamente é um indicador da prática de lavagem de dinheiro, visto que também podem servir para ocultar bens de origem lícita como, por exemplo, em casos litigiosos de partilha de bens.

Não obstante, para efeito de vigilância e prevenção, incluir esses terceiros no processo de KYC não só é sinônimo de boa prática, como também auxilia no combate ao crime de lavagem. O cliente PEP é, por natureza, um cliente de alto risco, de modo que sua identificação logo no início do relacionamento com a instituição é de caráter obrigatório. Não só, também é imprescindível que se confronte periodicamente a lista PEP com a base de clientes, mantendo sempre atualizada a condição do cliente⁶⁷⁶⁸.

4.3 Conheça seu fornecedor (know your supplier - KYS) e seu parceiro (know your partner - KYP).

Conhecer seu fornecedor e parceiro é medida necessária uma vez que a Lei 12.846/2013 estabeleceu a responsabilidade objetiva das empresas beneficiadas com atos de corrupção e similares, de modo que também é uma política não só de boas práticas, mas também de prevenção, estender o programa de *compliance* empresarial a terceiros que não integrem o quadro da instituição.

⁶⁷ RIZZO, 2013. *Op. Cit.*

⁶⁸ Nesse sentido, importante salientar que o Portal da Transparência mantém lista atualizada com nomes e dados pessoais de PEPs, possuindo atualmente mais de 134 mil nomes (consulta realizada em 15/11/2023).

Ainda que esse ato de corrupção não seja praticado propriamente pela empresa, o mero ato de se beneficiar dele, ainda que indiretamente, acarreta essa responsabilidade objetiva, havendo a possibilidade de sanção pelos atos de terceiros, ainda que externos.

Não obstante, importante expor que essa prática não é exigida pelas normativas de prevenção de lavagem, de forma que sua inexistência não gera responsabilidade penal, ainda que possa, eventualmente, acarretar a civil e/ou administrativa, além do dano reputacional.

Desse modo, é importante conhecer os fornecedores, seus históricos, seus programas de integridade, bem como verificar se suas práticas são adequadas aos padrões de prevenção nacional e internacional, caso esse fornecedor seja uma empresa sediada no exterior.

4.4 Conheça seu banco correspondente no exterior (*know your correspondent banking – KYCB*)

O conceito de banco correspondente, apesar de poder variar entre as instituições, é de importante definição, em especial quando se fala em *overcompliance*, na medida em que bancos correspondentes tendem a entrar na lista genérica de clientes ou parceiros a que se recusa ou encerra relações negociais, como se verá no Capítulo 5.

Segundo Maria Rizzo⁶⁹, o conceito de banco correspondente é amplo, podendo ser configurado pela simples troca de chaves SWIFT, pela simples relação de crédito envolvida, pela utilização de serviços bancários entre as partes, ou ainda pela manutenção de contas correntes em moeda estrangeira no exterior.

Não obstante essa variação conceitual, o presente trabalho utilizará a definição da autora, que conceitua bancos correspondentes como uma contrapartida no exterior dos bancos nacionais de cada país na concretização de operações internacionais, tendo, como exemplo, uma operação de comércio exterior em que existem dois agentes: o exportador no Brasil e o importador sediado no exterior.

⁶⁹ *Op. Cit.* p. 172

Nesse exemplo, o exportador brasileiro precisa enviar mercadorias ao passo que o importador estrangeiro precisa pagar pelas mercadorias utilizando seu banco estrangeiro, que fará a transferência para o banco brasileiro. Nesse caso, o importador entregará os dólares a seu banco no exterior, que os enviará para o banco brasileiro por meio de um crédito na conta corrente em dólares que, então, fechará o câmbio e entregará esse valor em reais ao exportador.

Trata-se de um cenário típico de bancos correspondentes. Ocorre que nenhum desses bancos possuem o manejo de cem por cento da operação, de modo que deve haver uma relação mútua de confiança de que o outro banco tenha conduzido o processo investigativo e de monitoramento do seu cliente envolvido na transação, de acordo com a legislação e regulamentação aplicável e, sempre que possível, utilizando os padrões internacionais.

A importância do KYCB nasce na medida em que um dos bancos pode ser sancionado pela conduta do outro caso tenha se envolvido com algum ilícito que traga benefício para a instituição, em especial no Brasil quando da responsabilidade objetiva disposta na Lei Anticorrupção, como visto. Da mesma forma que ocorre com o KYS e KYP, Badaró e Bottini⁷⁰, destacam que ainda que a prática de KYBC não seja exigida pelas normativas de prevenção à lavagem de dinheiro brasileiras (Lei 12.846/2013) e sua inexistência não gerar responsabilidade penais, sua implementação é adequada sob uma perspectiva de boa governança, evitando consequências administrativas previstas em outros diplomas legais, em especial aqueles relacionados à corrupção.

Não só. Diversas organizações estrangeiras, como o FATF, o FMI, a *European Banking Authority* e a própria ONU, possuem diretrizes nesse sentido justamente para evitar o branqueamento de capitais e o financiamento ao terrorismo.

Em razão disso, é importante que os bancos conheçam as políticas e programas de prevenção de seus parceiros. Nesse sentido, as instituições financeiras devem levar em consideração a conjugação de dois fatores: o risco institucional e o risco do país onde o banco correspondente está sediado⁷¹.

O risco do país é aquele representado pelas perdas em decorrência de alterações políticas, econômicas, financeiras e sociais dos países com os quais há relacionamento

⁷⁰ *Op. Cit.*

⁷¹ RIZZO, 2012, p.173.

comercial. Alguns fatores de vulnerabilidade podem representar uma baixa recomendação de relação comercial como o fato do país estar sujeito a sanções, embargos ou medidas similares emanadas pela ONU, possuam níveis significativos de corrupção e outras atividades criminais ou sejam politicamente instáveis, não tenham legislação, regulamentação e supervisão reguladora adequada de prevenção à lavagem, tenha regras bancárias rígidas de sigilo que dificultam as investigações, dentre outros.

Já o risco institucional é refere à sua organização interna e externa e a natureza de suas atividades. Desse modo, alguns fatores estruturais devem ser tomados como um alerta na hora da formalização da relação, como por exemplo (i) se a instituição opera em uma jurisdição cujos padrões de prevenção são reconhecidamente baixos; (ii) se não há transparência quanto ao domicílio dos sócios e a forma legal corporativa e transparência da estrutura de controle; (iii) se o tipo de negócio é vulnerável à lavagem de dinheiro, (iv) se há participação de PEPs na administração ou corpo societário; (v) se o banco não for estatal ou não possuir capital aberto; (vi) se a política de prevenção é fraca ou inexistente.

Importante salientar, não obstante, que todas as medidas supracitadas devem ser analisadas caso a caso com cada instituição. Isso porque, conforme se verá no Capítulo 5, ao negar qualquer tipo de relacionamento comercial com uma instituição estrangeiras pelo simples fato de estarem em um país sancionado, ou pelo modelo de negócio ser vulnerável à lavagem de dinheiro, sem analisar todo o conjunto de fatores que compõem a instituição, nascerá o risco da aplicação de *overcompliance* por meio de uma política discriminatória de *de-risking*.

4.5 Comunicação e interrupção de operações suspeitas.

O art. 11, II, da Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem) dita que as entidades sensíveis⁷² deverão comunicar ao COAF a existência de operações suspeitas que tomar conhecimento, se abstendo de dar ciência dessa comunicação à pessoa envolvida ou a qualquer outra, dentro do prazo de 24 horas. Essa comunicação é importante não só como boa prática de *compliance*, na medida em que as comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista da lei, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa⁷³, mas também

⁷² Aquelas dispostas no art. 9º da lei.

⁷³ Art. 11. §2º.

visa auxiliar as autoridades na investigação e prevenção de atividades criminosas. Outra importância da comunicação é possibilitar que os órgãos de controle e fiscalização possam sistematizar informações, produzir análises de risco e tomar as providências cabíveis diante da suspeita de lavagem de dinheiro⁷⁴.

Cabe salientar, ademais, que essa comunicação deve ser feita não só quando da ocorrência de operações suspeitas, mas também quando da ausência delas. Em outras palavras, cada pessoa física ou jurídica regulada deve comunicar ao COAF as operações suspeitas, bem como, com regularidade, avisar o órgão regulador específico⁷⁵ a não ocorrência de atividades anormais ou atípicas.

O art. 12 da lei, por sua vez, prevê sanções administrativas que poderão ser aplicadas cumulativamente ou não àquelas entidades que deixarem de cumprir as obrigações de comunicação e de cadastro, tais como advertência, multa, inabilitação temporária e cassação da autorização para operação ou funcionamento. Não obstante, a não observância dessa regra não implica automaticamente a responsabilidade penal das pessoas físicas obrigadas, exceto se verificado os requisitos de autoria ou participação específicos dos tipos penais⁷⁶.

5. O FENÔMENO DO DE-RISKING E DO OVERCOMPLIANCE

Em novembro de 2015, o Centro de Desenvolvimento Global⁷⁷ realizou uma pesquisa⁷⁸ demonstrando que os esforços globais de estudiosos, governantes e indivíduos atuantes no mercado financeiro com o fim de mitigar os ilícitos financeiros praticados causaram um efeito colateral significativo.

Nos últimos anos, a comunidade internacional começou a focar na inclusão financeira como uma parte de uma estratégia maior para reduzir a pobreza, encorajar o

⁷⁴ BADARÓ e BOTTINI (2022). *Op. Cit.* p. 37.

⁷⁵ Ao próprio COAF na ausência desse órgão.

⁷⁶ BADARÓ e BOTTINI (2022). *Idem*.

⁷⁷ O Center of Global Development (CGD) é uma organização sem fins lucrativos do tipo *think tank* com base em Washington DC que realiza programas com objetivo de reduzir a pobreza mundial e auxiliar na melhoria de vida através de pesquisas econômicas que visam uma melhora na política realizada pelos maiores tomadores de decisões do mundo. <cgdev.org>.

⁷⁸ Disponível em <<https://www.cgdev.org/sites/default/files/CGD-WG-Report-Unintended-Consequences-AML-Policies-2015.pdf>>. Consulta em 15/10/2023

desenvolvimento econômico e promover a estabilidade e segurança. Essa inclusão financeira pode ser entendida como acesso, utilização e capacidade de custeio de serviços financeiros tais como acesso a contas bancárias, investimentos financeiros, transferências monetárias e demais serviços bancários⁷⁹⁸⁰.

Não obstante, referido foco internacional em inclusão financeira coincidiu com um outro foco, também internacional, relacionado às instituições financeiras: o combate a crimes financeiros, em especial a lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Esse segundo foco causou um efeito colateral ocasionado pelo reforço nas regulamentações relacionadas a políticas ao combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, além de sanções pesadas aos bancos e demais entidades dos mercados financeiros mundiais.

Esse combate aos crimes financeiros pressionou os países em desenvolvimento a desenvolver e implementar políticas antilavagem que, inadvertidamente, ocasionaram o efeito colateral indesejado de limitar o foco inicial internacional de acesso formal a instituições financeiras.

Em razão disso, diversos bancos internacionais começaram a evitar, ou abandonar, relacionamentos com países e mercados de segmentos que julgam possuir um alto risco ou cujo alto custo da manutenção de um sistema de *compliance* não valha a pena. Desse modo, muitas instituições financeiras optaram, principalmente após a crise financeira de 2008, a encerrar atividades de serviços monetários tais como troca de moedas, saques em cheque, transferência de dinheiro, dentre outros.

A nível individual, essa exclusão financeira limita a habilidade de populações vulneráveis em manter um fluxo financeiro, acumular capital e economias e de mitigar choques econômicos. A nível macroeconômico, por sua vez, a inclusão financeira está atrelada ao desenvolvimento econômico e social, contribuindo para a redução da extrema pobreza e desigualdade social e financeira. Além disso, a expansão do acesso ao setor financeiro auxilia pequenos negócios.

⁷⁹ Understanding Bank De-Risking and its Effects on Financial Inclusion: An exploratory study. Disponível em <https://policy-practice.oxfam.org/resources/understanding-bank-de-risking-and-its-effects-on-financial-inclusion-582310/>. Consulta em 18/10/2023

⁸⁰ De acordo com referido estudo, cerca de 2.5 bilhões de indivíduos ao redor do mundo não possuem acesso a uma conta bancária, sendo 50.9 milhões somente nos Estados Unidos. Referido grupo, ainda hoje, se vale de serviços financeiros informais para movimentação de dinheiro, tais como empréstimos, loja de penhores e troca de cheques.

Esse esforço global de regulamentação antilavagem, que também busca combater o financiamento ao terrorismo e organizações criminosas, mostrou-se custoso às instituições financeiras ao redor do mundo, acarretando a evasão dessas instituições financeiras de negócios considerados de alto risco, aumentando as chances de falhas de integridade, e consequentemente possíveis punições civis, administrativas e penais, ou elevam o custo dessa conformidade, acarretando pouco ou nenhum retorno financeiro. A essa evasão, bem como a recusa de oferta de alguns, ou todos, serviços financeiros, foi dado o nome de *de-risking* ou *overcompliance*.

Nessa linha, o FCPA Blog⁸¹ conceitua o fenômeno do *de-risking* como um ato capaz de reduzir, remover ou eliminar totalmente o risco. Trata-se do conceito semântico simples e objetivo da palavra. Um outro significado, mais abrangente, e nos moldes do abordado acima, conceitua o *de-risking* como uma prática que visa encerrar ou restringir uma relação negocial com clientes ou categorias de cliente de modo a evitar o risco ao invés de contê-lo. Essa definição foi trazida pela *Financial Action Task Force*⁸² (FATF) em uma circula de 2014.

Referida circular afirma também que o *de-risking* não é uma questão que deve ser enxergada puramente como algo advindo das questões antilavagem, mas também como algo que reflete a opacidade do sistema financeiro global, cujo encerramento dessas relações financeiras tem o potencial de forçar entidades e pessoas a um canal menos, ou de nenhuma forma, regulado, o que dificulta a implementações de medidas contra crimes financeiros.

Desse modo, esse conceito deturpa o significado semântico positivo de redução ou eliminação de risco para uma resposta negativa que torna por evitar a responsabilidade como um todo, de forma arbitrária e nada isonômica, que acaba por acarretar danos ao sistema financeiro global. Ainda segundo o FATF, o encerramento de relações financeiras deve se dar caso a caso e somente quando os riscos financeiros dessa relação não puderem ser mitigados, e não por meio da eliminação de uma categoria inteira de consumidores.

⁸¹ Site americano de notícias e comentários sobre crimes de colarinho branco, fiscalização e conformidade. Disponível em: <<https://fcpablog.com/2023/09/18/de-risking-has-multiple-meanings-compliance-officers-need-to-know-them-all/>>. Consulta em 28/09/2023.

⁸² Força Tarefa de Ação Financeira, em tradução livre. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Risk-based-approach-banking-sector.html#:~:text=A%20risk%2Dbased%20approach%20means,with%20the%20level%20of%20risk>>. Consulta em 28/09/2023.

Segundo o Fundo Monetário Internacional⁸³, ao fenômeno da saída dos bancos correspondentes (em inglês *correspondent banking relationships* – CBRs) das relações financeiras, como um todo, em certas regiões, dá-se o nome de *de-risking*. Esse fenômeno é o resultado das decisões institucionais dos bancos, refletindo uma análise de custo benefício entre o risco das relações e o potencial lucro.

Ainda segundo o FMI, esse fenômeno pode ser melhor definido como uma evasão em grande escala, geográfica ou de clientes, sem se levar em conta uma melhor análise e compreensão do risco específico de cada caso concreto. Essa análise caso a caso é importante na medida em que os bancos devem se concentrar na avaliação do risco em linha com uma abordagem de gestão periódica desse risco, por determinados clientes, além de avaliar o nível de controle necessário para seu gerenciamento.

A retirada dos bancos de certas relações, ou a negativa em estabelece-las, é, portanto, uma resposta dessas instituições ao gerenciamento desse risco. Essa decisão é baseada nos tipos de riscos que os bancos consideram que já não são gerenciáveis, incluindo evitar se tornar uma espécie de bode expiatório quando se envolvem com uma instituição ou pessoa com um risco em potencial.

Em resumo, é possível definir o *de-risking* como uma situação em que instituições financeiras encerram ou restringem uma relação negocial com clientes ou categorias de clientes com o intuito de evitar, ao invés de gerenciar, o risco, sem levar em consideração as características personalíssimas de cada cliente. São, portanto, uma série de atos arbitrários por meio das quais as instituições financeiras encerram, negam ou limitam seus relacionamentos com determinados clientes sem o conhecimento, o *due diligence* e a compreensão necessária desses clientes e suas transações. Cabe expor, ademais, que o *de-risking* pode também ocorrer não só com clientes, mas também com parceiros e fornecedores.

De modo geral é possível observar que toda organização em funcionamento no setor financeiro precisa seguir regras de conformidade, regulações nacionais e internacionais, bem como se manter atualizada nos tópicos referentes a área. A falha em seguir os moldes de conformidade pode causar danos à reputação institucional da

⁸³ International Monetary Fund. Legal Dept. Law & Financial Stability. 2020. Disponível em <<https://www.elibrary.imf.org/display/book/9781513523002/9781513523002.xml>>. Consulta em 28/09/2023.

empresa, à perda de clientes e à severas penalidades regulatórias. O *de-risking*, portanto, vai além da implementação de programas de *compliance* e mitigação de risco, sendo uma forma das empresas cortarem pela raiz qualquer atividade que possua um risco de integridade considerado ingerenciável, em uma espécie de conformidade excessiva e arbitrária.

Trata-se, portanto, de uma forma de eliminar totalmente o risco por meio de um sistema que vai além das regras de *compliance*. Apesar de não ser equivocado tratar o *de-risking* e o *overcompliance* como sinônimos, entende-se que o primeiro seria, na realidade, uma política de tratativas consideradas pelas instituições e o segundo a efetiva aplicação dessa política.

5.1 Os impactos do *overcompliance*

Conforme já salientado, uma das problemáticas do *overcompliance* é o fato de que bancos internacionais funcionam como correspondentes de bancos locais (CBR), que dependem do relacionamento com os primeiros para acessar mercados e moedas internacionais, bem como para que seus clientes o façam e/ou possam fazer remessa de valores.

A negativa desse relacionamento torna por dificultar a exportação de serviços financeiros a imigrantes, que precisam enviar dinheiro a seus países de origem, além de dificultar o envio de valores a causas humanitárias internacionais realizadas por organizações sem fins lucrativos.

O *de-risking* afeta diversos setores, mas os descritos acima parecem ser objeto de maior prioridade devido à sua importante sistemática de pagamentos internacionais⁸⁴. O relacionamento de bancos correspondentes é um tipo de relação bilateral em que o banco correspondente provê serviços financeiros ao banco correspondido, sendo geralmente também um cliente, liberando pagamentos em nome do segundo e de seus clientes. Esse tipo de serviço é essencial para o devido funcionamento dos pagamentos internacionais em razão da falta de um sistema global de pagamentos, já que a maioria dos bancos não

⁸⁴ Policy Responses to De-risking, Progresses Reporto n the CGD Working Group's 2015 Recommendations. Disponível em <<https://www.cgdev.org/sites/default/files/policy-responses-de-risking.pdf>>. Consulta em 12/10/2023

possui filiais na totalidade de países dos seus clientes. Essa relação também é essencial para o acesso de pessoas a moedas e mercados financeiros internacionais e, em casos mais extremos, o cancelamento dessa relação pode levar à uma exclusão do país do sistema financeiro internacional.

Ainda que o fim desse relacionamento não ocorra efetivamente, a impossibilidade de transferência internacional de valores por uma pessoa física ou uma organização sem fins lucrativos ainda é uma problemática relevante. Isso porque a possibilidade de transferência monetária internacional permite a circulação de dinheiro a bancos correspondentes em países e regiões pobres e rurais.

Ademais, o *overcompliance* ocorre quando um participante do mercado financeiro (pessoa física ou jurídica) aplica uma sanção em situações que estão além do escopo legal das transações ou atividades que são proibidas. Como exemplo desse tipo de sanção, pode-se citar um determinado banco que finalize ou proíba qualquer negócio com um banco Russo, dado o contexto atual da guerra ucraniana. Um outro exemplo seria encerrar quaisquer tipos de transações com o dado banco Russo após um de seus acionistas ou executivos de alto escalão ter sido designado, pelo próprio banco, a determinado cargo⁸⁵.

Outro exemplo interessante é quando o *overcompliance* é aplicado quando determinada companhia não é obrigada a seguir legalmente certas leis locais de integridade, como quando um banco europeu, ou de algum país terceiro, corta relações com companhias russas que foram objeto de sanção pelos Estados Unidos, ainda que essas empresas não tenham qualquer vínculo territorial americano e não tenham sido alvo de restrições de atividades ou transações.

É possível observar, portanto, que o *overcompliance* também é problemático quando é aplicado como forma de sanção secundária. Segundo relatório da Assembleia Geral da ONU, de 15 de julho de 2022⁸⁶, essas sanções secundárias, tanto civis quanto penais levam a graves violações de direitos humanos de leis internacionais, na medida em

⁸⁵ Sanctions Overcompliance: What, Why and Does It Matter?. Disponível em <[⁸⁶ Disponível em <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/408/16/PDF/G2240816.pdf?OpenElement>>. Consulta em 15/10/2023.](https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=72100612208612003100612610010109602512105702607601702800900706407307402501111702306700301806304801812201809909601001809109909610604201105401508701400019009068093071037037090072075098011023066031094064068105112069095097007075118125005068102105029083&EXT=pdf&INDEX=TRUE></p>
</div>
<div data-bbox=)

que impõe uma onerosidade desnecessária, impedimentos de operações e até mesmo menos transparência a forças humanitárias que buscam métodos formais de transferências financeiras.

Esses métodos coercitivos unilaterais acabam também violando direitos humanos na medida em que a remessa de bens e serviços humanitários muitas vezes envolvem uma extensa cadeia de participantes em diversos países e quando apenas um deles pratica o *overcompliance*, seja um fornecedor, exportador ou, como já salientado, uma entidade que provê serviços financeiros, toda a cadeia se quebra, impedindo que provisões essenciais cheguem a pessoas necessitadas.

A questão é ainda mais alarmante quando se trata de remessa de comida, remédios ou equipamentos médicos. Ainda que a aplicação do *overcompliance* não impedissem efetivamente o recebimento desses bens, ainda pode acarretar o atraso ou aumentar o custo de envio, o que causa ainda mais danos quando em contextos urgentes como o da COVID-19⁸⁷.

Dentro dessa cadeia de participantes, os bancos têm papel fundamental, uma vez que são responsáveis pelas transações financeiras de diversas entidades. A título de exemplo de como a sanção secundária afeta negativamente os direitos humanos, é possível citar o caso do banco português Novo Banco, que, em razão do *overcompliance*, negou o pagamento de remédios e outros suprimentos médico essenciais solicitados pela República Bolivariana da Venezuela em razão de uma sanção impostas pelos Estados Unidos⁸⁸. Outro exemplo trazido pelo Relatório da ONU foi como o *overcompliance* impediou que organizações não governamentais transferissem fundos para o pagamento de pessoas que trabalhavam com questões humanitárias em países sancionados.

A problemática pode ser vista também mesmo após o fim da sanção, como é o caso de bancos internacionais que operavam na República Islâmica do Irã antes mesmo das sanções aplicadas ao país, que se recusaram a retornar suas atividades mesmo após essas sanções terem sido mitigadas, dificultando a recuperação econômica do país e afetando o direito ao desenvolvimento, além de prolongar os problemas relacionados aos direitos humanos associados a questões econômicas.

⁸⁷ Para mais detalhes sobre os danos causados pelo Overcompliance no contexto da pandemia, ver webninar promovido pela ONU em 30 de novembro de 2020. Disponível em <<https://media.un.org/en/asset/k1o/k1olchwcxg>>. Consulta em 28/10/2023

⁸⁸ Relatório da Assembleia Geral da ONU, *op. cit.*

Com relação ao setor financeiro, conforme já salientado, um *de-risking* excessivo pelos bancos ou outras instituições financeiras impede o fluxo de bens e serviços de caráter humanitário. Esse *overcompliance* inclui, dentre outros, a recusa em conduzir transações autorizadas ou onerá-las por meio de maior burocracia ao se exigir documentos e certificações extras; aumento de taxas ou juros; atrasos propositais; congelamento de investimentos que não foram alvo de sanções; e o já explicitado impedimento de abrir ou manter contas bancárias ou conduzir transações para seus países de origem que foram sancionados, ainda que sejam refugiados.

Ainda segundo o supracitado relatório da ONU, as políticas de *de-risking* são responsáveis por extenso *overcompliance* com sanções unilaterais, particularmente no setor financeiro. Essas políticas são geralmente criadas para que companhias cumpram um grande número de obrigações regulatórias, além da sanção em si, tais como minimizar o risco financeiro e evitar transações relacionadas a lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e outros crimes financeiros, levando-se ainda em consideração riscos de reputação e outros relacionados ao negócio.

Sendo assim, como o *due diligence* necessário para contornar esses riscos são trabalhosos, demorados, caros e demandam a investigação de especialistas que muitas instituições não têm, somado ao fato de que as penalidades legais pela carência de um *compliance* efetivo para realizações de determinadas transações geram grande impacto financeiro, reputacional e em alguns casos até criminal, as políticas de *de-risking* excessivas tornam por cumprir com várias regulações de uma só vez.

Muitas instituições financeiras, portanto, optam por simplesmente encerrar seus relacionamentos simplesmente por não possuírem os recursos necessários para gerenciar o risco. Segundo o FMI⁸⁹ o encerramento ou impossibilidade de abertura de contas podem resultar em transações clandestinas, o que torna essas transações potencialmente vulneráveis à lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, segundo a European Banking Authority⁹⁰, o *de-risking* é problemático na medida em que pode enfraquecer serviços bancários básicos que todo indivíduo tem direito. A EBA emitiu opinião⁹¹ afirmando que o fenômeno ocorre através

⁸⁹ *Op. Cit.* 2020

⁹⁰ Agência reguladora Europeia cuja função é a regulação bancária e financeira da União Europeia.

⁹¹ Disponível em <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Opinions/2022/

de toda União Europeia, afetando grande variedade de consumidores, a exemplo de instituições financeiras que funcionam como bancos correspondentes e instituições de pagamento. Desse modo, o *de-risking* leva a resultados econômicos adversos e à exclusão financeira, que, por sua vez, podem ter um impacto negativo na realização dos objetivos da EU, tais como combater de forma eficaz a criminalidade financeira, promover a inclusão financeira e a concorrência do mercado.

Ainda segundo a EBA, diversos bancos entrevistados informaram que perderam relações comerciais com bancos correspondentes em razão de, por exemplo, operar em jurisdições de alto risco ou por estarem na lista cinza da FATF, e que o fim dessa relação levou à perda do acesso à compensação em USD e/ou compensação em EUR/SEPA, bem como a serviços de gestão de caixa e serviços de pagamentos internacionais.

Além disso, o fim dessa relação também acarretou dano reputacional, bem como, quando ocorreram de forma súbita, ou seja, com um curto período de prévio aviso, muitos bancos tiveram dificuldade em continuar provendo alguns serviços, tais como remessa ou depósito de valores, sendo obrigados a encerrar esses serviços com seus clientes ou buscar outros correspondentes, às custas de revisões de taxas de preços.

Alguns bancos correspondentes menores foram inclusive obrigados a armazenar grande quantidade de dinheiro em espécie e/ou fazer transferências por meio de avião ou veículos blindados. Em casos mais graves alguns desses bancos menores não conseguiram encontrar novos correspondentes e, portanto, prover diversos serviços a seus clientes, tendo que encerrar suas atividades.

Os bancos entrevistados informaram também que, após a decisão de *de-risking*, tiveram poucas alternativas para acessar serviços financeiros, sendo obrigados a buscar outros provedores de pagamento que não fossem bancos ou outras relações bancárias com parceiros alternativos como *fintechs*, ao custo de aumento de preços, que acabaram sendo repassados aos clientes.

Outras instituições afetadas são as EMI (*electronic money institutions* - como corretoras de criptoativos), que afirmaram que os bancos simplesmente se recusam a

ofertar serviços, independentemente do tipo, em razão de serem, segundo esses bancos, incapazes de corresponder às políticas antilavagem e antifinanciamento do terrorismo.

Com relação a pessoas físicas, diversos são os indivíduos afetados pela política do *de-risking*, dentre eles pessoas que buscam asilo, indivíduos de uma jurisdição que sofreu algum embargo ou medidas similares e imigrantes com residência permanente. Essas pessoas reportaram dificuldade em abrir ou manter uma conta bancária, adquirir empréstimos ou hipotecas ou, inclusive, experimentaram algum tipo de limitação imposta em contas de poupança ou acesso a investimentos e seguros.

Nesse ponto, vale a pena citar importante trabalho da The Global NPO Coalition on FATF⁹²⁹³ que afirma que o GAFI precisa reconhecer que o *de-risking* mitiga os seus próprios objetivos e padrões, uma vez que o dinheiro movimentado acaba indo parar em canais menos transparentes, aumentando os riscos da Força-Tarefa e diminuindo a eficácia dos padrões de integridade financeira.

Além de todo o exposto, cabe reiterar o já explicitado alto custo do *due diligence*, uma vez que as companhias têm a responsabilidade de realizar a devida diligência para garantir todos os direitos humanos, bem como para garantir a aderência a todas as regras das sanções unilaterais, ainda quando da sua constante evolução. Ocorre que, somado ao exposto e ao alto custo da violação dessas sanções, muitas empresas optam por favorecer o *overcompliance* a despeito da sua preocupação com os direitos humanos.

Isso porque quanto mais sofisticado e específico um programa de *compliance* é, mais custoso ele fica, tanto para implementá-lo quanto para mantê-lo. Nesse sentido, as companhias tendem a optar por critérios mais simples e operacionais de tomada de decisão e processos, o que acaba por gerar formas de *overcompliance*.

⁹² Aliança Global das Organizações sem Fim Lucrativo sobre a FATF (Força-Tarefa de Ação Financeira), em tradução livre. A FATF, no Brasil, GAFI (Grupo de Ação Financeira), é um órgão intergovernamental criado em 1989 com o objetivo de proteger o sistema financeiro e a economia em geral contra ameaças de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e da proliferação das armas de destruição em massa, através do desenvolvimento e da promoção de padrões internacionais de prevenção à lavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo (PLD/FT).

⁹³ Global NPO Coalition on FATF Submission for Phase II of The Unintended Consequences (UIC) Workstream: Mitigating Measures of De-Risking and Financial Exclusion of NPOs. Disponível em <https://fatfplatform.org/assets/Global-NPO-Coalition-submission-on-mitigating-measures-for-de-risking-and-financial-exclusion-of-NPOs_final.pdf>. Consulta em 17/10/2023.

É possível observar, portanto, que o custo legal associado à manutenção de um *due diligence* e de um programa de *compliance*, em alguns casos, são maiores que o valor adquirido por meio de bens e serviços prestados.

Ainda nesse sentido, o Relatório da ONU⁹⁴ chama atenção para o fato de que as sanções unilaterais que focam um mesmo país, entidade ou indivíduos também são capazes de gerar um *overcompliance* quando a aderência de sanções mais rigorosas excede o que é efetivamente necessário para cumprir as sanções mais brandas.

É possível observar o exposto quando da sanção imposta pelo Reino Unido, União Europeia e Estados Unidos em 2022 à Federação Russa. O Reino Unido⁹⁵ não considera negociações secundárias de ações de uma empresa sancionada como uma violação das sanções, mas a UE e os EUA sim, ou seja, esses dois últimos preferiram pecar pelo excesso e cortar quaisquer negociações secundárias.

Observa-se, portanto, que é possível observar que os impactos do *de-risking*, muitas vezes, vão de encontro não só aos próprios interesses ao combate aos crimes financeiros, mas também a direitos humanos. Isso pode ser observado quando a negativa de determinando banco afeta a capacidade de enviar e receber pagamentos internacionais em uma região inteira, fazendo com que esses pagamentos sejam feitos por canais informais, obscuros e de difícil rastreio.

A nível nacional, essa negativa torna por impedir que pessoas físicas possam abrir e manter contas bancárias, em especial se tratando de PEPs, obrigando essas pessoas a utilizarem bancos menores sem muito controle ou, em casos extremos, meios escusos ou ilícitos para transferência de dinheiro.

A problemática também afeta as pessoas jurídicas na medida em que pode impedir que elas realizem negócios por não possuírem conta em uma instituição financeira reconhecida. Além disso, pode acatar em verdadeira sentença de morte para a empresa quando parceiros, clientes e fornecedores deixam de contratar com ela.

Isso pode acontecer porque uma vez que uma empresa tenha sofrido alguma sanção, em especial quando essa sanção partiu de um crime cometido por um ou alguns

⁹⁴ *Op. cit.*

⁹⁵ Martin Arnold and Sam Fleming, “Banks push Brussels for clarity to avoid ‘overcompliance’ with sanctions on Russia”, Financial Times, 7 April 2022. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/a2fcd6e9-6b1a-4bd8-b035-047eb0791a94>>. Consulta em 17/10/2023

de seus administradores, essa empresa entra em uma espécie de lista negra. As demais empresas, por saberem dessa má reputação, acabam por aplicar a política de *de-risking* por receio de que essa reputação as atinja, manchando também sua própria reputação ou até mesmo por receio de também sofrerem sanções.

Em se tratando de organizações não governamentais, a negativa de transações ou o aumento de taxas e custos para fazê-lo causa impacto direto na entrega de ajuda humanitária principalmente em áreas de conflito em que a população não possui, ou perde o acesso, a bens básicos como comida, água e remédios.

Ademais, quando instituições financeiras perdem acesso a contas, isso causa uma grave disrupção em cadeia nos negócios, levando muitas vezes ao fechamento dessas instituições, afetando, também a competição e potenciais inovações do mercado. Isso também leva à exclusão financeira de pessoas, que são impedidas de usar serviços financeiros básicos como abertura de contas, transferência de valores, contratação de seguros e empréstimos, principalmente em um mundo onde as transações digitais estão cada vez mais comuns e pagamentos em dinheiro não são mais aceitos.

Outra questão relevante é quando as instituições utilizam exclusivamente a metodologia de abordagem baseada no risco (*risk based approach*). Essa metodologia dita que as instituições financeiras devem cumprir com as medidas de prevenção de lavagem de acordo com sua própria avaliação dos riscos do delito, segundo o tipo do negócio ou do cliente.

Em outras palavras, segundo Ana Oliveira e Débora Cardoso⁹⁶, uma análise caso a caso é que dita o tratamento de níveis e risco nos processos de aceitação, monitoramento, análise e reportes de clientes, destinados às ações de prevenção e combate aos crimes de lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo, corrupção e fraudes.

Ainda segundo as autoras, referida análise é sinônimo de uma boa política criminal de *compliance*, uma vez que os controles implementados são proporcionais aos riscos identificados, garantindo um melhor embasamento na tomada de decisões e alocação de recursos. Essa deliberação sobre o encerramento de relações negociais ou

⁹⁶ OLIVEIRA, Ana; CARDOSO, Débora. 8. De-Risking: *Parâmetros para Medidas de Diligência nos Programas de Compliance das Instituições Financeiras*. IN: SOUZA, Luciano. *Compliance no Direito Penal*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021

rejeição de transações devido a um elevado risco de lavagem de dinheiro é parte fundamental da política preventiva dos programas de *compliance* bancários, sendo capaz de fundamentar a negativa de prestação de serviço, mesmo quando essa relação é baseada no princípio da liberdade contratual.

Entretanto, as autoras chamam a atenção para três razões que desafiam essa flexibilidade na tomada de decisões. A primeira é a falta de clareza a respeito do impacto financeiro que fluxos de dinheiro ilegal causam aos bancos. Isso porque, uma vez que o parâmetro custo-benefício da manutenção do cliente ou da operação financeira não esteja claro e definido, as suspeitas da prática do crime de lavagem ou financiamento do terrorismo podem levar a exclusões discriminatórias e infundadas ou, ao revés, a danos reputacionais ou falhas de integridade dessas instituições que podem levar à responsabilização civil, administrativa e criminal.

A segunda questão relevante é sobre a possibilidade do compartilhamento de informações relacionadas a determinados clientes com as demais instituições. Esse compartilhamento é importante na medida em que, quando uma instituição decide por encerrar uma conta ou não realizar determinada transação em razão de fundadas suspeitas de se tratar de dinheiro proveniente de fonte ilícita, a comunicação é importante a fim de evitar que a pessoa tente lavar o dinheiro em outras instituições. Entretanto, caso essa exclusão se dê em razão de um *overcompliance* proveniente de uma política de *de-risking*, a relação individual banco-cliente pode ser afetada, além de potencialmente levar a uma estigmatização do cliente no mercado.

O terceiro ponto é quando a possibilidade de uma exclusão precipitada afetar negativamente uma investigação policial. Isso porque pode acontecer de um simples pedido de informação policial com relação a determinado cliente ou a transação acender uma luz vermelha na instituição que, de maneira precipitada, encerra a relação, impedindo que a autoridade policial adquira mais informações a respeito de certas movimentações financeiras.

É possível observar, portanto, que o *overcompliance*, além de atentar contra o acesso a instituições financeiras, impossibilitando o usufruto de serviços como obtenção de crédito e seguros, empréstimos, e até mesmo os serviços mais básicos como abertura de contas e transferências de valores, acaba também indo de encontro aos próprios interesses de países e entidades que busca combater a prática de crimes financeiros, na

medida em que a circulação dos valores que poderiam passar por canais formais de maior vigilância acabam indo parar naqueles mais obscuros, de difícil rastreio e, por vezes, até mesmo ilegais.

5.2 Razões para a existência do *overcompliance*

A relação negocial entre uma instituição financeira e seus clientes é, em sua essência, governada pelo princípio da liberdade contratual, de modo que, exceto por barreiras legais, uma instituição financeira não é obrigada a realizar uma negociação que não queira.

Sendo assim, quando a aplicação de uma sanção a um país ou a um grupo específico, a empresa deveria, ao menos em tese, continuar realizando todas as transações não acobertadas pela sanção, funcionando como uma espécie de “otimizadora de sanção”, ajustando suas atividades a fim de encontrar o limiar específico definido pelas sanções. Esse, em suma, é o objetivo das sanções.

Entretanto, as empresas decidiram por não se tornar “otimizadoras de sanção”, mas, ao invés, banir de vez quaisquer transações com referido grupo, ainda que tais transações sejam lucrativas e não proibidas, isso porque a aplicação de sanções gera uma considerável incerteza às empresas.

Segundo o já abordado relatório da ONU, as políticas de *de-risking* são responsáveis por extenso *overcompliance* com sanções unilaterais, particularmente no setor financeiro. Essas políticas são geralmente criadas para que companhias cumpram um grande número de obrigações regulatórias além da sanção em si, tais como minimizar o risco financeiro e evitar transações relacionadas a lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e outros crimes financeiros, levando-se ainda em consideração riscos de reputação e outros relacionados ao negócio.

A promoção do *overcompliance* por meio de políticas de *de-risking* inclui uma complexidade de regimes sancionatórios e falta de clareza nas disposições de *due diligence*. Essa complexidade de *compliance* é ainda mais agravada quando sanções são criadas e impostas em resposta a eventos geopolíticos (como a guerra da Ucrânia) ou à sua elaboração sem detalhamento suficiente.

Um exemplo disso é o relatório do Conselho do Atlântico, cuja natureza das sanções impostas pelos EUA é pouco clara, como o termo vago “transação significativa” foi utilizado como limite para definir quando uma violação ocorre.

A aplicação extraterritorial de sanções, em especial pelos Estados Unidos, a variedade e severidade das sanções, bem como a ameaça de medidas coercitivas e o medo daí resultante também contribuem para o *overcompliance*. Além de sanções secundárias, multas e processos civis e criminais, algumas das penalidades podem incluir a exclusão da empresa de sistemas financeiros e de mercado importantes, como a possibilidade de participar de transações em dólar nos Estados Unidos ou usar o *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*⁹⁷

Somado a isso, a frequência com o que essas sanções mudam também leva a regulamentações instáveis, gerando confusões e tornando o *due diligence* mais desafiador para as empresas.

Segundo relatório de opinião emitida pela EBA⁹⁸, algumas instituições entrevistadas responsáveis pela decisão de *de-risking* informaram que recusaram novos clientes, ou encerraram sua relação com eles, em razão de suas obrigações anticorrupção, antilavagem e antifinanciamento ao terrorismo. Ademais, explicaram que, apesar de não aplicar o *de-risking* a categorias inteiras de clientes, aplicam a consumidores que possuem alguma relação com jurisdições associadas a deficiências no combate aos supracitados crimes, sendo o grupo mais afetado as pessoas físicas e entidades que possuem alguma relação com essas jurisdições, incluindo organizações sem fins lucrativos.

Outra categoria de clientes que cai nesse gargalo do *de-risking* são as pessoas politicamente expostas e entidades que se enquadram nas diretrizes antilavagem (*anti-money laundering directive* – AMLD) e que foram associadas a níveis perceptivelmente mais elevados de riscos inerentes de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo ou que estejam em sistemas de controle de vulnerabilidade por apresentarem esses riscos.

Essas empresas incluem, por exemplo, aquelas que oferecem produtos e serviços que podem se beneficiar das exceções de *due diligence* aplicado a clientes como aquelas

⁹⁷ A SWIFT é uma sociedade cooperativa internacional cujo objetivo é criar um canal de comunicação global entre seus participantes, bem como padronizar transações financeiras internacionais. Trata-se do serviço dominante de comunicação de instruções e dados relacionados a transações financeiras internacionais.

⁹⁸ *Op. cit.*

que prestam serviço de cartões pré-pagos ou realiza transações, ainda que ocasionalmente, abaixo do limite considerado alto pela devida diligência, sendo o grupo mais afetado aquelas instituições financeiras como casas de câmbio, operadoras de jogos de azar e gestoras de patrimônio. Cabe ainda citar grupos que movimentam grandes quantias em dinheiro como joalherias, remetentes de dinheiro, concessionários de automóveis, casa de artes, leiloeiros, dentre outros.

Em resumo, o relatório de opinião da EBA identificou pontos chaves que levaram as instituições a decidirem pela aplicação de uma política de *de-risking*: (i) o risco da ocorrência de lavagem e financiamento ao terrorismo excede o apetite da instituição pelo risco econômico e aumenta os riscos legais e reputacionais da empresa; (ii) a falta de expertise das instituições em trabalhar com modelos de negócio específicos de alguns clientes e; (iii) custo do *compliance* e *due diligence*. Esses pontos são similares àqueles impostos pelo GAFI⁹⁹ ou pelo Banco Mundial, de modo que, na prática, somam-se.

Com relação ao primeiro ponto, é possível observar que setores específicos ou categorias específicas de clientes, como instituições de pagamento, EMIs (*electronic money institutions*), operadoras de jogos de azar, negócios com alta movimentação de dinheiro em espécie, bancos correspondentes, ou outras instituições com alto risco de lavagem de dinheiro ou financiamento ao terrorismo e organizações sem fins lucrativos, incluindo entidades que auxiliam em asilo político, são os mais afetados. Nesses casos, as instituições consideram que os clientes possuem um alto risco, não valendo o potencial retorno financeiro, adotando uma abordagem mais conservadora e decidindo pelo *de-risking*.

Sobre o segundo ponto, as instituições reportaram ao EBA que eles poderiam recusar quaisquer negócios com clientes cujo modelo de negócio é complicado, obscuro ou que elas simplesmente não entendem, uma vez que isso torna difícil identificar a identidade da pessoa física ou jurídica que deve ser verificada (aplicada o *due diligence*) e onde (ou em quem) especificamente reside o risco. É o que ocorre, por exemplo, com organizações sem fins lucrativos cujos administradores e beneficiários se localizam em múltiplas jurisdições ou jurisdições não identificáveis, ou até mesmo em casos de *fintechs* que ainda não são regulamentadas e supervisionadas.

⁹⁹ No Brasil pelo COAF e pelas leis anticorrupção.

Já sobre o terceiro ponto, o custo do *compliance* é um fator determinante na medida em que o valor da conformidade necessária para realizar negócios com aquelas instituições de alto risco elencadas nos pontos um e dois requerem um programa de integridade complexo e avançado e um *due diligence* muitas vezes específico para monitorar as transações.

5.3 O overcompliance no Brasil

Da mesma forma do que no restante do mundo, o *compliance* no Brasil está umbilicalmente ligado a crimes econômicos como a lavagem de dinheiro e a corrupção. Em nosso país, o *compliance* ganhou força efetiva por meio da Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, sendo um importante instrumento para o combate a práticas ilegais envolvendo empresas e agentes públicos.

Nesse ponto, o crime de lavagem de dinheiro, conforme visto em capítulo anterior, é uma forma de mascarar a origem de dinheiro vindo de procedência criminosa, dando, em seguida, aparência lícita de sua obtenção, ao mesmo tempo em que dissimula ou facilita a ocultação do crime antecedente, bem como seus autores.

Em razão disso, os bancos e demais instituições financeiras, por justamente terem o dinheiro e outros produtos de valor econômico como fonte de seus negócios, são os principais vetores da atividade de branqueamento de capital, principalmente quando da possibilidade das transações ocorrerem fora dos limites territoriais do país.

Sendo assim, as instituições financeiras se destacam dentre os sujeitos obrigados a prevenir a lavagem de dinheiro e, segundo a normativa internacional sobre o tema, possuem deveres mais extensos de prevenção e informação¹⁰⁰.

Da mesma forma como observado em bancos da União Europeia e Estados Unidos, ocorre que certos bancos nacionais decidem por não arcar com os riscos de aceitar determinados clientes ou com os custos de *compliance* e *due diligence* necessários para

¹⁰⁰ PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma, ‘The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process’, Journal of Financial Crime, 10.4, 2003, p. 359-65.; SHEPHERD, Kevin, The Gatekeeper Initiative and the Risk-Based Approach to Client Due Diligence, The Review of Banking and Financial Services, 28.4, 2012, p. 33-44.

manter esses clientes em sua carteira, optando simplesmente pela exclusão ou não aceitação desses clientes.

Essa exclusão ou recusa na aceitação também ocorre de forma genérica, ou seja, sem análise caso a caso de cada cliente. Isso se dá em razão do já salientado custo para a implementação de programas de integridade muitas vezes específicos para uma certa categoria de pessoas, físicas ou jurídicas, somado à relação custo-benefício da manutenção daquele tipo específico de cliente na carteira da instituição.

Além disso, nosso ordenamento ainda carece de critérios de *due diligence* que auxiliem essas instituições, na medida em que a Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei nº 9.613/98, desde sua promulgação, aguarda que esses critérios sejam estabelecidos de modo a guiar esses sujeitos na elaboração de programas de integridade. De forma oposta, os Estados Unidos e a maioria dos países europeus já preveem três diferentes níveis de aplicação de *due diligence*, a depender do risco do cliente ou da operação¹⁰¹.

Esses três níveis são divididos em *due diligence* para o cliente, *due diligence* simplificado para o cliente e *due diligence* aprimorado para o cliente. Sendo o primeiro o *due diligence* tradicional, que deve ser aplicado a todos os clientes, o segundo quando o risco for considerado baixo e o terceiro quando considerado alto.

Ainda com relação ao primeiro, interessante expor o próprio EBA expõe que suas guidelines não significam que uma empresa deve se valer do *de-risking*, ainda que aquele cliente seja considerado de alto risco quando da Análise Baseada em Risco (ABR). Sendo assim, a resolução prega que as empresas devem balancear cuidadosamente os fatores financeiro (lucro) *versus* mitigação de risco.

Não obstante o exposto, ainda que de forma lenta, o Brasil segue tomando importantes passos na criação de guidelines para a aplicação desse *due diligence*, a exemplo da Circular n. 3.978/2020¹⁰² do Banco Central, que revoga a Circular 3.461/2009, sendo uma das principais normas de prevenção à lavagem de dinheiro.

Essa circular compila uma série de recomendações advindas do GAFI e da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA),

¹⁰¹European Banking Authority revised Guidelines on money laundering and terrorist financing risk factors. Disponível em <<https://www.eba.europa.eu/eba-publishes-final-revised-guidelines-money-laundering-and-terrorist-financing-risk-factors>>

¹⁰² A Resolução BCB nº 119, de 27 de julho de 2021 atualizou referida resolução, alterando alguns de seus dispositivos.

prevendo uma abordagem baseada em risco (ABR) e não em controle (ABC), possibilitando uma flexibilização dos critérios de identificação, classificação e monitoramento de clientes, além de definir quando e quais medidas de *due diligence* devem ser aplicadas nos diferentes níveis de vulnerabilidade encontrados nas rotinas das instituições financeiras.

Ademais, a circular traça diretrizes para procedimentos de conhecer seus clientes (*know your client – KYC*), registro de operações, procedimentos de análise de operações e situações suspeitas, procedimentos de comunicação ao COAF, dentre outras diretrizes que auxiliam as instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central.

Entretanto, referida circular não foi capaz de abarcar todas as diretrizes necessárias para auxiliar completamente as instituições financeiras, deixando de tratar sobre quais hipóteses a instituição deve se abster de iniciar uma relação comercial ou realizar uma transação financeira, por exemplo.

Esse ponto em específico é uma questão que deve ser abordada pelo legislador, a exemplo do que ocorre na Espanha, onde há o dever explícito de interromper a operação quando a suspeita de lavagem for muito intensa¹⁰³.

Não obstante, o legislador Brasileiro também está preocupado com os excessos na prevenção à lavagem de dinheiro por parte das empresas. Isso pode ser observado por meio do Projeto de Lei nº 2.720 de autoria da Deputada Dani Cunha (União/RJ) cuja justificação jaz justamente na preocupação da discriminação de certas classes de sujeitos, em especial as pessoas politicamente expostas, consideradas aquelas pessoas, segundo o PL, que nos últimos cinco anos exercem ou exerceram, no Brasil ou no exterior, algum cargo, emprego ou função pública relevante ou se têm, nessas condições, familiares, representantes ou ainda pessoas de seus relacionamento próximo.

De acordo com a justificação, o controle exercido pelo COAF referente às PEPs, a despeito do importante trabalho realizado pelo órgão regulador, deve respeitar determinados limites de modo a não violar os direitos fundamentais, não podendo realizar atos de cunho discriminatório, especialmente quando da prática de ações cotidianas indispensáveis para a abertura e manutenção de contas em instituições financeiras, uma

¹⁰³ OLIVEIRA, Ana; CARDOSO, Débora. 8. *De-Risking: Parâmetros para Medidas de Diligência nos Programas de Compliance das Instituições Financeiras*. IN: SOUZA, Luciano. *Compliance no Direito Penal*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021, *apud* Cordero. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, p. 104.

vez que esses serviços são necessidades irremediáveis para que o cidadão possa exercer um emprego regularizado e, consequentemente, seu sustento.

Essa coibição também deve abranger pessoas que figurem na posição de ré em processos judiciais em curso ou mesmo que possuam decisão de condenação sem transito em julgado proferida em seu desfavor. O mesmo vale para PEPs que tenham parentes, ou pessoas próximas, na mesma situação.

Apesar de não ser o escopo do projeto, entende-se que ele também deveria abranger os familiares e pessoas próximas de PEPs que respondem a processos judiciais ainda sem trânsito em julgado, uma vez que muitas vezes elas também são alvos em potencial de políticas de *de-risking*.

Ainda de acordo com o PL, a prática de *overcompliance* fere o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que dita que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Fere, ademais, o princípio da isonomia, também disposto no art. 5º, na medida em que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Em razão disso, o PL busca criminalizar a prática de atos discriminatórios cometidos em razão da condição da pessoa ser politicamente exposta. Nesse sentido, o art. 7º do projeto visa criminalizar especificamente o ato de uma pessoa, na condição de representante de instituição financeira, recusar a celebração ou a manutenção de abertura de conta corrente, concessão de crédito ou de outro serviço, em razão da condição de PPE¹⁰⁴. O projeto visa, ainda, alterar o código de defesa do consumidor, impondo infração civil consumerista ao ato de negar a abertura ou a manutenção de conta ou concessão crédito à PEPs, sob pena de multa¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Art. 7º. Negar, na condição de representante de instituição financeira, a celebração ou a manutenção de contrato de abertura de conta corrente, concessão de crédito ou de outro serviço, a qualquer pessoa física ou jurídica, regularmente inscrita na Receita Federal do Brasil, somente em razão da condição de pessoa politicamente exposta ou de figuração na posição de parte ré de processo judicial em curso ou por ter decisão de condenação sem trânsito em julgado proferida em seu desfavor.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º In corre nas mesmas penas o responsável pela estrutura de conformidade da instituição financeira, no caso de reincidência.

§ 2º A reincidência da prática disposta neste artigo é considerada infração ao art. 3º, inciso XVII, alínea f, da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e sujeita o responsável pela estrutura de conformidade da instituição financeira às suas sanções.

¹⁰⁵ Art. 41-A. É vedado às instituições financeiras, enquanto fornecedores de produtos e serviços, ainda que atuem somente no ambiente virtual, negar a abertura ou a manutenção de conta nas referidas instituições, a qualquer pessoa física ou jurídica, regularmente inscrita na Receita Federal do Brasil, sem a apresentação

É bem verdade que a preocupação do referido projeto vai ao encontro do disposto da Circular Bacen nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020, que dita que as entidades integrantes do sistema financeiro são obrigadas a verificar a condição do cliente como PEP, bem como a verificação da condição de representante, familiar ou estreito colaborador dessas pessoas, na medida em que, apesar de ser um fator relevante para a avaliação interna de risco de integridade, a simples da condição de pessoa politicamente exposta não pode ser razão suficiente para a negativa de prestação de certos serviços, em especial os mais básicos.

Na mesma linha, a Resolução nº 40 do COAF, em seu art. 2º, dita que as pessoas reguladas pelo órgão devem dedicar especial atenção às operações envolvendo PEPs, bem como familiares, estreitos colaboradores e/ou pessoas jurídicas de que participem, devendo observar certos procedimentos.

Ainda nesse sentido, a Recomendação nº 12 do GAFI dita algumas recomendações quanto a tratativas de instituições financeiras acerca de pessoas expostas politicamente, tais como manter sistemas adequados de gerenciamento de riscos para determinar se o cliente é pessoa politicamente exposta, obter aprovação da alta gerência para estabelecer ou manter negócios, adotar medidas razoáveis para estabelecer a origem dos recursos e conduzir monitoramento contínuo dessa relação.

Mais ainda, a Recomendação nº 21, também do GAFI, recomenda expressamente que as instituições financeiras, seus diretores, funcionários e empregados devam ser protegidos por lei contra responsabilidade civil e criminal por quebra a qualquer restrição

ao solicitante de documento, virtual ou físico, escrito, contendo motivação idônea para a negativa, sob pena de não o fazendo, responderem pelos danos, morais e patrimoniais, causados. § 1º O documento, contendo as razões de negativa de abertura ou manutenção de conta, deverá ser entregue ao solicitante em até 72 (setenta e duas) horas, a contar da negativa da abertura de conta ou, imediatamente, na hipótese de negativa de manutenção de conta, sob pena de multa por dia de atraso na razão de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 2º A motivação exposta no documento descrito no caput deste artigo deve ter fundamentação técnica.

§ 3º Não é considerada motivação idônea, para os fins estabelecidos no caput deste artigo, a negativa exarada somente em razão da condição de pessoa politicamente exposta ou que figure na posição de parte ré de processo judicial em curso ou por ter decisão de condenação sem trânsito em julgado proferida em seu desfavor, sob pena de responsabilização penal do representante da instituição financeira.”

“Art. 41-B É vedado às instituições financeiras, enquanto fornecedora de produtos e serviços, ainda que atuem somente em ambiente virtual, negar acesso a correntista da instituição a crédito, somente em razão da condição de pessoa politicamente exposta ou que figure como ré de processo judicial em curso ou por ter decisão de condenação sem trânsito em julgado proferida em seu desfavor, salvo por avaliação negativa de crédito baseada em fundamentação técnica idônea, sob pena de não o fazendo, responderem pelos danos morais e patrimoniais causados, além da responsabilização penal do representante da instituição financeira.

§ 1º O documento contendo as razões da avaliação negativa de crédito deverá ser entregue ao solicitante em até 10 (dez) dias da solicitação de crédito, sob pena de multa por dia de atraso na razão de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

à divulgação de informações imposta por contrato ou provisão legislativa, regulatória ou administrativa, caso se comuniquem de boa-fé suas suspeitas à UIF¹⁰⁶ (Unidade de Inteligência Financeira), ou revelar o fato de que uma comunicação de operação suspeita ou informações relacionadas estejam sendo feitas à Unidade.

É de se observar, portanto, que não existem proibições para a realização de operações com pessoas politicamente expostas sendo, na verdade, apenas diretrizes de *compliance*, ou cautelas, nas tratativas envolvendo essas pessoas, envolvendo a adoção de medidas capazes de garantir a licitude dos valores envolvidos. Além disso, resta recomendado que haja proteção legal às pessoas responsáveis pela comunicação de atividades suspeitas para o órgão regulatório, e que haja proibição legal de revelar (*“tipping off”*) à pessoa cujo serviço foi negado a comunicação dessas atividades ao órgão. Nesse sentido, cabe salientar que essa comunicação, e a proibição do *“tipping off”*, já é obrigação da instituição financeira no Brasil, imposta pela Lei de Lavagem em seu art. 11, II.

Ao mesmo tempo, não se nega que as PEPs apresentam maiores riscos à prevenção à lavagem de dinheiro devido as funções e influência que exercem, ou ainda que as pessoas que respondem a investigações ou processos, ainda que não criminais, não devam ser alvo de uma política mais estrita. Não obstante, da mesma forma, ditam o relatório da ONU e a opinião do EBA citados anteriormente, que discriminar um grupo inteiro de pessoas apenas com base em questões objetivas, sem análise caso a caso, vai de encontro às boas práticas de *compliance*.

Isso não significa, entretanto, que criminalizar a prática seja uma solução viável. Ao revés, a criminalização dessa conduta não condiz com todas as demais diretrizes mundiais que buscam, na realidade, a implementação de melhores políticas a fim de evitar crimes financeiros, em especial a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, seja por meio de políticas de integridade capazes de prevenir a prática desses crimes, seja por meio da cooperação com as autoridades policiais, que utilizarão as informações repassadas pelas instituições para combater diretamente as atividades suspeitas.

Em segundo lugar, essas diretrizes também visam instruir e auxiliar as instituições financeiras na implementação dessas políticas de modo a evitar a prática do *de-risking* e a consequente exclusão de um grupo específico de pessoas pelo simples fato de

¹⁰⁶ No Brasil, o COAF.

pertencerem ao dito grupo, ao mesmo que auxiliam no combate aos referidos crimes. Não visam, entretanto, impor às instituições a obrigação de prover serviços, ainda que essenciais, sob pena de prisão, violando, ainda, o princípio da liberdade contratual.

A questão é ainda mais controversa na medida em que torna por violar o princípio da isonomia do art. 5º, da Constituição Federal, justamente a norma constitucional invocada pelo PL para justificar a tipificação da conduta, por buscar proteger, de forma pontual, a classe específica das PEPs.

Ademais, conforme apontado por Marcelo Cavali¹⁰⁷, essa criminalização também pode violar os princípios constitucionais da liberdade e da livre iniciativa, conforme estabelecidos nos arts. 5º, II, e 170 da Constituição Federal.

Isso porque, a despeito da injustificável exclusão ou impedindo de obtenção de serviços financeiros às PEPs pelo simples fato de assim o serem, a recusa na oferta desses serviços a pessoas investigadas ou processadas criminalmente por certos crimes financeiros, a exemplo de fraudes bancárias, peculato, entre outros, pode ser justificativa plausível para que a instituição negue um serviço de crédito ou empréstimo, por exemplo. Trata-se da livre iniciativa e liberdade contratual de não ofertar a essas pessoas um serviço cujo risco financeiro e a possibilidade de violação de integridade é muito alto.

Não obstante todo o exposto, a despeito da criminalização do *de-risking* ser uma proposta que exacerba alguns limites, a questão é problemática no Brasil na medida em certos grupos corriqueiramente têm dificuldades em contratar serviços bancários sem receberem o devido tratamento caso a caso. Nesse sentido, Oliveira e Cardoso¹⁰⁸ citam três casos que acontecem com certa frequência no país.

No primeiro exemplo, cita-se determinada pessoa que foi conduzida coercitivamente à Delegacia de Polícia de São Paulo, juntamente com outros investigados, para prestar depoimento na 14ª fase da Operação Lava Jato. Na oportunidade, a imprensa noticiou amplamente o fato. Após alguns meses, a investigação contra a referida pessoa foi arquivada por ausências de provas do cometimento de

¹⁰⁷ CAVALI, Marcelo Costenaro. *Incriminação da negação de serviços financeiros a pessoas expostas politicamente: solução para o overcompliance ou privilégio odioso?* Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Boletim Legislativo 103 de julho de 2023. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol103>>. Acesso em 18/10/2023

¹⁰⁸ *Op. Cit.*

qualquer delito. Entretanto, pouco tempo depois, as contas bancárias da outrora investigada foram enceradas em duas instituições financeiras sem qualquer justificativa.

O segundo exemplo cita um caso também corriqueiro nos EUA e em outros países da União Europeia. Certo cidadão iraniano imigrou sozinho para São Paulo, deixando sua esposa e filhos em seu país de origem. Ele é proprietário de uma pequena loja de tapetes cujo objetivo é poder sustentar a família. Ocorre que o imigrante não conseguiu abrir uma conta bancária e, portanto, enviar dinheiro para sua família por nenhum canal bancário tradicional, em razão, presumidamente, do Irã ser um país considerado de alto risco para terrorismo e lavagem de dinheiro.

O último exemplo trata sobre uma empresa corretora de câmbio que possui um correspondente cambial em outro país. Esse correspondente, sem saber, vende certa quantia em dólares à um traficante de drogas, que é preso com o dinheiro. Nesse caso, a empresa corretora de câmbio tem sua conta bancária bloqueada pela justiça criminal até que se esclareçam os fatos. Entretanto, após a liberação da conta pela justiça, essa mesma conta é encerrada pela instituição financeira.

Tendo como base referidos exemplos, não se pode olvidar que o art. 192 da Constituição Federal garantiu à população, pessoas físicas e jurídicas, o acesso às instituições financeiras, que devem servir à comunidade. Ao mesmo tempo, não se exclui também a liberdade contratual que essas instituições financeiras possuem, desde que dentro do âmbito da Lei de Lavagem e resoluções dos órgãos de controle como o COAF.

Não obstante, e conforme salienta as supracitadas autoras, o *de-risking* não pode dispor de critérios de seleção genéricos para justificar a recusa de oferta de serviços mediante avaliações de risco preventiva, expondo pessoas físicas e jurídicas aos malefícios de serem submetidos a limitações ao exercício de direitos de acesso a serviços financeiros adequados. Sendo assim, não se deve permitir que exclusão de uma relação negocial se dê por meio de critérios não racionais ou especulativos sob o pretexto de que se está cumprindo regras de *compliance*.

Conforme se observa, o fenômeno do *de-risking* ocorre no Brasil de forma similar ao restante do mundo. A atual tentativa de combater parte desse problema, o PL 2.720, apesar de ter como intenção evitar a aplicação genérica do *overcompliance* à um grupo (as PEPs), não só abrange apenas uma pequena parte das pessoas afetadas, mas também o faz de maneira pouco eficiente, criando, na realidade, outras violações constitucionais.

Não obstante, a discussão sobre o *de-risking* no Brasil, apesar de existir, ainda é pouco debatida, carecendo de um maior diálogo sobre o tema tanto por parte do poder público quanto pelas instituições que se veem acuadas pelas cada vez mais robustas normas de integridade.

6. ENTREVISTAS

Busca-se, nesse capítulo, estabelecer um diálogo com algumas autoridades do poder público, a exemplo de serviços de cargos relevantes na FEBRABAN, TCU, Banco Central, além de representantes do setor privado, em especial bancos, públicos e privados, como gerentes ou diretores de *compliance*¹⁰⁹.

O objetivo dessas entrevistas é justamente responder algumas perguntas, previamente estabelecidas quando da elaboração do presente trabalho, visando entender melhor a visão tanto dos reguladores quanto dos regulados acerca do fenômeno do *de-risking* no Brasil.

Salienta-se que as respostas às perguntas se darão de forma dissertativa de modo a demonstrar a visão geral dos entrevistados. Não se cuidará aqui de transcrever cada resposta, mas sim de extrair e interpretar as ideias por trás dessas respostas, que servirão de base tanto para a conclusão do presente trabalho quanto para traçar possíveis soluções para o fenômeno do de-risking.

6.1 Quais são as providências realizadas pela sua (ou para uma) empresa caso se verifique que um cliente ou parceiro está ou esteve envolvido em atividade criminosa? A empresa leva em consideração o tipo de crime praticado? Em caso positivo, qual a distinção entre as providências tomadas em relação a cada tipo de crime?

Tudo depende do apetite a risco da empresa. Caso seja um cliente ou parceiro novo que ainda não possui relacionamento com a empresa, deve-se levar em consideração

¹⁰⁹ Ao todo foram oito entrevistados, sendo quatro profissionais de *compliance* do setor privado, dentre eles professores, três servidores de entes públicos e um dirigentes de empresa. A pedidos dos entrevistados, seus nomes não serão indicados.

qual tipo de crime ele cometeu, em especial se forem crimes como lavagem de dinheiro e corrupção. Em seguida, é preciso verificar o atual estágio do cumprimento de pena, bem como qual e quanto foi essa pena.

Ainda assim é importante levar em consideração que tipo de negócio se fará com esse cliente ou parceiro de modo a averiguar qual o impacto que esse crime teria no negócio da empresa. É preciso levar em consideração, também, se o impacto será operacional, reputacional ou ambos. Isso porque ainda que esse eventual cliente ou parceiro não apresente, em si, um risco operacional, pode causar riscos para a reputação da empresa pelo simples fato do relacionamento existir.

Observou-se também, por meio das entrevistas, que as empresas possuem uma prática muito protocolar, ou seja, uma maneira binária de enxergar os riscos. Em suma, realiza-se um procedimento, analisa-se o risco e gera-se um score que será responsável pela definição da tratativa, ou seja, se haverá ou não negócio entre as partes.

Em alguns casos foi possível observar que essa interrupção imediata não ocorre somente com relação a crimes financeiros, mas também em outros de natureza hedionda como trabalho infantil ou análogo à escravo. Esse dado pode ser interpretado também como algo que possa ferir aquilo que a empresa enxerga como moralmente reprovável, principalmente em empresas menores cujos valores, muitas vezes, se confundem com os valores de seus sócios/presidentes.

Ocorre que, repita-se, o tipo de infração, bem como qual penalidade foi culminada a ela, são fatores que precisam ser levados em consideração. Isso porque é da aceitação ou não daquela relação que se definirá a existência do tipo de relacionamento. A definição desse tipo também é muito importante na medida em que impactará diretamente no tipo de monitoramento que haverá.

Ainda que uma abordagem binária funcione, ela, na prática, não se demonstra muito efetiva na medida que são aplicados protocolos padrão a depender do nível de (in)segurança que aquela relação terá, podendo inclusive chegar ao ponto de total corte desse relacionamento (*overcompliance*).

Outro fator que precisa ser levado em consideração é justamente a posição daquele fornecedor/parceiro dentro da empresa. É possível que a extinção por completo da relação com um certo fornecedor possa ser extremamente prejudicial à empresa. Desse modo, a

abordagem sempre deve ser personalizada e também levar em consideração os interesses e saúde da empresa.

Sendo assim, uma vez definido o tipo de relacionamento e monitoramento, ficará mais fácil definir se é possível fazer negócio com aquele parceiro ou cliente. É possível que ainda que esse novo parceiro ou cliente tenha cometido algum crime financeiro, por meio do *due diligence* foi observado que ele sempre honrou, por exemplo, seus contratos. Sendo assim, esse eventual parceiro, dado o devido apetite a risco, poderia representar um importante fornecedor para a empresa, a despeito de possuir uma condenação criminal.

Desse modo, apesar da importância de indicadores e protocolos pré-definidos, a palavra chave para aqueles que atuam com o *compliance* é “personalização”. Em outras palavras, cada caso deve ser analisado de forma personalizada e subjetiva, na medida em que ainda que certos marcadores apontem para padrões que poderiam indicar uma negativa de relacionamento, é possível que determinado relacionamento seja muito vantajoso, ou mesmo vital para os negócios da empresa. Apetite a risco e personalização, portanto, são critérios que devem sempre ser levados em consideração.

6.2 A empresa leva (ou deveria levar) em consideração o estágio da persecução penal: inquérito, denúncia oferecida, denúncia recebida, sentença condenatória proferida etc.? Em caso positivo, qual a distinção entre as providências tomadas em cada caso?

Foi possível levantar que cada empresa possui um tipo de abordagem. Algumas, já pecando por um excesso, não levam em consideração o estágio da persecução penal e tendem a fazer uma análise binária especialmente de seus parceiros.

Conforme já bastante explicitado no presente trabalho, esse tipo de abordagem não deveria ser o padrão, principalmente porque temos que antes de uma efetiva sentença penal condenatória transitada em julgado prevalece o princípio da inocência e do *in dubio pro reo*.

Não obstante, não se exclui que eventual parceiro que está sofrendo uma persecução penal precisa ser devidamente monitorado de forma contínua até o eventual desfecho do processo criminal. Uma vez havendo o trânsito em julgado uma nova análise deve acontecer, sempre aplicando o já comentado apetite a risco e personalização.

É importante expor que essa avaliação deve se estender também aos sócios e pessoas que ocupam cargos na alta gerência da empresa e ainda que o *due diligence* seja feito inicialmente para a empresa, não só o tipo de crime como o estágio processual dele também deve ser levado em consideração.

Nesse sentido, além do formulário que normalmente todo novo fornecedor, parceiro ou cliente deve preencher, o uso de carta de esclarecimento é muito importante não só para dirimir eventuais dúvidas que surjam no decorrer da relação, mas também para manter as informações dessas pessoas atualizadas.

Outro ponto interessante levantado é que muitas empresas atribuem pontuação a determinados atos judiciais, como por exemplo, caso uma empresa tenha sofrido uma citação para prestar algum esclarecimento, atribui-se um ponto; no caso de um dos sócios, ou mesmo a empresa, ter sido alvo de alguma medida cautelar, atribui-se dez pontos e assim por diante.

O problema dessa abordagem é que ela permanece sendo binária. É possível utilizá-la como forma de indicadores, porém é importante que haja uma maior análise desses atos. Retornando ao exemplo anterior, caso a citação seja para prestar algum esclarecimento envolvendo um antigo fornecedor, ou a medida cautelar de um dos sócios é uma mera busca e apreensão de um automóvel particular por falta de pagamento das parcelas do financiamento, por óbvio, não deveriam ser levadas em consideração.

Em resumo, o aspecto a ser utilizado quando da análise desses indicadores deve ser qualitativo e não quantitativo, ou seja, pouco importa se a empresa foi citada centenas de vezes durante o ano quando, na verdade, nenhuma, ou poucas, dessas citações tenham relevância direta com o negócio em questão.

Com relação a clientes outro ponto interessante foi levado em consideração. Muitas empresas, exceto aquelas cujo serviço seja efetivamente um serviço financeiro, não se importam com eventual persecução penal de seus clientes. Trata-se de levantamento óbvio em um primeiro momento, mas vale salientar que, em se tratando de uma relação entre empresas, o famoso B2B, a questão da reputação aparenta ser uma preocupação menos relevante, quando comparada às demais.

Por outro lado, quando a questão envolve fornecedores, a postura das empresas tende a ser de total quebra de relação, inclusive de pronto, sendo que muitas sequer voltam

a ter relação, ainda que anos tenham se passado. Tal postura ao passo que possa não parecer uma atitude voltada especificamente para o *overcompliance*, precisaria ser revista, ainda que por meio de atos normativos, visto que poderia acarretar em uma espécie de pena perpétua àquela empresa que, apesar de ter incorrido em alguma questão criminal, busca se reabilitar de forma lícita.

Por fim, é importante esclarecer que a despeito de toda a análise feita pelo setor de *compliance*, o parecer comercial é muito importante. Isso porque muitas vezes, do ponto de vista financeiro, a manutenção daquele relacionamento é viável para a empresa, ou seja, o custo da manutenção de *compliance* é menor do que os lucros advindos daquela parceria.

6.3 Quais são as devidas providências realizadas por uma empresa caso se verifique que um cliente, parceiro ou fornecedor se enquadra como PEP?

Inicialmente cabe salientar que não se pode, nem deve, diferenciar qualquer pessoa em razão do cargo que ocupa. A análise reputacional e pregressa deve ser idêntica para todos os parceiros, fornecedores e clientes. Não obstante, não se pode negar que uma PEP representa um *red flag*.

Aqui não cabe falar em diferenciação de tratamento, mas de monitoramento. Nesse caso, o *background check* deve ser diferenciado, sendo mais aprofundado e a frequência de monitoramento ser maior.

Além disso, outro fato que deve ser levado em consideração é efetivamente o cargo e a posição que essa PEP ocupa, bem como sua exposição a determinados crimes. Novamente, a personalização é o quesito chave. Isso porque PEPs diferentes merecem tratamentos diferentes. Não se pode criar um lugar comum e aplicar o mesmo tipo de monitoramento, ou de exigências, para todos os tipos de PEPs.

Outro ponto a ser analisado é se o relacionamento com determinada PEP traz algum tipo de conflito. Um exemplo seria contratar um fornecedor, cujo um dos sócios é uma PEP, para obter uma licença específica junto a um órgão público e, ao realizar o *due diligence*, descobre-se que essa PEP possui grande influência junto àquele órgão por já ter ocupado, no passado, um cargo relevante.

Vale levar em consideração também se o relacionamento com essa empresa que possui uma PEP em seu quadro societário é um relacionamento que se sustenta do ponto de vista comercial no sentido de haver possíveis favorecimentos ou transações indevidas mascaradas de transação comercial.

6.4 Sabemos que existem muitas práticas que podem ser consideradas *red flags* durante o *due diligence*. Alguns exemplos são: a pessoa física ou jurídica responder a algum processo, a pessoa física ter efetiva condenação transitada em julgado, o parceiro não possuir um programa de *compliance* efetivo, entre outros. Nesse contexto, para você, existe algum *red flag* considerado como uma barreira intransponível, ou seja, uma situação que efetivamente impeça a criação ou manutenção de qualquer relação com aquela pessoa, física ou jurídica?

Seguindo a linha do que foi levantado por meio dos primeiros questionamentos, um processo judicial em curso, ainda que de crimes considerados graves para uma relação comercial como a lavagem de dinheiro, não é, necessariamente e obrigatoriamente, um quesito que deva justificar um corte abrupto do relacionamento com o parceiro, cliente ou fornecedor.

Não obstante, o trânsito em julgado de um processo, em especial quando se trata de crimes que envolvam corrupção, lavagem de dinheiro, organização criminosa, entre outros dessa natureza, é considerado uma barreira impeditiva para a manutenção da relação na maioria dos casos.

Outro fator interessante que pode ser considerado como barreira é a discrepância entre a atividade empresarial realizada no dia a dia e seu registro CNAE, uma vez que esse é um forte indicativo de que a empresa esteja envolvida em alguma atividade ilícita. A título de exemplo, um mercado que está registrado como distribuidor de medicamentos poderia indicar que aquela empresa estaria envolvida em algum esquema de corrupção como uma licitação fraudulenta.

Não obstante, a regra da personalização ainda se aplica, sendo o modelo qualitativo e não quantitativo sempre o mais indicado. Isso porque, repita-se, a importância daquela relação para a empresa sempre deve ser avaliada. Ademais, outro

ponto que deve ser levado em consideração é de que a prática de um ilícito, civil ou criminal, não significa que aquele parceiro, cliente ou fornecedor venha a reincidir.

Esse é um fator importante principalmente quando falamos de manutenção da atividade empresarial. A prática de um ou mesmo alguns ilícitos não pode ser considerado como pena de morte para uma empresa. Caso assim fosse, ou seja, caso nenhuma outra empresa aceitasse manter um relacionamento com uma empresa condenada, não haveria como continuar a atividade empresarial.

Novamente, a regra deve ser a análise subjetiva. Ainda que uma empresa tenha sido utilizada para a lavagem de dinheiro por um dos sócios, esse não é, por si só, um indicativo de que aquela empresa foi constituída para esse fim. Muito diferente é o caso de empresas de fachada que são utilizadas exclusivamente com esse intuito.

Nesse ponto, os próprios dispositivos normativos devem permitir que aquela pessoa, física ou jurídica, possa se ressocializar e voltar a adquirir ou vender bens e serviços. O propósito das normas, ao menos em um primeiro momento, deve ser disciplinar e não impedir. Um bom programa de *compliance* deve levar isso em consideração.

Sendo assim, caso ocorra algum fator considerado como barreira durante a relação, muitas vezes é mais vantajoso mitigar o risco do que cortá-la efetivamente. Uma forma de fazer isso é por meio de solicitação de esclarecimentos, cobrança de planos de ação para contingência de danos e melhorias do programa de *compliance*, realizar visitas presenciais no caso de empresas, demissão de funcionários ou mesmo sócios responsáveis pelo ilícito, dentre outras medidas que possibilitem mitigar os riscos para um patamar minimamente aceitável, além de buscar entender se aquele fornecedor, cliente ou parceiro também buscou medidas para evitar a reincidência.

Outro ponto que vale ser levado em consideração é se aquele ilícito está relacionado com o objeto da relação entre as partes. A título de exemplo, contratar uma empresa que esteve envolvida em compra de licenciamento ambiental para auxiliar em um processo de retirada desse mesmo tipo de licença é inviável, entretanto, contratar a mesma empresa para prestar uma consultoria de negócios pode ser possível. Ainda assim, se essa mesma empresa demonstrasse que tomou todas as medidas para evitar a reincidência, e trata-se de uma relação negocial importante, a manutenção dessa relação deve ser considerada.

6.5 Na sua opinião, a lei, os atos normativos, recomendações e diretrizes dos entes públicos são suficientes para dar segurança jurídica à empresa na execução de um programa eficaz de *compliance*? Em caso negativo, que tipo de medidas, legais ou infra legais, poderiam dar maior segurança à empresa, bem como a seus gestores e funcionários, para realizar uma fiscalização eficiente dos negócios de seus clientes?

Um dado interessante levantado durante as entrevistas foi a unanimidade dos entrevistados em afirmar que as normas atuais são suficientes, ainda que atualmente sejam bastante restritivas. Essa restrição se justificaria na medida em que a própria ideia de *compliance* no Brasil é relativamente nova, vide a data da própria Lei Anticorrupção.

Sendo assim, o programa de *compliance* precisa ter relação direta com o ecossistema daquela empresa, de modo que quanto mais restritivo for o programa, mais complexa é a atividade do controle interno, ou seja, o monitoramento capaz de garantir que aquelas regras estão sendo cumpridas.

A maior dificuldade para a implementação de uma boa política de *compliance* não parece estar nas normas em si, mas sim na aplicação delas dentro da realidade de cada empresa. Entender as operações da empresa, suas respectivas áreas e riscos é fundamental para a criação de políticas efetivas. Uma empresa que tenta se blindar totalmente de todos riscos não só peca pelo excesso em operações que não deveriam ter uma política tão pesada, o que eleva em muito os custos e burocratiza demais os processos internos, bem como acaba por engessar suas relações comerciais.

Esse ponto é válido inclusive a título de fiscalização governamental. Durante as entrevistas foi possível observar que os profissionais de *compliance* sentem que houve uma espécie de terceirização, pelo poder público, da fiscalização de riscos e práticas ilícitas.

O fato é que sim, há essa terceirização (*gatekeepers*), o que, como já visto, é um importante trabalho no combate a diversos crimes, além de inegável que a fiscalização e o cumprimento das normas precisa ser realizado. Uma vez que o cumprimento dessas normas já esteja imbuído na cultura empresarial do país, um novo debate pode surgir de modo a atenuar não só as exigências, mas também as penas.

Atualmente a carga de exigência para as empresas é muito grande, sendo esse um dado que também foi possível observar durante as entrevistas. Atualmente o custo para atender essas exigências é alto, inclusive a ponto de empresas menores, por vezes, serem absorvidas por outras de modo a não perder o negócio.

Por fim, vale citar que em um futuro onde o cumprimento das normas já esteja imbuído na cultura empresarial, sugere-se uma alteração legislativa visando acrescentar atenuantes para alguns casos. Como exemplo, pode-se citar o aumento dos intervalos entre os relatórios de *compliance*, uma redução das reservas líquidas que devem existir para servirem de garantias, redução dos valores das multas etc.

6.6 O Senado Federal atualmente está analisando o PL 2.720, já aprovado pela Câmara, que, entre outras questões, criminaliza a negativa de prestação de serviços financeiros, pelas instituições financeiras, a pessoas investigadas ou processadas sem condenação transitada em julgado e pessoas expostas politicamente ou seu representante, familiar ou estreito colaborador. Você acredita que esse PL é positivo para a atuação das empresas?

Essa pergunta também gerou respostas unâimes no sentido de que criminalizar essa prática é uma medida um tanto quanto drástica. Inicialmente porque nos tempos atuais possuir uma conta bancária, cartões de crédito e débito, possibilidade de realização de transferências de valores, entre outros serviços financeiros, é algo absolutamente essencial para se conviver em sociedade. Em segundo lugar, essa criminalização poderia criar um outro problema que é o aumento de contas em nomes de “laranjas”, ou alguma outra forma criativa de contornar esse bloqueio.

Ademais, investigações e processos em curso não podem gerar, por si só, efeitos penalizadores como o impedimento de abertura de uma conta bancária, por exemplo. E ainda que houvesse efetiva condenação transitada em julgado, a ressocialização é um dos fundamentos da pena, de modo que impossibilitar o acesso à um serviço básico cria dificuldades para tal.

Por outro lado, também não se nega que as instituições financeiras tenham uma exposição maior a crimes como o de lavagem de dinheiro e, portanto, possuem um custo mais alto para a manutenção de um bom programa de *compliance*. O custo é ainda mais

alto quando falamos de personalização do programa de *compliance* em uma empresa que possui centenas de milhares de clientes como os bancos.

Em outras palavras, tem-se uma grande problemática, que inclusive motivou o presente trabalho: como evitar o *overcompliance* sem impor um alto custo, ou seja, sem exigir a análise caso a caso, às instituições financeiras? A resposta encontrada será apresentada no capítulo a seguir.

6.7 Não só no Brasil, mas no mundo, diversas regulamentações reforçam a necessidade de *compliance* e ampliam cada vez mais suas diretrizes, bem como a sanções impostas àquelas empresas que as descumprem. Sabemos que o dever de *compliance* vai além da mera conformidade legal, sendo também importante para a própria política empresarial. Levando em consideração o receio de sofrer penalidades, inclusive quando praticadas por pessoas externas à organização, qual seria, em sua opinião, uma forma de manter a conformidade sem pecar pelo excesso, ou seja, sem incorrer em um *overcompliance*?

A conformidade, conforme já visto, é algo inerente à empresa. Apesar das normas exigirem certos padrões, é a própria política empresarial que define um bom programa de *compliance*. Segundo um dos entrevistados, o que mais protege o profissional de *compliance* é o fato dele poder fazer sua própria política. Dessa forma, ele possui a capacidade de documentar todos os processos e formalizar todas as escolhas em pareceres.

A possibilidade de modulação do programa só é possível quando a aplicação das regras não é muito restrita, possibilitando o profissional se valer também da criatividade para a resolução de problemas. Sendo assim, uma boa análise de risco é essencial, bem como uma definição clara da estratégica de gestão para cada um desses riscos.

Desse modo, uma análise eficiente de *know your client, know your partner e know your supplier* é importante porque nesses casos não se trata de risco operacional, mas sim reputacional. Sendo assim, os indicadores somados ao apetite a risco e a relevância do relacionamento comercial tornam por definir a manutenção ou não dessa relação.

Havendo a opção pela manutenção, mecanismos de prevenção e controles de riscos devem ser criados de modo a mitigar os riscos que essa relação poderá trazer. Muitos desses mecanismos são impostos pela legislação, mas nenhum deles obrigará a manutenção da relação, sendo esta uma decisão puramente empresarial.

Por fim, vale citar que essa decisão deve estar ligada ao risco e ao contexto, inclusive para não penalizar de forma injusta o parceiro ou até mesmo a própria empresa. Caso não fosse assim, a grande maioria das relações não ocorreria, visto que, segundo um dos entrevistados, muitas empresas, invariavelmente, carregam alguma espécie de passivos, ainda que do passado.

6.8 Você acredita que legislação atual nacional provê meios suficientes para a elaboração de um programa de *compliance* efetivo, sem precisar recorrer ao *overcompliance* de modo a evitar eventuais responsabilidades; ou o *overcompliance* é um reflexo dessa carência legislativa e regulatória?

Conforme já visto, os entrevistados em unanimidade acreditam que não há carência legislativa em relação ao *compliance*. Entretanto, um dos entrevistados observou que o arcabouço legislativo elenca o que pode ser feito, porém não demonstra como fazer. Não se trata necessariamente de uma crítica justamente porque a legislação precisa ser dotada de um certo caráter genérico para poder ser aplicada às diferentes realidades.

Não obstante, foi observado que os profissionais de *compliance* acabam pendendo para o *de-risking* por insegurança. Essa insegurança pode vir da falta de comunicação com outros profissionais de empresas similares, desconhecimento do mercado e despreparo quanto da justificativa da tomada de decisão.

A falta de entendimento sobre a postura da empresa, o modelo de negócio, os processos e procedimentos internos e o próprio funcionamento da organização são alguns exemplos do porquê uma empresa pode incorrer em *overcompliance*. Em outras palavras, não é a legislação que empurra o profissional ao corte pela raiz da relação, mas sim o despreparo.

Novamente, a palavra-chave é a personalização. Em se tratando de parceiro ou fornecedor que cometeu alguma infração, o risco deles é de operação, ao passo que da outra empresa é de imagem. A natureza da infração, portanto, possui grande peso, uma

vez que se o objeto da relação não guardar correlação com ela, não haverá risco nesse sentido. O contrário é verdadeiro de modo que o risco pode, inclusive, torna-se operacional.

No quesito risco reputacional, um dos entrevistados chamou a atenção para o poder que as mídias sociais possuem de propagar o risco. Isso porque, quando um determinado parceiro, fornecedor, ou mesmo cliente, envolvem-se em algum escândalo, muito rapidamente é propagado que determinada empresa possui relação comercial com o suposto infrator.

Nesse momento, um *due diligence* efetivo e um programa de *compliance* não binário é muito importante para mapear se aquele escândalo realmente possui procedência e se a manutenção da relação pode ser abalada em razão disso. Não é raro encontrar empresas que incorrem em *de-risking* quando algum escândalo surge, justamente para evitar que notícias de que possuem relacionamento comercial com determinado investigado manchem sua imagem e reputação.

Além da problemática que o próprio *overcompliance* gera, essas decisões baseadas em pressão advinda da mídia muitas vezes são tomadas por impulso e podem acabar gerando a perda de importante relação comercial. Outro problema também surge quando determinado regulador questiona o motivo da tomada de decisão, de modo que uma decisão racional é baseada em indicadores e análises, ao oposto de uma decisão baseada no mero *de-risking*.

6.9 Acredita que o risco marginal de um cliente estar ou não relacionado a um crime financeiro é um risco operacional que pertence à instituição financeira? Em outras palavras, o apetite a risco, a seu ver, deve ou não ser flexível para permitir a adaptação às circunstâncias que se impuserem, sejam elas quais forem?

Conforme já ventilado, certas empresas estão mais sujeitas a serem usadas para prática de determinados crimes e o simples fato de ofertarem um determinado produto ou serviço já gera um risco em si. Não obstante, foi unânime entre os entrevistados que se trata de um risco que precisa ser mitigado.

Uma forma de fazer isso é mudando algumas características do produto ou serviço de modo a mitigar sua utilização inadequada. Para alguns dos entrevistados, não se trata especificamente de um risco operacional inerente à instituição, mas sim inerente ao produto ou serviço em si. Sendo assim, é dever da empresa criar mecanismos de mitigação desse risco.

Ocorre que por vezes não é possível mitigar o risco e o corte da relação é necessário em razão da já citada impossibilidade da utilização do argumento da cegueira deliberada. Cita-se novamente o exemplo da permissão de compra de criptoativos por uma pessoa ligada à facção criminosa.

Em exemplos mais óbrios como esse a tomada de decisão é fácil, principalmente porque nesses casos sequer podemos falar de apetite a risco na medida em que as chances da utilização da empresa como instrumento para uma possível lavagem de dinheiro, e as sanções a ela aplicada caso isso ocorra, supera em muito o potencial lucro.

Exemplos como o acima não são exemplos de *overcompliance*, mas sim de boas práticas. O *overcompliance* vai ocorrer em casos como o corte do relacionamento acontecer pelo simples fato de um cliente, ou um dos sócios de determinada empresa, ser uma PEP, haver um processo criminal em curso, ou uma condenação muito antiga, a tomada de decisão se basear em meras notícias, entre outros.

6.10 Sabemos que o *due diligence* é essencial para que uma empresa minimize diversos riscos relacionados ao *compliance*, e cortar integralmente o relacionamento com fornecedores e parceiros que não passem pelos critérios de diligência devida é uma das medidas mais eficientes para evitar eventuais responsabilizações. Não obstante, quando esse corte ocorre com clientes de produtos ou serviços considerados essenciais, surge uma problemática. Essa problemática foi colocada como justificativa do referido PL, qual seja, impedir o acesso, de certas pessoas, a esses bens e serviços. Como você vê, de uma forma geral, esse corte pela raiz de relacionamento, ou seja, qual sua opinião sobre o fenômeno do *de-risking* como forma de eliminação, e não de mitigação, de risco?

Novamente, trata-se de uma pergunta com respostas unâimes. O *de-risking* não só é uma medida drástica como ela efetivamente não elimina o risco. Isso porque nunca

será possível eliminar totalmente os riscos, devendo eles ser mitigados. Para mitiga-los são necessários processos eficientes, controles e indicadores bem elaborados e definidos, maturidade técnica de quem testas esses controles, bem como da área operacional.

Não ser possível eliminar riscos vem do fato de que no final tudo se resume a relações humanas e, em razão disso, sempre haverá uma ou outra pessoa que tentará burlar as regras. Sendo assim, eliminar totalmente o risco seria o mesmo que eliminar qualquer relacionamento humano, o que é impossível.

Em razão disso, os mecanismos de *compliance* devem ser proporcionais ao risco, de modo que por meio dos indicadores desse risco será possível balizar a tomada de decisão. Relembra-se que cortar um relacionamento comercial utilizando esses indicadores não é incorrer em *overcompliance*, sendo essa a grande importância de tê-los bem estruturados e definidos.

6.11 O *de-risking*, de forma resumida, é o ato de simplesmente cortar relacionamentos com clientes e parceiros em decorrência uma ou mais não conformidades. Uma forma de evita-lo é a chamada abordagem baseada em riscos (ABR), que permite às organizações identificar, avaliar e entender os riscos a que estão expostas e tomar medidas concretas para lidar com riscos e mitigá-los de forma efetiva. Você concorda com essa afirmação? Acredita que existem outras maneiras de evitar o *de-risking*?

Trata-se, também, de uma pergunta com resposta unânime entre os entrevistados. A ABR é atualmente a melhor maneira de se mitigar os riscos de uma organização. Isso é verdade porque quando se pensa em uma organização, pensa-se em riscos e esses riscos precisam ser mapeados para que as decisões possam ser tomadas.

Entretanto, outras questões também devem ser levadas em consideração como os fatores de mercado e reputacionais, crises, conhecimento das alterações normativas, dentre outros riscos que não dizem respeito exclusivamente àquela relação comercial.

O risco advindo do relacionamento comercial vem da falta de conhecimento sobre aquele cliente, parceiro ou fornecedor. Esse conhecimento deve ir além do mero

preenchimento de formulários e questionários, devendo, como já abordado, levar em consideração a natureza daquela relação e a vida pregressa daquela pessoa, seja física ou jurídica.

Os programas de *compliance* devem levar em consideração a interação com clientes e parceiros estratégicos de modo a estreitar os laços dessa relação para entender melhor os riscos, bem como as benesses, para que seja possível traçar o fator risco *versus* lucro que possibilitará uma melhor tomada de decisão e, consequentemente, evitar o *de-risking*.

Não só, devemos levar em consideração que o mero *background check* não é uma atenuante judicial significativa quando pensamos em penalidades advindas da má prática de *compliance*. É preciso evidenciar que o parceiro é honesto e essa aproximação surte mais efeito em todos os aspectos quando pensamos em um bom programa de avaliação de riscos.

Por fim, exigir dos clientes, parceiros e fornecedores o mesmo, ou seja, um bom programa de *compliance* que seja capaz mitigar riscos e prevenir a prática de atos ilícitos vai ao encontro da transformação cultural que possibilitará, no futuro, o relaxamento de algumas normas, ou ao menos das penalidades, conforme já explicitado.

7. CONCLUSÃO: POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O FENÔMENO DO *DE-RISKING*

A repressão ao crime de lavagem de dinheiro é uma preocupação global, sendo inclusive objeto de convenções internacionais. O Brasil, quando da Convenção de Viena em 1988, assumiu o compromisso internacional de reprimir esse crime.

Um grande exemplo do empenho mundial para o combate a esse crime foi a criação do GAFI, que possui diversas recomendações abrangentes sobre medidas que os países devem adotar para tal fim.

Sendo assim, a Lei nº 9.613/98 tipificou o crime de lavagem e criou o COAF. Apesar de haver alguma controvérsia doutrinária, o presente trabalho se filiou à corrente doutrinária de que se trata de um crime permanente cujo bem jurídico que se busca proteger é a administração da Justiça.

Ademais, viu-se que referida lei apresenta os tipos penais de ocultação e dissimulação, uso de meios para ocultação ou dissimulação, uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira e participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro.

Quando se fala em lavagem de dinheiro a nível empresarial, a atual política de criminal tornou por colocar as empresas em uma posição de garante em razão da contrapartida pela liberdade de organização. Isso porque algumas instituições são vistas como uma fonte de riscos permitidos e seus dirigentes possuem o dever de controlar esses riscos de modo a evitar a ocorrência de certos resultados.

Uma outra ferramenta nacional poderosa no combate contra o crime de lavagem é a Lei 12.846/2013, que fez com que as empresas rapidamente criassem códigos de conduta e políticas de *compliance* e mecanismos correlatos. Um bom programa, como visto, consiste na delegação das principais funções de vigilância dos dirigentes, que devem intervir de modo a evitar ou remediar o cometimento de algum ato ilícito.

Entretanto, esse esforço global para evitar o cometimento de ilícitos dentro das organizações, em especial as financeiras, tornou por causar o efeito colateral do *overcompliance*. Esse ferrenho combate aos crimes financeiros fez com que diversos bancos internacionais começassem a evitar ou abandonar relacionamento com países e mercados de segmentos que julgam possuir um alto risco ou cujo custo de conformidade seja muito elevado.

Isso fez com que populações vulneráveis fossem excluídas do acesso a serviços financeiros, o que, por sua vez, afeta o desenvolvimento econômico e social, contribuindo para a manutenção ou aumento da pobreza e da desigualdade social e financeira.

Além disso, esse corte pela raiz do relacionamento pode forçar entidades e pessoas a utilizarem um canal menos, ou de nenhuma forma, regulado, dificultando a implementação de medidas contra crimes financeiros.

Ademais, a retirada dos bancos de certas relações, ou a negativa em estabelecer-las, é uma resposta dessas instituições ao gerenciamento desse risco, uma vez que para elas alguns dos riscos já não são mais gerenciáveis ou muito custosos. Essa abordagem, além de ser arbitral, muitas vezes é feita de forma genérica, abrangendo uma determinada categoria inteira de pessoas.

Segundo o relatório de opinião da EBA, conforme visto, alguns pontos chaves podem levar as instituições a decidirem pela aplicação de uma política de *de-risking*, tais como risco da ocorrência de lavagem de dinheiro, custo elevado de *compliance* e *due-diligence*, dentre outros.

No Brasil não é diferente, alguns bancos nacionais decidem por não arcar com os riscos de aceitar determinados clientes ou pelo alto custo de *compliance*. Atualmente há um bom arcabouço normativo para auxiliar as empresas, não obstante, ainda correrem excessos. Tanto o é que Projeto de Lei nº 2.720 busca sanar alguns deles, em especial as pessoas politicamente expostas, através da criminalização de atos discriminatórios em razão dessa condição.

Ocorre que a criminalização dessa conduta não condiz com demais diretrizes mundiais que buscam a implementação de melhores políticas e práticas a fim de evitar crimes financeiros. Essa criminalização pode inclusive dificultar a detecção de práticas criminosas e fomentar o uso de canais não regulados para a obtenção de serviços financeiros.

Durante a elaboração do presente trabalho, Restou claro que análises binárias de clientes, parceiros e fornecedores pode levar à uma política de *overcompliance*, de modo que aplicá-la em instituições financeiras invariavelmente levaria à um corte pela raiz da relação, ou sequer seu início. É justamente isso que o referido PL busca evitar ao criminalizar tal conduta.

Ao mesmo tempo, criminalizar essa conduta não resolve o problema, pelos motivos acima listados, bem como irá onerar demais essas empresas. A questão parece gerar um ciclo vicioso.

Quando levamos essa questão para empresas de outros ramos a problemática se mantém. Vivemos em uma época em que as mídias sociais possuem bastante relevância e a reputação de uma pessoa, física ou jurídica, possui grande valor. Tomemos como exemplo uma empresa que esteja sendo investigada por suposta prática de trabalho análogo à escravidão. Ainda que essa investigação esteja somente no início, ou seja, ainda sem um levantamento mínimo de provas que comprovem ou indiquem autoria e materialidade, caso o fato chegue à mídia, essa empresa sofrerá enorme baque reputacional.

Esse abalo de reputação refletirá quase que imediatamente no relacionamento entre clientes, fornecedores e parceiros, que, valendo-se do *de-risking*, cortarão imediatamente a relação. Nesse ponto vale observar que o *overcompliance* pode ser praticado por qualquer um dos lados da relação.

Quando a relação é fundamental para a manutenção do negócio e o programa de integridade de ambas as partes é maduro, ou seja, analisa caso a caso sem fazer uma avaliação binária, bem como busca-se uma imediata contenção de danos e reparação de prejuízos, muito provavelmente a relação se manterá.

Ocorre que se uma dessas variáveis mudar, o resultado provavelmente será outro. Caso um dos lados seja facilmente substituível, a decisão mais lógica e efetiva é romper a relação. Quando se fala de empresas isso pode significar uma sentença morte na medida em que se todos os demais parceiros e fornecedores decidirem pelo corte, ela não terá como se manter.

O mesmo pode ser dito de um cliente pessoa física de um banco, ainda mais se ele for uma PEP. Observe-se que a questão somente toma tamanha relevância quando falamos de serviços que poderiam ser considerações essenciais. Possuir uma conta bancária poderia ser considerado essencial. Poder operar na bolsa de valores ou comprar criptoativos não.

Uma possível solução, portanto, quando falamos de instituições financeiras, seria limitar os serviços prestados. A criação de uma espécie de pacote básico, ou pacote limitado, onde somente determinados serviços podem ser ofertados e utilizados pelo cliente parece soar menos radical.

Tal solução, quando aplicada em um contexto onde o cliente foi efetivamente condenado pela prática de algum crime financeiro, possibilitaria uma análise mais objetiva, sem precisar de um estudo personalizado para aquela pessoa, ao mesmo tempo que permite a criação de mecanismos que facilitem uma tomada de decisão, logo, não geraria um alto custo.

Com relação às pessoas que ainda não possuem condenação ou são PEPs a solução aparenta ser a mesma. No caso das primeiras, enquanto perdurarem as investigações ou a ação penal, o acesso a determinados serviços é limitado, desde que o suposto crime tenha correlação com o serviço, a exemplo do crime de lavagem de dinheiro.

Com relação às PEPs, não foi possível encontrar um consenso entre os entrevistados, alguns entendem que o tratamento deve ser igual ao que seria dado a qualquer outro cidadão, outros entendem que deve haver uma análise diferenciada.

Na opinião deste autor, o tratamento deve sim ser diferenciado, porém não com relação ao serviço prestado, mas sim com relação ao monitoramento. Os serviços oferecidos às PEPs devem ser os mesmos oferecidos a quaisquer outros clientes, porém o monitoramento de suas operações, quando falamos de instituições financeiras, deve ser constante. Alertas específicos devem ser implementados, relatórios específicos devem ser criados, deve haver um aumento do rol de operações consideradas suspeitas, possibilidade de bloqueios imediatos dessas operações e um contato facilitado com autoridades policiais são apenas alguns exemplos do que pode ser considerado como um monitoramento diferenciado.

Entretanto, não se nega que existem casos em que efetivamente a instituição não poderá permitir que determinada pessoa faça parte do seu quadro de clientes, ainda que não haja efetivamente uma condenação. A título de exemplo, imagine-se que ao realizar um *background check* de determinado cliente, constatou-se que ele possui ligação com facções criminosas ou milícia. Nesse caso a negativa da prestação do serviço deve ser comunicada às autoridades policiais e até mesmo às agências reguladoras de modo a justificar a impossibilidade dessa relação.

Essa sugestão, entretanto, pode encontrar crítica na medida em que, novamente, torna por onerar em demasia a instituição financeira e gera a sensação de que o particular está cumprindo o papel do Estado. Não se nega que seja uma crítica válida, mas ainda segundo a opinião deste autor, trata-se de um risco operacional assumido pelo ramo de negócio daquela empresa (*gatekeepers*). Em se tratando de instituições financeiras, é inegável que certas pessoas podem se valer de seus serviços para práticas criminosas. Não obstante, utilizar argumentos como o da cegueira deliberada simplesmente porque é papel do Estado coibir práticas criminosas também não soa razoável.

Por fim, a possível solução para o fenômeno do *de-risking* é estabelecer alguns níveis de aplicação do *due diligence*, a exemplo de como foi realizado nas *Guidelines on Money laudering* do *European Banking Authority*, de modo a não onerar demais as empresas. Em seguida, uma vez identificado que aquele cliente, parceiro ou fornecedor é considerado de alto risco, realizar uma análise de custo *versus* lucro a fim de definir se

aquela relação é viável para a empresa. Não sendo, poderá haver um corte motivado desse relacionamento.

Já em casos de empresas que possuem serviços que podem ser considerados essenciais, como os bancos, quando observado que um cliente representa um risco o monitoramento deve ser mais constante. Ademais, caso o risco seja excessivo, a alternativa é oferecer serviços mais básicos que possuem limitações justamente para evitar ele possa ser usado para a prática de crimes, em especial a lavagem de dinheiro.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. **Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos.** Teresina, ano 12, n. 1411. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/9862>>. Acesso em 14/11/2023.

ARNOLD, Martin; FLEMING, Sam. **Banks push Brussels for clarity to avoid ‘overcompliance’ with sanctions on Russia.** 2022. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/a2fcd6e9-6b1a-4bd8-b035-047eb0791a94>>

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. **Secondary sanctions, civil and criminal penalties for circumvention of sanctions regimes and overcompliance with sanctions. 2022.** Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/408/16/PDF/G2240816.pdf?OpenElement>>.

BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012.** 5. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Os excessos do compliance e o fenômeno de-risking.** Disponível em: <<https://www.btadvogados.com.br/pt/artigo/os-excessos-do-compliance-e-o-fenomeno-de-risking/>>.

CAPEZ, Fernando; PUGLISI, Fabia. **Lavagem de Dinheiro – Comentários à Lei n. 9.613/98.** – 1. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024.

CAVALI, Marcelo Costenaro. **Incriminação da negação de serviços financeiros a pessoas expostas politicamente: solução para o overcompliance ou privilégio odioso?** Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Boletim Legislativo 103 de julho de 2023

COAF. **Cartilha – Lavagem de dinheiro: um problema mundial.** Disponível em: <<https://www.gov.br/coaf/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/publicacoes-do-coaf-1/cartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial.pdf/view>>.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*, cit., cap. IV, 2;

EUROPEAN BANKING AUTHORITY. **Guidelines on money laundering and terrorist financing risk factors.** 2021. Disponível em <<https://www.eba.europa.eu/eba-publishes-final-revised-guidelines-money-laundering-and-terrorist-financing-risk-factors>>.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY. **Opinion of the European Banking Authority on ‘de-risking’.** 2022. Disponível em:

<https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Opinions/2022/Opinion%20on%20de-risking%20%28EBA-Op-2022->

01%29/1025705/EBA%20Opinion%20and%20annexed%20report%20on%20de-risking.pdf>.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa.** 1^a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal Compliance: mecanismos de proteção contra a criminalidade econômica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Risk-Based Approach for the Banking Sector.** 2014. Disponível em: <<https://www.fatff-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Risk-based-approach-banking-sector.html#:~:text=A%20risk%2Dbased%20approach%20means,with%20the%20level%20of%20risk>>.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Law & Financial Stability.** 2020. Disponível em <<https://www.elibrary.imf.org/display/book/9781513523002/9781513523002.xml>>.

GOMES, Bruno. **A arte da lavagem de dinheiro. 2019.** Disponível em: <https://www.amazon.com.br/arte-lavagem-dinheiro-criminosos-tornam-ebook/dp/B07WFZ1K4G/ref=sr_1_1?keywords=a+arte+da+lavagem+de+dinheiro&sr=8-1>

GLOBAL CENTER ON COOPERATIVE SECURITY. **Understanding Bank De-Risking and its Effects on Financial Inclusion: An exploratory study.** 2015.

Disponível em: <<https://policy-practice.oxfam.org/resources/understanding-bank-de-risking-and-its-effects-on-financial-inclusion-582310>>.

GLOBAL NPO COALITION ON FATF. Global NPO Coalition on FATF Submission for Phase II of The Unintended Consequences (UIC) Workstream: Mitigating Measures of De-Risking and Financial Exclusion of NPOS. Disponível em <https://fatfplatform.org/assets/Global-NPO-Coalition-submission-on-mitigating-measures-for-de-risking-and-financial-exclusion-of-NPOs_final.pdf>.

GOMES, Bruno. A arte da lavagem de dinheiro. 2019. Disponível em <https://www.amazon.com.br/arte-lavagem-dinheiro-criminosos-tornam-ebook/dp/B07WFZ1K4G/ref=sr_1_1?keywords=a+arte+da+lavagem+de+dinheiro&sr=8-1>

LIMA, Ricardo Caiado. **A influência dos programas de compliance efetivos no cumprimento do dever de vigilância empresarial.** IN: SOUZA, Luciano. Compliance no Direito Penal. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021.

LOWERY, Clay; REMACHANDRAN, Vijaya. 2015. **Untended Consequences of Anti-Money Laundering Policies for Poor Countries.** A CGD Working Group Report. Disponível em <<https://www.cgdev.org/sites/default/files/CGD-WG-Report-Untended-Consequences-AML-Policies-2015.pdf>>.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98.** São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Acácio. **Lavagem de capitais e criminalização da advocacia: entre a inadequada expansão populista e a fragilização do direito de defesa (análise das propostas legislativas)**. São Paulo: D'Plácido, 2023.

OLIVEIRA, Ana; CARDOSO, Débora. **8. De-Risking: Parâmetros para Medidas de Diligência nos Programas de Compliace das Instituições Financeiras**. IN: SOUZA, Luciano. *Compliance no Direito Penal*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2021.

ORGANIZAÇÃO DA NAÇÕES UNIDAS. **Guidance Note on Overcompliance with Unilateral Sanctions and its Harmful Effects on Human Rights – Special Rapporteur on unilateral coercive measures**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-unilateral-coercive-measures/resources-unilateral-coercive-measures/guidance-note-overcompliance-unilateral-sanctions-and-its-harmful-effects-human-rights>>.

KPMG. **Pesquisa De Maturidade Do Compliance No Brasil**. KPMG. 3ª Edição. 2018. Disponível em: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-pesquisa-maturidade-do-compliance-3ed-2018.pdf>>. Acesso em 10/11/2023.

PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. **The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process**. *Journal of Financial Crime*, 10.4, 2003, p. 359-65.; SHEPHERD, Kevin. **The Gatekeeper Initiative and the Risk-Based Approach to Client Due Diligence, The Review of Banking and Financial Services**. 28.4, 2012, p. 33-44.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. M. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 122. Marcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bofim, *Lavagem de dinheiro*, cit., p. 59.

RIZZO, Maria Balbina Martins De. **Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro.** São Paulo: Trevisan Editora, 2013.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros.** Revista de Estudos Criminais. n. 54, v. 12, 2014.

SALGADO, Lorenzo. **El blanqueo de dinero**, VII Congreso (casa) 451

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VERDIER, Pierre-Hugues. **Sanctions Overcompliance: What, Why and Does It Matter?** 2023. Disponível em: <.</p>

Tipo de documento

Tese Dissertação TCC Outros: _____

Identificação do documento

Campus / Polo: Vergueiro

Curso: Mestrado em Direito

Autor(es):

1. RA: 622250018 Nome: Cássio de Alencar Teles Barreto

2. RA: _____ Nome: _____

3. RA: _____ Nome: _____

Título do trabalho: O FENÔMENO DO DE-RISKING E DO OVERCOMPLIANCE: SUA PROBLEMÁTICA, REGULAÇÃO E POSSÍVEL SOLUÇÃO

Título estrangeiro (inglês ou espanhol): THE DE-RISKING AND OVERCOMPLIANCE PHENOMENON: ITS PROBLEM, REGULATION AND POSSIBLE SOLUTION

Orientador: _____

Co-orientador(es): _____

Nº de páginas: 95 Anexos: 0

Formato: Impresso Digital Data da defesa: 04 / 12 / 2024

AUTORIZAÇÃO

"Na qualidade de titular dos direitos de autor da publicação supracitada, de acordo com a lei nº 9610/98, autorizo a Associação Nove de Julho, mantenedora da UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO, estabelecida na Rua Diamantina, 302, Vila Maria, na cidade e Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ nº 43.374.768/0001-38 a disponibilizar gratuitamente o texto integral, por prazo indeterminado sem o pagamento de qualquer contraprestação, em sua página eletrônica mantida na Internet. A título de divulgação da produção científica, podendo a obra ser lida e/ou impressa por todos aqueles que a acessarem pela Internet."

São Paulo, 29 / 01 / 2025
Local Data

Cássio de Alencar Teles Barreto

Autor 1, nome:

Autor 2, nome:

Autor 3, nome:

PROTOCOLO DA VERSÃO FINAL DA DISSERTAÇÃO

Eu, Cássio de Alencar Teles Barreto, discente regularmente matriculado no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Nove de Julho sob número de RA 622250018 , deposito nesta data 01 (um) exemplar impresso e encadernados em capa dura vermelha e escrita dourada da versão final da dissertação intitulada **O FENÔMENO DO DE-RISKING E DO OVERCOMPLIANCE: SUA PROBLEMÁTICA, REGULAÇÃO E POSSÍVEL SOLUÇÃO** .

Declaro que esta versão foi completamente corrigida e atende todas as determinações da banca final. Faço acompanhar 1 (um) CD ou 1 (um) pen drive contendo arquivo que corresponde integralmente à versão impressa e o Termo de Autorização para Publicação devidamente preenchido.

São Paulo, 29 de janeiro de 2024.

CASSIO DE ALENCAR
TELES
BARRETO:01468527100

Assinado de forma digital por
CASSIO DE ALENCAR TELES
BARRETO:01468527100
Dados: 2025.01.29 15:05:52
-03'00'

NOME E ASSINATURA DO ALUNO

Aluno

De acordo:

Marcelo Costenaro Cavali

Assinado de forma digital por Marcelo
Costenaro Cavali
Dados: 2025.01.29 16:33:27 -03'00'

NOME E ASSINATURA DO ORIENTADOR

Orientador