

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E
ESTRATÉGIA**

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A939

Autonomia privada, regulação e estratégia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-077-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

Apresentação

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com o aumento da intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi, em seu XXIV Congresso Nacional, ocorrido de 11 a 14 de novembro de 2015, em Belo

Horizonte, organizado em conjunto e sediado pelas Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, decidiram, muito oportunamente, por adotar entre os seus quase setenta grupos de trabalho, um que fosse destinado a cuidar especificamente dessas matérias de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. O fruto dos esforços nele desenvolvidos são aqui ofertados à Comunidade Acadêmica e Científica, com a convicção de servir não apenas de subsídio a estudos nessas áreas, mas, sobretudo, de estímulo e provocação a uma reflexão que se mostre sempre livre, crítica e útil a contribuir para construir uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Frederico Gabrich - FUMEC Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina

**LAVAGEM DE DINHEIRO: A OBRIGAÇÃO DA COLABORAÇÃO DAS
INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NAS INFORMAÇÕES DAS TRANSAÇÕES
ATÍPICAS DOS SEUS CLIENTES**

**MONEY LAUNDERING : THE OBLIGATION OF COLLABORATION OF
FINANCIAL INSTITUTIONS ON INFORMATION FROM ATYPICAL
TRANSACTIONS OF ITS CUSTOMERS**

Herleide Herculano Delgado

Resumo

Os desafios da prevenção e do combate ao crime de lavagem de dinheiro são enormes, mormente em um mundo globalizado e cada vez mais conectado. Para uma maior efetividade no combate, necessária uma integração internacional entre os países, com troca de informações e possibilidade de uma maior cooperação recíproca. Com o objetivo de permitir uma maior rastreabilidade dos recursos que transitam, nos diversos sistemas financeiros, além da cooperação internacional das nações, mister que pessoas físicas e jurídicas informem aos órgãos reguladores a ocorrência de atividades suspeitas dos seus clientes. Porém, para enquadrar de forma mais adequada uma atividade entre as suspeitas, necessário o prévio conhecimento do seu cliente, isto é, obter o máximo de informações possíveis do cliente com vistas a ter elementos suficientes para uma pré-análise do cliente e das suas transações. Em constatando uma incongruência entre o perfil do cliente e as suas transações, as instituições financeiras devem informar o fato às autoridades reguladoras e fiscalizadoras, sob pena de sofrerem punições administrativas. Porém, o custo da implementação e da manutenção desse sistema é elevado, envolvendo, além de grandes aportes financeiros, o emprego de mão de obra especializada. Além disso, gera-se mais um risco para a atividade bancária, qual seja, o risco de sofrer processos judiciais, quer do Estado, caso não cumpra a sua obrigação de informar, quer dos clientes que se sentirem prejudicados com essa avaliação prévia. Necessária a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, por mais custoso que isso possa ser em vários aspectos. Permitir, mesmo que por omissão, o livre trânsito de recursos com origem ilícita pelos diversos sistemas financeiros e econômicos dos países é demasiadamente danoso para as sociedades, pois, além de fomentar a ocorrência dos crimes antecedentes, gera-se o risco de desequilíbrio econômico entre as empresas lícitas e as montadas com o fito de lavar o dinheiro sujo, em uma verdadeira concorrência desleal, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988, art. 173, § 4º. O Brasil está dotado de legislação e de órgãos reguladores e fiscalizadores capazes de fazer frente a esse desafio. Tanto a legislação, quanto os órgãos mencionados, precisam se atualizar na medida em que os criminosos engendram novas formas de lavar o dinheiro sujo. Tudo indica que um grande avanço nesse sistema de prevenção e de combate à lavagem de dinheiro seria a extinção do sigilo bancário contra o Estado, permitindo que os órgãos reguladores e fiscalizadores tivessem acesso direto aos dados dos clientes bancários e às suas transações, sem a necessidade de intermediários,

ganhando, desta forma, eficiência e, por conseguinte, melhores resultados poderiam ser alcançados.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro, Informações, Instituições financeiras, Transações atípicas

Abstract/Resumen/Résumé

The challenges of prevention and combating of money laundering are enormous, especially in a globalized and increasingly connected world. For greater effectiveness in combat, required international integration among countries with exchange of information and the possibility of greater mutual cooperation. In order to allow greater traceability of resources transiting in different financial systems, in addition to international cooperation of nations, necessary that individuals and companies report to regulators the occurrence of suspicious activities of their customers. However, to fit more appropriately an activity between the suspect necessary prior knowledge of the customer, that is, get as much customer information as possible in order to have sufficient information for a client pre-analysis and its transactions. In finding an inconsistency between the customer profile and its transactions, financial institutions must report it to the regulatory and supervisory authorities, under penalty of suffering administrative punishments. However, the cost of implementation and maintenance of this system is high, involving, in addition to large financial contributions, the skilled labor jobs. In addition, it generates another risk for the banking, that is, the risk of legal proceedings or the state, if not complied with its obligation to inform, and from the clients who feel harmed by this preliminary assessment. Necessary to prevent and combat money laundering, however costly it may be in several respects. However, allowing, even if by default, the free flow of resources with illicit origin by the various financial and economic systems of the countries is too damaging for the companies, because in addition to promoting the occurrence of predicate offenses, generates the risk of imbalance economic between lawful businesses and assembled for the purpose of washing dirty money in a true unfair competition, which is prohibited by the Constitution of 1988, article 173, paragraph 4º. Brazil is endowed with legislation and regulatory and inspection bodies able to meet this challenge. Both the legislation, as the bodies mentioned, must be updated to the extent that criminals engender new forms of washing dirty money. Everything indicates that a breakthrough in the system to prevent and combat money laundering would be the extinction of banking secrecy against the state, allowing the regulatory and inspection agencies have direct access to data of bank customers and their transactions, without the need intermediate, gaining in this way, efficiency and therefore the best results could be achieved.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Money laundry, Information, Financial institutions, Atypical transactions

Introdução

Em um mundo globalizado, no qual as fronteiras, nos moldes clássicos, praticamente não mais existem e, portanto, não impedem o trânsito de pessoas e bens, o capital é transferido entre os vários mercados financeiros com um simples apertar de um botão. A tecnologia encurtou distâncias e viabilizou a maior fluência dos negócios.

O intento de qualquer Estado é controlar ao máximo as pessoas. O aparato legal não evoluiu na mesma velocidade da tecnologia da informação, haja vista a dificuldade de policiar o capital quando não se encontra mais no seu território, mormente diante da dificuldade histórica do direito internacional na elaboração de tratados, ou outros diplomas legais, entre os países, pois cada país tem os seus interesses próprios e esses, muitas vezes, opostos aos dos outros Estados.

Isso facilitou a realização de negócios lícitos ao redor do mundo. Porém, também facilitou o trânsito de dinheiro oriundo de atividades criminosas, ou para financiar grupos criminosos com os mais diversos fins, desde fins políticos para derrubadas de governos, até fins meramente criminosos, como o tráfico de drogas.

Essa facilidade na circulação do dinheiro, praticamente sem fronteiras, gerou um desafio para os diversos governos, qual seja, o controle do volume circulante de capital nas suas fronteiras, bem como a origem e a destinação dos valores. De outra banda, nasce a tensão entre o direito dos estados de controlar esse fluxo de capitais e o direito das empresas e das pessoas físicas de poderem alocar os seus recursos financeiros onde lhe for mais conveniente, bem como o segredo comercial de determinadas transações comerciais, em especial quando o Estado também participa do mercado, através de estatais, no setor no qual a empresa, ou a pessoa física investigada atua.

Diante dessa realidade, foi assinada a Convenção de Viena em 1988, com o intuito de combater a lavagem de dinheiro. O Brasil, como signatário dessa convenção, editou a Lei n.º 9.613/1998, atribuindo a diversas pessoas físicas e jurídicas o dever de identificação de clientes e manutenção de registros de todas as operações, inclusive com a obrigação de informar às autoridades a ocorrência de operações suspeitas, sob pena de penalidades administrativas e penais.

Em 2012, a Lei n.º 9.613/1998 foi alterada pela Lei n.º 12.683, com várias alterações, entre elas a extinção de rol taxativo de crimes antecedentes, a inclusão de novos sujeitos como

obrigados a informar as autoridades sobre movimentações suspeitas, entre outras modificações.

A questão envolvida é bastante complexa, de um lado o suposto interesse público em fiscalizar e controlar o fluxo de capitais, quer enquanto circulando no seu território, quer quando da saída e da entrada, e de outro lado o direito das pessoas físicas e jurídicas ao sigilo, à intimidade, à liberdade de comércio, bem como até que ponto o setor privado pode ser obrigado a cooperar, em especial as instituições financeiras, sem infringir o direito dos seus clientes ao sigilo.

Como metodologia utilizou-se o método da abordagem histórica e comparativa, além da técnica da documentação indireta através do levantamento de pesquisas bibliográficas e da análise documental de legislações, estudos e debates sobre o tema.

Lavagem de dinheiro

A lavagem de dinheiro (*money laundering*), também conhecida como branqueamento de capitais, é o processo por que o criminoso, ou o grupo criminoso, transforma recursos oriundos de atividades ilícitas em ativos com a aparência legal, utilizando-se, para tanto, de simulações, fraudes, entre outros expedientes capazes de ocultar a origem ilícita do recurso, isto é, do crime ou infração penal antecedente.

Segundo informações fornecidas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, em sua cartilha (2003, p. 2) nas últimas duas décadas a lavagem de dinheiro deixou de ser um problema local para ganhar dimensões internacionais, com impacto em escala global.

O objetivo dos criminosos é disfarçar a origem criminosa do dinheiro. Assim, consoante o Relatório de Estabilidade Financeira (COAF, 2003, p. 113), o *Financial Action Task Force on Money Laundering* assim conceitua:

O objetivo de um grande número de atos criminosos é a geração de lucro para o indivíduo ou o grupo que desempenha a atividade criminosa. **A lavagem de dinheiro é o processamento desses recursos de forma a disfarçar a sua origem criminosa** (grifo nosso).

O Brasil tipificou o crime de lavagem de dinheiro em março de 1998 em decorrência de compromissos assumidos com a assinatura da Convenção de Viena (1988), com a aprovação da Lei n.º 9.613/1998. Além da tipificação do crime de lavagem de dinheiro, a referida lei atribuiu maior responsabilidade a intermediários econômicos e financeiros, bem como criou o COAF, no âmbito do Ministério da Fazenda.

O momento histórico presente tem apresentado um complicador relevante em relação ao controle da circulação de capitais pelos governos nacionais, o *cyberspace*, no qual todas as moedas operam simultaneamente em qualquer parte do mundo (CALLEGARI; BARAZZEETTI WEBER, 2014, p. 6). Ademais, a globalização tem papel importante na transnacionalização do delito de lavagem de dinheiro.

A expressão lavagem de dinheiro foi cunhada nos idos de 1920, nos Estados Unidos da América, quando os gângsteres norte-americanos utilizavam as lavanderias para encobrir o dinheiro oriundo de atividade ilícita, mormente a venda de bebidas alcoólicas ilegais.

A lavagem de dinheiro tomou maiores proporções quando os EUA começaram a investigar o tráfico de drogas e a forma como os traficantes lavavam o dinheiro, tendo sido judicializada a expressão em 1982 quando houve apreensão de dinheiro proveniente do contrabando da cocaína colombiana (CALLEGARI; BARAZZEETTI WEBER, 2014, p. 6). A conceituação do delito no sistema jurídico brasileiro não apresenta problemas diante da dicção contida no art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.613/1998, a saber: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

É um delito perpetrado em fases, ou etapas, mais precisamente em três: colocação ou ocultação, estratificação ou escurecimento e integração ou lavagem propriamente dita. As fases são distintas e independentes, não ocorrendo necessariamente de forma sucessiva em todos os casos. O estudo das fases facilita a análise do caso, em especial a fase mais vulnerável, isto é, a fase de colocação.

A fase da ocultação, ou colocação, é a fase inicial, momento em que os delinquentes pretendem fazer sumir as somas oriundas da atividade ilícita. Essa fase é a mais vulnerável porque é a fase na qual as autoridades estão mais focadas, bem como o grande volume financeiro pode acender o sinal de alerta no sistema de repressão.

Segundo Callegari e Weber (2014, p. 12), há quatro principais canais de escoamento dos capitais: “instituições financeiras tradicionais, instituições financeiras não tradicionais,

inserção nos movimentos financeiros diários e outras atividades que transferirão o dinheiro além das fronteiras nacionais”.

O COAF é a Unidade de Inteligência Financeira do Brasil, coordenando a participação brasileira em organizações internacionais na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, entre eles o GAFI, GAFISUD e o Grupo de Egmont (COAF, 2013, p. 6). O COAF tem a competência de regular os setores econômicos para os quais não haja órgão regulador ou fiscalizador próprio, conforme o disposto na Lei n.º 9.613/98 (COAF, 2013, p. 6).

Trate-se de um órgão que utiliza a inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, entendendo-se a inteligência financeira como “atividade de recebimento, análise e difusão de comunicações de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo, provenientes dos setores obrigados” (COAF, 2013, p. 9).

Com a edição da Lei n.º 12.683/2012, houve uma ampliação do rol de setores econômicos sujeitos aos mecanismos de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, bem como ao financiamento do terrorismo, exigindo do COAF um esforço no sentido de atualizar os seus sistemas e processos. Desta forma, em 2013 foram publicadas cinco novas resoluções, três das quais substituindo resoluções anteriores e duas delas regulamentando novos setores inseridos pela Lei n.º 12.683/2012 (COAF, 2013, p. 19).

O universo fiscalizável do COAF foi consideravelmente ampliado com a publicação da Lei n.º 12.683/2012, resultando, por conseguinte, na ampliação significativa do número de pessoas obrigadas a informar ao COAF transações suspeitas de seus clientes.

Assim, para a efetividade do sistema coordenado pelo COAF, é de suma importância identificar as pessoas obrigadas a fornecer informações. Em 2013 foi feito um levantamento de pessoas jurídicas legalmente obrigadas pela Lei n.º 12.683/2012, registrando o número de 132.869 pessoas jurídicas obrigadas.

Apresenta-se o quadro elaborado pelo COAF (2013, p. 22) sobre o universo fiscalizável:

Quadro 12 – Universo Fiscalizável do COAF estimado (Posição: Set/2013)

Segmento	UFC estimado
Bens Luxo ou de Alto Valor	81.001
Jóias, Pedras e Metais Preciosos	34.678
Factoring	8.840
Objetos Arte e Antiguidades	7.808
Cartões de Crédito e Credenciamento	510
Bolsas de Mercadorias	25
Remessa Alternativa de Recursos	7
Total	132.869

Fonte: Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE)

Importante frisar que as pessoas obrigadas devem se cadastrar no COAF (2013, p. 22), caso não possuam órgão regulador próprio. Em havendo órgão regulador próprio, o cadastro exigido pela Lei n.º 12.683/2012 deve ser feito no respectivo órgão.

Know your customer

Um problema surge para as instituições financeiras quando se vêm obrigadas a conhecer o seu cliente e a prestar informações aos Estados quando há a proteção do sigilo bancário.

As instituições financeiras ficam entre duas obrigações legais importantes e contrapostas, a saber: de um lado a obrigação legal e contratual com os seus clientes de não informar os dados das suas operações bancárias e financeiras, e, de outro, a obrigação de legal de informar aos órgãos de controle as movimentações consideradas suspeitas de acordo com cada legislação nacional. Ficam, assim, diante da possibilidade de enfrentar processos tanto dos seus clientes quanto dos Estados onde funcionam.

A argumentação comumente utilizada pelos Estados para obrigar as entidades financeiras a fornecer os dados dos clientes repousa no interesse público de combater a criminalidade praticada, em regra nesse tipo de crime, por grupos organizados. Porém, até que ponto essa argumentação deve prosperar em regimes democráticos nos quais se asseguram a livre iniciativa e a ampla concorrência?

Conhecer o cliente é um processo de identificação dos clientes e é considerado pelas autoridades reguladoras como um momento importante na prevenção da lavagem de dinheiro,

conforme expressado em Martin Gill e Geoff Taylor (2004, p. 582): “process of identifying customers, which is widely accredited by regulatory authorities as a vital step in the prevention of money laundering”.

Como bem destacado por Martin Gill e Geoff Taylor (2004, p. 582-583), diante da facilidade de transferência de recursos ao redor do mundo, qualquer sistema de combate ao crime de lavagem de dinheiro precisa ter um suporte global: “Precisely because finance is worldwide pursuit, and because it is easy to transfer funds across the world, any system designed to tackle money laundering needs to have global support”.

De acordo com Andrew Clark e Matthew Russel (2003, p. 113), o KYC tem dois objetivos: reunir informação suficiente, relacionada à identidade do cliente, em cada caso, para a necessária aplicação da lei; geração de um perfil que possa ser acessado e comparado quando do monitoramento das transações.

Em razão do espectro transnacional do crime de lavagem de dinheiro, as instituições bancárias são utilizadas como meio de envio dos recursos ilícitos para países diversos, e, diante disso, vários países têm adotado medidas com vistas a promover a participação dos bancos nesse esforço internacional de identificar as atividades suspeitas.

Essas medidas costumam seguir as recomendações de diversos organismos internacionais, entre eles o Banco de Compensações Internacionais – BIS, o FATF, o FMI, o Banco Mundial e a Organização das Nações Unidas (ONU), conforme disposto no Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p. 114).

Os bancos costumam ser utilizados no processo de lavagem de dinheiro em razão da grande variedade de produtos e serviços que oferecem ao mercado, bem como pela possibilidade de envio de recursos para outros mercados, distante do mercado onde ocorreu, ou ocorreram, os crimes antecedentes, de acordo com o Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p. 117).

A adoção do procedimento de *Know your customer* gera riscos diversos para as instituições financeiras. Os bancos, além dos riscos comuns a toda e qualquer atividade empresarial, ainda estão expostos aos riscos de danos à reputação e ao risco de punições judiciais e/ou administrativas. De acordo com o Banco de Compensações Internacionais (2001^a, p. 4), o “risco de reputação é definido como a potencial perda que a publicidade adversa referente às práticas bancárias, seja ela verdadeira ou não, causará na confiança da integridade da instituição”.

Dentre os seus ativos patrimoniais, a reputação é, sem sombra de dúvidas, o seu maior patrimônio. Uma vez quebrada a confiança dos seus clientes e do público em geral (com a possibilidade de diminuir a procura pelos serviços dos bancos pelos futuros clientes e a perda dos atuais clientes), coloca-se em risco a sobrevivência do banco no mercado, com perda de clientes, de operações, queda no valor das ações da empresa, entre outros prejuízos, consoante o Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p. 118).

O risco legal, ainda segundo o BIS (2001^a, p. 4), “a possibilidade de processos judiciais, julgamentos com resultados desfavoráveis ou contratos inaplicáveis perturbarem ou afetarem desfavoravelmente as operações ou as condições de operação do banco”.

Ao lado de ser um fator de obtenção de uma maior eficiência dos bancos contra o crime de lavagem de dinheiro, a criação de responsabilidades legais e penalidades representa um aumento dos riscos legais a serem suportados pelas instituições bancárias, o que gera, indiretamente, um aumento no risco de reputação, como frisado pelo COAF (2003, p. 18). A adoção pelos bancos de medidas de prevenção ao crime de lavagem de dinheiro representa altos custos financeiros. Custos esses que serão repassados para os clientes.

Porém, há um custo que não pode ser diluído no processo produtivo do banco, qual seja, o relativo aos constrangimentos para grande parte dos clientes, como frisado no Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p. 119): “Esses clientes podem sentir sua privacidade indevidamente invadida ao serem questionados a respeito de suas operações bancárias”.

Porém, a adoção das medidas de prevenção do crime de lavagem de dinheiro não é suficiente para gerar segurança para as instituições bancárias, haja vista que será necessária a gestão eficiente desse sistema, o que gera mais um tipo de custo, o operacional. De acordo com o BIS (2001^a, p.4), o risco operacional “pode ser definido como o risco de perdas diretas e indiretas resultantes da inadequação ou falha nos processos internos, pessoas e sistemas ou resultantes de eventos externos”.

Desde a Convenção de Viena (1988), vários países adotaram legislação contra a lavagem de dinheiro. Inicialmente, a lavagem de dinheiro era vista como intimamente relacionada ao crime de tráfico de drogas. Com o passar dos anos, percebeu-se que também há outras atividades ilícitas nas condutas antecedentes à lavagem de dinheiro.

O Comitê de Basiléia, de acordo com o Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p.121-122), também em 1988, divulgou uma Declaração de Princípios a serem adotados pelos bancos, sugerindo que os supervisores bancários deveriam fazer a adequada

identificação dos clientes, desencorajar as operações que não parecessem legítimas e estimular a cooperação com os órgãos responsáveis por fazer cumprir a lei.

Em abril de 1990 o FATF disponibilizou um relatório com as suas 40 recomendações contra a lavagem de dinheiro, divididas as recomendações em capítulos que tratam: do âmbito geral das recomendações; do papel dos sistemas jurídicos nacionais na luta contra a lavagem de dinheiro; do papel do sistema financeiro na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro; do reforço da cooperação internacional, conforme informado no Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p. 122).

O mencionado documento do FATF aborda: regras de identificação de clientes e de conservação de documentos; diligência acrescida das entidades financeiras; medidas destinadas a fazer face ao problema dos países, total ou parcialmente, desprovidos de dispositivos de luta contra a lavagem de dinheiro; outras medidas destinadas a evitar a lavagem de dinheiro; atividade e papel das autoridades de regulamentação e outras autoridades administrativas, consoante informação contida no Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p. 122-123).

Com a evolução das práticas internacionais contra o crime de lavagem de dinheiro, em 2001, o Comitê de Basileia elaborou e divulgou o documento denominado “Customer Due Diligence for Banks” (BIS, 2001a), apresentando critérios mínimos para a implantação de programas *know your customer*, com a adoção de práticas prudenciais amplas, que devem ir além da ótica de prevenção da lavagem de dinheiro.

Desta forma, o supervisor bancário está obrigado a participar do programa de prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Como exemplos de colaboração do supervisor bancário, de acordo com o Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p. 125), citam-se os seguintes:

[...] a identificação e comunicação de operações bancárias suspeitas a outros órgãos (judiciais, de investigação ou repressão ao crime); o recolhimento e a análise de informações bancárias necessárias em investigações ou processos judiciais; o recolhimento e a análise de informações bancárias como forma de subsidiar estratégias governamentais amplas de repressão à lavagem de dinheiro etc.

O Comitê de Basileia expediu importante documento no qual recomenda procedimentos básicos para que os bancos *know your customers* – KYC (conheçam os seus clientes), destacando, no Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p. 132-133), três grupos de controle considerados fundamentais para determinar a qualidade dos CPLD

(COAF, 2003, p. 132-133): “(a) procedimentos de aceitação de clientes; (b) procedimentos de identificação de clientes; (c) procedimentos de monitoramento de contas e transações”.

Em relação ao procedimento de aceitação de clientes, esse começa quando da realização do cadastro do cliente, no qual esse fornece várias informações. Como o preenchimento dos dados cadastrais pelo cliente pode ser falha, ou por descuido do cliente, ou por intenção em não fornecer todas as informações importantes para a instituição bancária, esse procedimento precisa ter um bom mecanismo de verificação dos clientes quando da sua aceitação. Um exemplo de procedimento de aceitação de clientes pode ser verificar se a pessoa que deseja abrir uma conta no banco está incluída ou não na lista de pessoas nãoaceitas, lista essa que pode conter nomes de ex-clientes da própria instituição bancária que já tiveram suas contas encerradas por suspeita de envolvimento com lavagem de dinheiro, nome de conhecidos lavadores nacionais e internacionais etc.

Em relação à identificação dos clientes, ainda de acordo com o Relatório de Estabilidade Financeira do COAF (2003, p. 133), “os procedimentos de identificação de clientes são compostos por rotinas e ferramentas usadas para manterem atualizadas e confiáveis as informações sobre os clientes do banco”.

Desta forma, deve-se verificar, sempre que possível e necessário, a consistência das informações dos documentos armazenados nos arquivos do cliente com as informações registradas nas bases de dados. Em algumas situações, necessárias algumas diligências, tais como visitas ao cliente, quer pessoa física, quer jurídica, para verificar as informações fornecidas, tais como sede da empresa, mercado em que atua, entre outros pontos que se fizerem necessário verificar.

Interessante verificar, no mundo fático, a repercussão do sistema de prevenção e de combate à lavagem de dinheiro. Um caso recente, datado de outubro de 2014, é o que envolve o político Paulo Maluf e o *Deutsche Bank*. Os jornais noticiaram a realização de acordo entre o Ministério Público de São Paulo e o banco alemão supramencionado para evitar futuras ações judiciais contra o banco.

Assim, Diante da possibilidade de ser enquadrado na legislação de combate à lavagem de dinheiro, por intermediar transações bancárias suspeitas da família Maluf, na Ilha de Jersey¹, o *Deutsche Bank*, já que a agência do banco em Jersey recebeu valores desviados por Maluf da Prefeitura de São Paulo, conforme notícia veiculada no sítio eletrônico do Ministério Público de São Paulo (2014):

¹ Paraíso fiscal no canal da Mancha.

[...] indenização por danos materiais e danos morais coletivos causados ao Município, considerando que a agência em Jersey (*Channel Islands*) recebeu valores desviados dos cofres públicos municipais durante a administração do ex-prefeito Paulo Salim Maluf (1993-1996).

O Jornal Valor Econômico (2014) também noticiou o acordo firmado entre o *Deutsche Bank* no valor de US\$20 milhões. O banco alemão e outros bancos (Safra de Nova York, UBS e Citibank) foram utilizados para a transferência de valores entre contas em nome de terceiros e não teriam informado as movimentações suspeitas às respectivas autoridades. Ainda segundo a reportagem:

Os bancos aparecem no emaranhado de transferências bancárias e contas utilizadas em nomes de terceiros para a transferência de recursos, segundo o MP, desviados das obras da avenida Água Espraiada, atual Jornalista Roberto Marinho, na zona sul de São Paulo. Os desvios teriam ocorrido durante a gestão de Maluf na prefeitura (1993-1996) e podem chegar a US\$ 340 milhões (R\$ 799 milhões). O dinheiro, segundo o promotor de Justiça Silvio Marques, “deu a volta ao mundo” e foi localizado em diversos países.

Fundos de investimentos, constituídos pelo Deutsche Bank, compraram 35% das ações ordinárias da companhia Eucatex S.A., de propriedade da família Maluf. O dinheiro utilizado pelos fundos para a aquisição das debêntures conversíveis em ações é originário do desvio de dinheiro público quando Maluf era prefeito de São Paulo (1993-1996), segundo o Ministério Público de São Paulo e as autoridades judiciárias das Ilhas Jersey, de acordo com o Inquérito civil (PJPP-CAP 344/2001) instaurado, em 2001, pela Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, consoante informação da Prefeitura Municipal de São Paulo (2014).

Breve comentário sobre o sigilo bancário no Brasil

O Estado transfere a terceiros, por exemplo aos bancos, a obrigação de identificar e de informar atividades suspeitas de seus clientes. Por que, ao invés de criar a obrigação legal de

informação de atividades bancárias aos órgãos estatais, o Estado não acaba com o sigilo bancário contra o Estado, mantendo apenas em relação a particulares?

Uma parte da explicação pode estar na história do sigilo bancário, que remonta à praticas mercantis de longa data e tradição ao redor do mundo. Mais especificamente no Brasil, remonta ao Século XIX, precisamente ao ano de 1850, com a publicação do Código Comercial. No artigo 17 do Código Comercial havia a previsão de sigilo dos livros de escrituração comercial, e no art. 18 a estreita exceção do referido sigilo, que podia ser quebrado apenas em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e, ainda, em caso de quebra.

Em 1964 foi publicada a Lei n.º 4.595, que aquebrantou a severidade do Código Comercial, permitindo a quebra do sigilo bancário pela administração tributária se houvesse processo instaurado e os documentos fossem indispensáveis, segundo critérios da autoridade fiscal.

Em 1966 foi publicado a Lei n.º 5.172, Código Tributário Nacional, que assegurou à Fazenda Pública a requisição de documentos dos contribuintes, desde que atendidos os requisitos da Lei n.º 4.595/1964.

Em 2001 foi publicada a Lei Complementar 105/2001, que foi objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, porém, até a presente data, o STF não julgou definitivamente a matéria.

Percebe-se que a tradição brasileira é a manutenção do sigilo bancário contra o Estado, necessitando de autorização judicial para a quebra do sigilo, não podendo a autoridade não judiciária ter acesso direto aos dados bancários das pessoas investigadas.

Isso cria, sem dúvida, uma grande dificuldade na prevenção e no combate ao crime de lavagem de dinheiro, já que Ministério Público e a Polícia Judiciária não tem acesso direto aos dados de movimentação bancária dos investigados, necessitando de autorização judicial para tanto, o que demanda mais tempo no processo, mais custos, e, por conseguinte, menor efetividade no combate.

Então, por que não se extingue o sigilo bancário, permitindo que os órgãos estatais de investigação tenham acesso direto aos dados bancários dos investigados? Uma das explicações reside no histórico do tema no Brasil. A outra parte resposta, essa no campo especulativo, aponta para a identificação de diversas pessoas ligadas direta ou indiretamente aos detentores de cargos eletivos no Brasil apontadas como integrantes de gigantescos

esquemas de lavagem de dinheiro oriundo de desvio de verbas públicas, em especial na Petrobrás, conforme noticiado pela imprensa nacional recentemente (VALOR², 2014).

Conclusão

A prevenção e o combate à lavagem de dinheiro é resultado de um esforço internacional, já que o delito mencionado não conhece fronteiras e os criminosos o perpetram em diversos países, em especial naqueles onde não há legislação específica, ou, quando a tem, não a aplica de forma efetiva.

A Convenção de Viena de 1988 traçou as linhas gerais na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro. Diversos países aderiram à mencionada convenção, entre eles o Brasil, em 1991, através do Decreto 154. Em 1998 é publicada a Lei n.º 9.613, sendo o marco legal inaugural na legislação brasileira nessa seara. Em 2012 foi publicada a Lei n.º 12.683, inovando o sistema jurídico local ao extinguir o rol taxativo dos delitos antecedentes, bem como ampliando consideravelmente as pessoas responsáveis em comunicar aos órgãos reguladores as operações suspeitas, sendo, portanto, um avanço na legislação nacional na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro.

A responsabilidade das pessoas obrigadas à comunicação às autoridades reguladoras e fiscalizadoras está devidamente prevista em lei. Diante dessa responsabilidade, encontra-se a denominada *know your customer*, que obriga conhecer o cliente, manter os cadastros atualizados e a informar às autoridades respectivas a ocorrência de atividades suspeitas. Em relação às instituições bancárias, que são, conforme relato dos órgãos oficiais, utilizadas na prática criminosa de lavagem de dinheiro, surge uma tensão entre a obrigação legal de comunicar aos órgãos reguladores e fiscalizadores a existência de transação bancária suspeita e a obrigação legal e contratual de manter em sigilo os dados bancários de seus clientes.

A adoção do programa de *Know your customer* pelos bancos resulta em grandes investimentos e na exposição das instituições bancárias a novos riscos, entre eles o risco de responder a demandas administrativas e judiciais, e o risco de reputação. O risco operacional de implementação e manutenção do referido sistema é repassado para o cliente, que acaba arcando com esse custo. Soma-se a isso o constrangimento dos clientes que não praticam atividades criminosas de ter de informar às instituições bancárias dados pessoais, bem como explicar atividades lícitas que, a *priori*, não são objeto de negócio com a instituição financeira.

No esforço de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, o Estado fixou a responsabilidade das entidades financeiras por conhecer o cliente e informar aos órgãos estatais toda atividade suspeita do cliente, quando, deveria ter extinguido o instituto do sigilo bancário contra o Estado, o que poderia ser mais eficiente na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro, não necessitando da atuação de terceiros no mecanismo de acompanhamento e de identificação de atividades suspeitas, diminuindo, desta forma, o custo para todo o sistema, bem como aumentando a eficiência do sistema com a supressão de cadeias no processo de identificação, já que o Estado teria acesso direto a todos os dados bancários e financeiros da pessoa sob suspeita.

A história tem demonstrado que a criatividade dos criminosos é enorme e que costumam estar, pelo menos por um determinado lapso temporal, à frente da capacidade estatal de prevenir e combater os crimes, em especial o crime de lavagem de dinheiro. Somente através de um sistema integrado e internacional é possível combater o crime de lavagem de dinheiro, já que com emprego de tecnologias da informação, o dinheiro pode viajar ao redor do mundo, passando por diversos países, com o fito de encobrir a sua verdadeira origem.

Porém, tudo indica que não há crime sem rastro, nem mesmo o crime de lavagem de dinheiro realizado através de esquemas criminosos altamente complexos, podendo, em qualquer das suas formas conhecidas, ou não conhecidas até o presente momento, ser identificado e combatido.

A efetividade do combate e da punição dos envolvidos demanda uma legislação nacional eficiente e da cooperação internacional no combate à essa criminalidade especializada, com a efetiva possibilidade de repatriação do dinheiro ilícito, mormente quando oriundos de desvio de verbas públicas.

O civilização mundial parece já ter entendido a necessidade da prevenção e do combate ao crime de lavagem de dinheiro, já que esse dinheiro lavado pode ser utilizado para financiar nefastas atividades humanas, entre elas o terrorismo e o tráfico de drogas, colocando em risco milhares de vidas, bem como sistemas econômicos (através de concorrência desleal), tornando o efetivo combate condição necessária para a manutenção da paz e da estabilidade de mercados.

Referências

BIS (2001a). **Customer due diligence for banks. Basileia: Basel Committee on Banking Supervision** - Bank for International Settlements. Disponível em <http://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf>. Acesso em 24/11/2014.

BRASIL. **Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm. Acesso em: 30/11/2014.

_____. **Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 30/11/2014.

_____. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 30/11/2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm, acesso em 24/11/2014.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em 24/11/2014.

_____. **Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/LeisComplementares/2001/leicp105.htm>. Acesso em: 30/11/2014.

_____. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm, acesso em 24/11/2014.

CALLE A I, Andr L s; BARAZZETTI WEBER, Ariel. **Lavagem de dinheiro** – São Paulo: Atlas, 2014.

CLARK, Andrew; RUSSELL, Matthew. Know Your Customer. **A Practitioner's Guide to International Money Laundering Law and Regulation**, v. 1, p. 93, 2003.

COAF. **Cartilha 2003**. Disponível em:

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/linksexternos/cartilha.pdf>. Acesso em 24/11/2014.

_____. **Relatório de atividades 2003**. Disponível em:

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Relatorio%20de%20Atividades%20%202003.pdf/view>. Acesso em: 24/11/2014.

_____. **Relatório de atividades 2013**. Disponível em:

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/coaf-publica-o-relatorio-de-atividades-2013/view>.

Acesso em: 24/11/2014.

_____. **Relatório de Estabilidade Financeira, maio 2003**. Disponível em:

http://www.bcb.gov.br/htms/estabilidade/2003_maio/portuguescapitulo6.pdf. Acesso em 30/11/2014)

MARTINS, Gil; GEOFF, Taylor. **Preventing Money Laundering or Obstructing Business? Disponível em: <http://bjc.oxfordjournals.org/content/44/4/582.abstract>**. Acesso em:

24/11/2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Notícias**. Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2014/2014_outubro/T](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2014/2014_outubro/Transa%C3%A7%C3%A3o%20foi%20firmada%20pela%20Promotoria%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20Patrim%C3%B4nio%20P%C3%ABlico)ransa% C3% A7% C3% A3o% 20foi% 20firmada% 20pela% 20Promotoria% 20de% 20Justi% C3% A7a% 20do% 20Patrim% C3% B4nio% 20P% C3% BAblico. Acesso em 23/11/2014.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. **Justiça homologa acordo para banco alemão indenizar Prefeitura em R\$ 44 milhões**. Disponível em:

<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/4870>. Acesso em 27/11/2014.

VALOR. **Ministério Público vai cobrar US\$ 70 mi de bancos usados por Maluf**. Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/3483464/ministerio-publico-vai-cobrar-us70-mi-de-bancos-usados-por-maluf#ixzz3JuoPrwLC>. Acesso em 23/11/2014.

_____.² **Lava-jato: Lobista admite ter participado de reuniões na Petrobras**.

Disponível em <http://www.valor.com.br/politica/3789186/lava-jato-lobista-admite-terparticipado-de-reunioes-na-petrobras>. Acesso em 24/11/2014.