

INCRIMINAÇÃO DA NEGAÇÃO DE SERVIÇOS FINANCEIROS A PESSOAS EXPOSTAS POLITICAMENTE: SOLUÇÃO PARA O OVERCOMPLIANCE OU PRIVILÉGIO ODIOSO?

Marcelo Costenaro Cavali¹

1 O Projeto de Lei nº 2.720, de 2023, da Câmara dos Deputados e o *Overcompliance*

A premissa subjacente ao PL é a de que a forma como as instituições financeiras têm exercido sua atividade de prevenção à lavagem de dinheiro acarreta a discriminação de certas classes de sujeitos, nomeadamente as chamadas pessoas politicamente expostas (PEPs) e os investigados e réus – nas esferas administrativa, cível e penal – ainda não condenados definitivamente.

Não há dúvida de que o PL toca num ponto sensível da regulação antilavagem de dinheiro: o cometimento de excessos por instituições financeiras na prevenção da lavagem de dinheiro, fenômeno por vezes referido como *overcompliance*².

Para evitar os riscos e os custos inerentes à fiscalização da lavagem de dinheiro, as instituições financeiras, muitas vezes, têm optado pela solução mais simples e segura: encerrar ou restringir relações comerciais com clientes ou categorias de clientes – um fenômeno chamado de *de-risking* (“eliminação do risco”)³.

¹ Professor de Direito Penal da FGV-SP. Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo com pós-doutorado em Direito pela *Harvard Law School*. Ex-juiz federal instrutor no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Consultor Legislativo do Senado Federal. E-mail: marcelo.cavali@senado.leg.br.

² ZAVOLI, Ilaria; KING, Colin. The Challenges of Implementing Anti-Money Laundering Regulation: An Empirical Analysis. *Modern Law Review*, 84 (4), 2021. p. 758.

³ *Opinion of the European Banking Authority on ‘de-risking’*. EBA/Op/2022/01. 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>. Acesso em: 29 jun. 2023.

Esse fenômeno, contudo, produz efeitos colaterais nefastos, como a afetação desproporcional de determinados grupos de pessoas, a desbancarização e o próprio embaraço da prevenção da lavagem de dinheiro, já que se acaba por estimular o uso de meios informais para a realização de operações financeiras.

A principal solução encontrada pelo PL para combater esses efeitos colaterais adversos foi a criação de um tipo penal que pune, com pena de 2 a 4 anos de reclusão, além de multa, quem negar a abertura ou manutenção de conta corrente, bem como denegar a concessão de crédito ou a prestação de outro serviço a qualquer pessoa física ou jurídica regularmente inscrita na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, “em razão da condição de pessoa politicamente exposta, de pessoa que esteja respondendo a investigação preliminar, a termo circunstanciado, a inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa ou de pessoa que figure como parte ré de processo judicial em curso”.

Além disso, o PL altera a Lei nº 13.506, de 2017, para nela incluir vedações às instituições financeiras, impedindo a negativa de abertura ou de manutenção de conta bancária “sem a apresentação ao solicitante de documento escrito que contenha motivação idônea para a negativa”, bem como a recusa de “concessão de crédito sem apresentação de documento escrito que contenha motivação técnica idônea e objetiva para a recusa, somente por alegar sua condição de pessoa exposta politicamente ou que figura como parte ré de processo judicial em curso ou que tem decisão de condenação sem trânsito em julgado proferida em seu desfavor”. Traz, ainda, punições a quem deixar de prestar tais informações no tempo adequado.

Como se procura demonstrar a seguir, as soluções oferecidas pelo PL, longe de resolver o problema do *overcompliance*, dificultam sobremaneira a prevenção da lavagem de dinheiro, criam proteção injustificada a certas classes de pessoas e afetam a liberdade de contratar das instituições financeiras.

2 Contexto Normativo Atual

2.1. O Sistema Antilavagem de Dinheiro e seu Aspecto Preventivo

O combate à lavagem de dinheiro compreende não apenas a repressão penal de atos de dissimulação e ocultação do produto de crimes, mas também um sistema estruturado de prevenção e detecção desse delito.

No que tange à prevenção, tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro – como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”), assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”), assinada pelo Brasil em 12 de março de 2004 – preveem o estabelecimento de normas e procedimentos para que as entidades privadas fiscalizem a conformidade legal da atuação de seus agentes e clientes.

A Convenção de Palermo estatui, em seu art. 7, 1, “a”, que cada Estado Parte

[i]nstituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias (...), a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas.

De modo mais específico, a Convenção de Mérida estabelece um regime especial de fiscalização para “pessoas que desempenhem ou tenham desempenhado funções públicas eminentes e de seus familiares e estreitos colaboradores” (art. 52, 1).

Conferindo concretude a essa obrigação assumida no plano internacional, o Brasil adotou a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, cujo art. 9º estabelece um rol de “pessoas sujeitas ao mecanismo de controle” de lavagem de dinheiro, isto é, pessoas obrigadas a atuar como *gatekeepers* (“porteiros” ou “guardiões do portão”), com a responsabilidade de impedir a “entrada” de atividades criminosas na economia formal.

Tais pessoas estão sujeitas, essencialmente, a quatro tipos de obrigações, conforme se depreende dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998:

- a) identificação dos seus clientes (*know your client*);
- b) manutenção de registro das operações de seus clientes;
- c) comunicação de operações suspeitas às autoridades competentes;
- d) manutenção de um sistema de integridade (*compliance*) que lhes permita cumprir as obrigações anteriores.

2.2. Pessoas Expostas Politicamente (PEPs)

Na linha dos tratados internacionais assinados pelo Brasil, a regulamentação do sistema de prevenção à lavagem de dinheiro confere especial relevância à fiscalização de pessoas expostas politicamente (PEPs).

Com o advento da Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022, foi incluído na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 o art. 12-A, que determinou ao Poder Executivo federal a regulamentação do Cadastro Nacional de Pessoas Expostas Politicamente (CNPEP), disponibilizado pelo Portal da Transparência.

A lei atribuiu ao regulamento, ainda não editado, a definição do órgão gestor do CNPEP. O cadastro deve ser alimentado com dados encaminhados pelos órgãos e entidades de quaisquer Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e ser consultado pelas pessoas sujeitas ao mecanismo de controle (*gatekeepers*) para o cumprimento de suas obrigações de identificação, registro e comunicação das operações realizadas por seus clientes (*compliance*).

Entidades integrantes do sistema financeiro são obrigadas a verificar se seus clientes se enquadram na condição de PEPs ou de representante, familiar ou estreito colaborador dessas pessoas (art. 19 da Circular Bacen nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020)⁴.

⁴ Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50905/Circ_3978_v3_P.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

A simples condição de PEP não configura motivo suficiente para que a instituição financeira se negue a manter relacionamento com o cliente, mas é efetivamente um fator a ser considerado na avaliação interna de risco de utilização de seus produtos e serviços para lavagem de dinheiro.

O encerramento de conta de depósito somente deve ocorrer nos casos em que a instituição financeira identificar irregularidades de natureza grave, comunicando-se o fato, de imediato, ao Banco Central (art. 13 da Resolução Bacen nº 2.025, de 24 de novembro de 1993)⁵. A decisão acerca da manutenção do relacionamento com o cliente deve ser realizada por detentor de cargo ou função de nível hierárquico superior ao do responsável pela autorização do relacionamento com o cliente (art. 19, § 2º, da Circular Bacen nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020).

No mesmo sentido, as entidades de setores regulados pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) “devem dedicar especial atenção às operações ou propostas de operações envolvendo pessoa exposta politicamente, bem como com seus familiares, estreitos colaboradores e ou pessoas jurídicas de que participem”.

Não há, porém, proibição de realização de operações com tais pessoas – determina-se, apenas, que as operações com elas realizadas sejam tratadas com especial cautela, observando-se, nos casos de maior risco, procedimentos como a obtenção de autorização prévia do sócio administrador para o estabelecimento de relação de negócios ou para o prosseguimento de relações já existentes; a adoção das devidas diligências para estabelecer a origem dos recursos; e a condução de monitoramento reforçado e contínuo da relação de negócio (art. 2º da Resolução Coaf nº 40, de 22 de novembro de 2021)⁶.

⁵ Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res_2025_v2_L.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

⁶ Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-coaf-n-40-de-22-de-novembro-de-2021-361264576>>. Acesso em: 26 jun. 2023.

2.3. Pessoas Investigadas ou Processadas sem Condenação Transitada em Julgado

Princípio basilar do sistema jurídico brasileiro é o da presunção de inocência, de acordo com o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da Constituição da República).

Como consequência desse princípio, não se admite a prisão definitiva de nenhum acusado antes do trânsito em julgado da condenação (ADC 43, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 07.11.2019). Tampouco se admite que inquéritos e processos criminais em curso configurem maus antecedentes para fins de dosimetria da pena (STF, RE 591054, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 17/12/2014).

Não obstante, admite-se que a existência de investigações ou ações penais em andamento produza certos efeitos jurídicos menos gravosos, para a promoção de outros valores constitucionais relevantes.

Assim, por exemplo, em atenção ao princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), a existência de inquéritos policiais ou processos penais em curso pode, ainda que excepcionalmente, ser utilizada como parâmetro de verificação da idoneidade moral de candidatos em concursos públicos (STF, RE 560.900, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 06/02/2020).

Na mesma linha argumentativa, reconhece-se a constitucionalidade da norma do art. 1º, I, da Lei Complementar nº 64/90 – introduzida pela chamada “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135/10) –, que estabelece a inelegibilidade de condenados por órgão judicial colegiado, ainda sem trânsito em julgado, pela prática de determinados crimes (STF, ADC 29, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 16/02/2012).

Também se admite que investigações e ações penais em andamento sejam levadas em conta para a decretação de prisão preventiva (STF, HC 126501, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Primeira Turma, j. 14/06/2016).

Em conclusão, portanto, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a existência de investigações ou ações penais em andamento não deve, como regra, produzir efeitos negativos. Não obstante, se houver uma justificativa válida, amparada em outros valores constitucionais, tais investigações ou processos podem ser levados em conta para a produção de determinados efeitos jurídicos.

3 Análise do Projeto

3.1. A Criminalização da Negativa de Prestação de Serviços Financeiros

O art. 52, 1, da Convenção de Mérida assim prescreve:

Artigo 52

Prevenção e detecção de transferências de produto de delito

1. Sem prejuízo ao disposto no Artigo 14 da presente Convenção, cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com sua legislação interna, para exigir das instituições financeiras que funcionam em seu território que verifiquem a identidade dos clientes, adotem medidas razoáveis para determinar a identidade dos beneficiários finais dos fundos depositados em contas vultosas, e intensifiquem seu escrutínio de toda conta solicitada ou mantida no ou pelo nome de pessoas que desempenhem ou tenham desempenhado funções públicas eminentes e de seus familiares e estreitos colaboradores. Esse escrutínio intensificado dar-se-á estruturado razoavelmente de modo que permita descobrir transações suspeitas com objetivo de informar às autoridades competentes e não deverá ser concebido de forma que atrapalhe ou impeça o curso normal do negócio das instituições financeiras com sua legítima clientela.

Como se depreende da norma, cada Estado Parte deve exigir que as instituições financeiras *intensifiquem seu escrutínio* de contas de titularidade de *pessoas que desempenhem ou tenham desempenhado funções públicas eminentes* e de seus familiares e estreitos colaboradores.

Detalhando essa obrigação, o Grupo de Ação Financeira (GAFI)⁷ editou a sua Recomendação nº 12, nos seguintes termos:

12. Pessoas expostas politicamente

As instituições financeiras devem, em relação às pessoas expostas politicamente (PEPs) estrangeiras, além das medidas normais de devida diligência ao cliente, ser obrigadas a:

- (a) ter sistemas adequados de gerenciamento de riscos para determinar se o cliente ou beneficiário é pessoa exposta politicamente;
- (b) obter aprovação da alta gerência para estabelecer (ou continuar, para clientes existentes) tais relações de negócios;
- (c) adotar medidas razoáveis para estabelecer a origem da riqueza e dos recursos; e
- (d) conduzir monitoramento reforçado contínuo da relação de negócios.

As instituições financeiras devem ser obrigadas a adotar medidas razoáveis para determinar se um cliente ou beneficiário é uma PEP ou pessoa que ocupa função importante em uma organização internacional. Nos casos de relações de negócios de mais alto risco com essas pessoas, as instituições financeiras devem ser obrigadas a aplicar as medidas referidas nos parágrafos (b), (c) e (d).

As exigências para todas as PEPs também se aplicam a familiares ou pessoas próximas dessas PEPs.

Conforme anteriormente explanado, em nível infralegal os normativos do Banco Central – Bacen e do Coaf detalham deveres de registro, fiscalização e reporte (*compliance*) impostos às pessoas obrigadas a realizar a prevenção da lavagem de dinheiro (*gatekeepers*).

⁷ O Grupo de Ação Financeira (GAFI) é um organismo intergovernamental, com sede administrativa nas instalações da OCDE em Paris, criado em 1989 com o objetivo desenvolver e promover políticas, nacionais e internacionais, de combate à lavagem de capitais e ao financiamento do terrorismo.

Ao criminalizar a negativa do oferecimento de serviços financeiros a PEPs e a investigados e acusados de ilícitos, o Projeto contraria tratados assinados pelo Brasil e incorporados a nosso ordenamento jurídico, as melhores práticas internacionais e toda a regulamentação de prevenção à lavagem de dinheiro⁸.

PEPs representam um risco maior à prevenção à lavagem de dinheiro em razão das funções que exercem. Devido à sua posição e influência, tais pessoas possuem maiores condições de abusar de seu poder e cometer crimes como corrupção e lavagem de dinheiro⁹. Não se trata de discriminá-las, mas simplesmente de reconhecer a realidade fática de que a posição por elas ocupada representa um potencial maior de risco de lavagem de dinheiro e, conseqüentemente, exige uma fiscalização mais intensa.

O mesmo se diga em relação a pessoas que respondem a investigações ou processos, especialmente aqueles de natureza criminal. A despeito do princípio constitucional da presunção de inocência, em determinados casos os indícios existentes podem recomendar um escrutínio mais vigoroso por parte da instituição financeira. Pense-se, por exemplo, no caso de um servidor público com vencimentos declarados de dez mil reais que movimenta mensalmente milhões de reais e que, além disso, responde a um processo criminal por peculato ou cível por improbidade administrativa. Parece justificado que a existência desse processo seja levada em consideração na análise de risco realizada pela instituição financeira.

⁸ Esse ponto foi corretamente apontado pela Transparência Internacional, em posicionamento sobre o Projeto ora analisado: “Ao criminalizar a adoção destas condutas, que têm objetivo de reduzir os riscos de lavagem de dinheiro, o projeto de lei subverte a lógica de incentivos a que estão sujeitas as instituições financeiras. Ao invés de se preocuparem com eventuais punições administrativas pelo descumprimento de normas antilavagem, estas instituições buscarão evitar que seus funcionários sejam indiciados e condenados à reclusão de dois a quatro anos. E, para isso, oferecerão serviços a qualquer um, independente dos riscos”. Disponível em: (<https://transparenciainternacional.org.br/posts/posicionamento-sobre-a-aprovacao-do-pl-2720-2023-na-camara-dos-deputados/>). Acesso em 26 jun.2023.

⁹ COX, Dennis. *Handbook of Anti Money Laundering*. Chichester: John Wiley & Sons, 2014. p. 207.

Não se reconhece, portanto, uma discriminação indevida contra tais pessoas que justifique a tipificação da conduta de quem lhes negue a prestação de serviços financeiros com o legítimo intuito de prevenir a lavagem de dinheiro.

Pelo contrário, a existência de um tipo penal que protege apenas de uma classe de pessoas politicamente poderosas ou suspeitas da prática de ilícitos pode caracterizar um privilégio odioso, violador do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição da República).

Também se pode cogitar de violação aos princípios constitucionais da liberdade e da livre iniciativa (arts. 5º, II, e 170, *caput*, da Constituição da República, respectivamente), dos quais deriva a liberdade de contratar. É que, ao celebrar contratos de concessão de crédito, as instituições financeiras levam em conta os riscos relacionados ao contratante. Se, por exemplo, um interessado na obtenção de empréstimo é acusado de ter desviado valores do erário, existe a possibilidade de que seu patrimônio venha a sofrer uma medida cautelar constritiva no curso de um processo penal ou de improbidade administrativa – como o sequestro ou a indisponibilidade de seus bens –, de modo que o risco de crédito embutido na operação de empréstimo será mais alto.

A situação pode ser ainda mais grave. Imagine-se a hipótese em que o réu é processado por algum delito que envolva uma fraude bancária. Parece clara a legitimidade, inclusive ética, da negativa de celebração de contrato com tal pessoa. Apesar disso, o § 5º que se pretende acrescentar ao art. art. 3º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, prescreve expressamente que a condição de réu em processo judicial não é considerada motivação técnica idônea para justificar a negativa de contratar, “sob pena de responsabilização penal do representante legal da instituição financeira”.

Assim, a norma proposta no art. 4º do Projeto acaba por, indiretamente, obrigar a instituição financeira a conceder o crédito a pessoas investigadas ou processadas criminalmente, mesmo que seu setor de análise de riscos considere economicamente inviável a celebração do contrato.

Também é de se ressaltar a grave indeterminação do tipo penal ao se referir não apenas à negativa de celebração de contratos de abertura de conta corrente e concessão de crédito, mas também de “outro serviço”. Ao fim e ao cabo, o Projeto acaba por criminalizar qualquer negativa de prestação de serviço, num expansionismo exacerbado do direito penal, contrário à sua natureza subsidiária, de *ultima ratio* do sistema jurídico.

3.2. SANÇÃO ADMINISTRATIVA E OBRIGAÇÃO DE MOTIVAÇÃO DA NEGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FINANCEIROS

O art. 5º do Projeto promove várias alterações no art. 3º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, o qual dispõe sobre infrações apuráveis pelo Banco Central do Brasil.

Ao § 2º se acresce, em primeiro lugar, o inciso III, que pune as instituições financeiras pela negativa da abertura ou manutenção de conta a qualquer pessoa física ou jurídica sem a apresentação ao solicitante de documento escrito que contenha motivação idônea para a negativa.

A jurisprudência atualmente vigente no Superior Tribunal de Justiça reconhece a validade da rescisão unilateral de contrato de conta corrente bancária pelas instituições financeiras (vide, por exemplo, AgInt no REsp 1749640/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 28/10/2019; AgInt no REsp 1473795/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 29/06/2020)¹⁰.

Admite-se como suficiente, como regra, a motivação genérica de “desinteresse comercial” por parte da instituição financeira (STJ, AgInt no AREsp n. 1478859/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 1/3/2021). Somente em casos excepcionais – como na hipótese de encerramento de “conta corrente antiga de longo tempo, ativa e em que mantida movimentação financeira razoável” – pode ser cabível indenização por danos morais (STJ, REsp n. 1.277.762/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 4/6/2013).

¹⁰ Está pendente de julgamento o REsp 1.941.347, em que a questão será decidida em regime de recurso repetitivo.

Um primeiro ponto criticável na norma proposta diz respeito à vagueza da expressão “motivação idônea para a negativa”. Não se sabe, por exemplo, se a instituição financeira poderá continuar a alegar simplesmente “desinteresse comercial” para a negativa de abertura ou manutenção de conta.

O § 5º que se pretende incluir no art. 3º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, prevê que não é considerada motivação técnica idônea

a negativa exarada somente em razão da condição de ser a pessoa exposta politicamente, de figurar como parte ré de processo judicial em curso ou de ter decisão de condenação sem trânsito em julgado proferida em seu desfavor, sob pena de responsabilização penal do representante legal da instituição financeira.

Também esta medida contraria o sistema de prevenção à lavagem de dinheiro. A Recomendação nº 21 do Grupo de Ação Financeira (GAFI) prescreve o seguinte:

21. Revelação e confidencialidade

As instituições financeiras, seus diretores, funcionários e empregados deveriam ser:

- (a) protegidos por lei contra responsabilidade civil e criminal por quebra a qualquer restrição à divulgação de informações imposta por contrato ou provisão legislativa, regulatória ou administrativa, caso comuniquem de boa-fé suas suspeitas à UIF, mesmo que não saibam exatamente qual é a atividade criminosa em questão e independentemente se a atividade ilegal sob suspeita tenha realmente ocorrido; e
- (b) proibidos por lei de revelar (“tipping off”) o fato de que uma comunicação de operação suspeita (COS) ou informações relacionadas estejam sendo feitas à UIF.

Se a instituição financeira for obrigada a esclarecer que o motivo pelo qual não terá relacionamento comercial com determinada pessoa está ligado ao risco de lavagem de dinheiro, tal pessoa estará certa de que houve uma comunicação de atividade suspeita aos órgãos de controle – pois se trata de obrigação da instituição financeira fazer tal comunicação (art. 11, I, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998) –, dificultando o combate ao ilícito.

E, nos termos do art. 11, I, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, ao comunicar operações suspeitas aos órgãos de controle, os setores sujeitos ao mecanismo de controle devem fazê-lo “abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação”.

O Projeto também acresce ao § 2º do art. 3º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, o inciso IV, que pune as instituições financeiras pela recusa da concessão de crédito sem a apresentação ao solicitante de documento escrito que contenha motivação técnica idônea e objetiva para a negativa, “somente por alegar sua condição de pessoa exposta politicamente ou que figura como parte ré de processo judicial em curso ou que tem decisão de condenação sem trânsito em julgado proferida em seu desfavor”.

Da mesma forma que a criação do tipo penal proposto pelo art. 4º do Projeto, esse dispositivo obriga, indiretamente, a instituição financeira a conceder empréstimo a pessoas que podem, a seu juízo, representar risco de crédito, violando a sua liberdade de contratar.

3.3. O Excesso Fiscalizatório: “Overcompliance” e “De-Risking”

Reconhece-se, por outro lado, que o Projeto toca num ponto sensível da regulação antilavagem de dinheiro: o cometimento de excessos pela instituição financeira na prevenção da lavagem de dinheiro, por vezes referido como *overcompliance*.

Para evitar os riscos e os custos inerentes à fiscalização da lavagem de dinheiro, as instituições financeiras, muitas vezes, têm optado pela solução mais simples e menos arriscada: encerrar ou restringir relações comerciais com clientes ou categorias de clientes – um fenômeno chamado de *de-risking* (“eliminação do risco”).

Esse fenômeno, contudo, produz efeitos colaterais nefastos, como a afetação desproporcional de determinados grupos de pessoas, a desbancarização e o próprio embaraço da prevenção da lavagem de dinheiro, já que se acaba por estimular o uso de meios informais para a realização de operações financeiras.

Situações como essa foram identificadas, por exemplo, nos EUA, onde, com base em leis que impõem medidas rígidas de prevenção à lavagem de dinheiro, instituições financeiras encerraram contas de descendentes de paquistaneses que receberam transferências oriundas desse país¹¹.

O tema tem preocupado reguladores no mundo todo. O próprio GAFI está estudando a questão e ainda não se posicionou de forma definitiva a respeito¹². Recentemente, o Departamento do Tesouro dos EUA examinou a matéria e tampouco atingiu uma solução conclusiva¹³.

Às instituições financeiras, na condição de mais importantes *gatekeepers* do sistema antilavagem de dinheiro, deve ser garantida segurança jurídica para atuar com efetividade, sem receio de punições por exercer uma atividade que lhe foi imposta pelo Estado.

Esse tema complexo, porém, merece ser discutido e examinado com cuidado, com tempo e com a participação dos reguladores – em especial o Bacen e o Coaf – e dos representantes das instituições financeiras.

4 Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que o Projeto, na forma em que aprovado pela Câmara dos Deputados, contraria tratados assinados pelo Brasil, as melhores práticas internacionais e a lógica da regulamentação de prevenção à lavagem de dinheiro. Além disso, a criminalização da negativa de serviços financeiros a certas classes de pessoas pode caracterizar violação dos princípios da igualdade e da liberdade de contratar das instituições financeiras.

¹¹ New York Times, 08.04.2023. *Banks are closing customer accounts, with little explanation*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2023/04/08/your-money/bank-account-suspicious-activity.html>>. Acesso em: 26 jun.2023.

¹² *High-Level Synopsis of the Stocktake of the Unintended Consequences of the FATF Standards*. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/en/publications/FinancialInclusionandnpoissues/Unintended-consequences-project.html>>. Acesso em: 26 jun.2023.

¹³ *AMLA: The Department of the Treasury's De-risking Strategy*. Lê-se do capítulo conclusivo do documento: “Nenhuma ação isolada do governo federal será uma panaceia para a questão da eliminação de riscos. Dito isso, ações coordenadas do governo federal podem fazer progressos significativos e ajudar a reduzir as consequências do risco. Um esforço colaborativo será muito mais eficaz do que qualquer coisa que o governo federal possa fazer por conta própria. As partes interessadas públicas e privadas devem encontrar maneiras de apoiar o esforço para lidar com as consequências adversas da eliminação de riscos”. Disponível em: <https://home.treasury.gov/system/files/136/Treasury_AMLA_23_508.pdf>. Acesso em: 26 jun.2023.

Sem prejuízo, o sensível tema do excesso na prevenção da lavagem de dinheiro merece discussão aprofundada por parte do Congresso Nacional, com a participação de reguladores e representantes dos setores obrigados ao mecanismo de controle.

5 Referências

BBC. *Discriminação de políticos: o que pode ser crime, segundo projeto aprovado na Câmara*. Edição de 15.06.2023. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/articles/ckrm4ez93930>>. Acesso em: 03 jul.2023.

COX, Dennis. *Handbook of Anti Money Laundering*. Chichester: John Wiley & Sons, 2014.

EUROPEAN BANK AUTHORITY. *Opinion of the European Banking Authority on 'de-risking'*. 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>. Acesso em: 29 jun.2023.

ESTADOS UNIDOS. Departamento do Tesouro. AMLA The Department of the Treasury's De-risking Strategy.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *High-Level Synopsis of the Stocktake of the Unintended Consequences of the FATF Standards*. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Financialinclusionandnpoissues/Unintended-consequences-project.html>>. Acesso em: 26 mar.2023.

NEW YORK TIMES. Edição de 08.04.2023. *Banks are closing customer accounts, with little explanation*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2023/04/08/your-money/bank-account-suspicious-activity.html>>. Acesso em: 26 jun.2023.

ZAVOLI, Ilaria; KING, Colin. The Challenges of Implementing Anti-Money Laundering Regulation: An Empirical Analysis. *Modern Law Review*, 84 (4), 2021.

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Gustavo A. Sabóia Vieira – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barbosa de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenação

Brunella Poltronieri Miguez – Revisão

João Cândido de Oliveira – Editoração

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Modena Lacerda

Pedro Duarte Blanco

Denis Murahovschi

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

CAVALI, Marcelo Costenaro. Incriminação da Negação de Serviços Financeiros a Pessoas Expostas Politicamente: solução para o overcompliance ou privilégio odioso? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho 2023 (**Boletim Legislativo nº 103, de 2023**). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 11 julho. 2023.

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

Senado Federal

Anexo II, Bloco A, Ala Filinto Müller, Gabinete 13-D

CEP: 70165-900 – Brasília – DF

Telefone: +55 61 3303-5879

E-mail: conlegestudos@senado.leg.br

Os boletins Legislativos estão disponíveis em:

www.senado.leg.br/estudos