Análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro por instituições financeiras: construção de uma ferramenta para identificação e mitigação dos riscos decorrentes da utilização de dados compartilhados

Analysis and detection of evidence of money laundering by financial institutions: building a tool to identify and mitigate risks arising from the use of shared data

Alessandro Fernandes[1]

João Zani[2]

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Discorre-se sobre os impactos do compartilhamento de dados cadastrais pelas instituições financeiras, regulado pelo *Open Banking*, sobre o processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro. Em função de seus objetivos conduziu-se este estudo como uma pesquisa de campo, com abordagem exploratória e de natureza qualitativa, utilizando como instrumento de coleta de dados a aplicação de entrevistas semiestruturadas. O tratamento destes dados se deu com base na análise de conteúdo. Com base nestes dados realizamos uma matriz de risco, identificando e valorando as possíveis fragilidades apontadas nesta análise, e com base nos dados identificados nesta matriz, aplicaremos o método 5W2H como ferramenta de mitigação de riscos.

[1] Mestre em Gestão em Negócio pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Pós-Graduando em MBA em Gestão de Instituições Públicas pela Instituto Federal de Rondônia, MBA em Direito do Agronegócio pela Faculdade Legale, Pós-Graduação Lato Sensu em Gestão de Risco e Cibersegurança pela Faculdade Focus, Pós-Graduação Lato Sensu em Lei Geral de Proteção de Dados pela Faculdade Legale.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0356-2565.

[2] Professor adjunto, dedicando-se a projetos de pesquisa e ao ensino em nível de Pós-Graduação, em cursos da Escola de Gestão e Negócios da Universidade do Vale do Rio do Sinos. Coordenador do Comitê de Riscos do Conselho de Administração do Banrisul. Doutor em Administração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade de Caxias do Sul.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3096-2898 .

Palavras-chaves: Compartilhamento de Cadastros. Lavagem de Dinheiro. Cegueira Deliberada. Gestão de Risco. Apetite de Risco

Abstract: Discusses the impacts of sharing registration data by financial institutions, regulated by Open Banking, on the process of analysis and detection of evidence of money laundering. Due to its objectives, this study was conducted as a field research, with an exploratory approach and of a qualitative nature, using the application of semi-structured interviews as a data collection instrument. The treatment of these data was based on content analysis. Based on these data, we created a risk matrix, identifying and valuing the possible weaknesses identified in this analysis, and based on the data identified in this matrix, we will apply the 5W2H method as a risk mitigation tool.

Keywords: Registration Sharing. Money Laundering. Deliberate Blindness. Risk Management. Risk Appetite

1. Introdução

A adoção pelo Banco Central da Agenda BC#, que busca preparar o sistema financeiro para um futuro tecnológico e inclusivo, modernizando a infraestrutura financeira brasileira (LAPIN, 2020; NETO, 2020).

Open Banking é um sistema de compartilhamento de dados bancários que, na visão da atual equipe econômica, poderá fomentar uma maior concorrência no mercado financeiro brasileiro, colocando bancos e *fintechs* em uma relação de igualdade na disputa pelos clientes. Sob a ótica concorrencial, é um processo de equalização das condições competitivas entre agentes do mercado financeiro.

Uma das principais medidas do *Open Banking*, buscando reduzir a burocracia e o custo de troca entre instituições financeiras, e a possibilidade de compartilhamento de cadastros bancários entre instituições financeiras. De que forma o controle e prevenção ao crime de lavagem de dinheiro será impactado por esta regra de compartilhamento é a questão que motiva este estudo.

Reforça-se a pertinência do tema, uma vez que o processo de armazenar informações de seus clientes, chamado de *know your customer* (conheça seu cliente) é uma das principais obrigações estabelecidas na Lei 9.613/98, conforme se percebe pela leitura do Artigo 10°, I:

> Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:
> I - Identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;
> (…). (BRASIL, 1998).

O principal objetivo do presente trabalho é analisar os impactos da adoção do *open banking* no processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro por parte das instituições bancárias, identificando os riscos decorrentes e estratégia para mitigá-los.

O próprio Banco Central do Brasil (BACEN) estabeleceu, no artigo 2° de seu Comunicado n. 33.455, que a adoção do *Open Banking* não poderá prescindir da segurança do sistema financeiro e a proteção dos consumidores, cabendo o questionamento: o compartilhamento dos dados dos correntistas não poderá fragilizar o processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro (PLD).

Em função de seus objetivos conduziu-se este estudo como uma pesquisa de campo, com abordagem exploratória e de natureza qualitativa, utilizando como instrumento de coleta de dados a aplicação de entrevistas semiestruturadas com autoridades financeiras responsáveis pela detecção e prevenção dos indícios da ocorrência do ilícito de lavagem de dinheiro. O tratamento destes dados se deu com base na análise de conteúdo.

Com base nestes dados realizamos uma matriz de risco, identificando e valorando as possíveis fragilidades apontadas nesta análise, e com base nos dados identificados nesta matriz, aplicaremos o método 5W2H como ferramenta de mitigação de riscos.

2. Lavagem de dinheiro

A Lei 9.613/1998 resumiu, então, de forma breve e direta, o conceito de lavagem de dinheiro em seu Artigo 1°, *in verbis*, já com as alterações impostas pela Lei 12.683/2012:

> Art. 1. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (BRASIL, 1998).

Esta legislação foi dotada de uma tripla natureza jurídica, uma vez que contém dispositivos relacionados ao controle administrativo de setores sensíveis à prática de lavagem de dinheiro, outros relacionados ao direito penal material (quando tipificam tipos penais e suas respectivas penas) e, por fim, tratam ainda de regras de direito processual penal, quando tratam dos meios de provas e institutos de persecução penal do referido delito (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

Convém ainda ressaltar que este crime tem características próprias, não se limitando a abordar exclusivamente regras de direito penal. O conhecimento jurídico do tema abrange o estudo complementar de leis, decretos, regulamentos e portarias que dialogam com áreas específicas de direito constitucional, processual penal, internacional, administrativo, bancário, financeiro, econômico, empresarial e civil (BARROS, 2012). Cabe, ainda, o esclarecimento de que a lei brasileira não tipifica uma modalidade de lavagem de dinheiro, mas diversas formas da prática delitiva, cada qual com suas especificidades e peculiaridades (BOTTINI, 2017).

Discute-se a eficácia da regulação de mercado e o papel que podem exercer as normas penais, abrindo o questionamento se seria possível regular o funcionamento dos mercados por meio da aplicação prática de normas penais e quais os tipos de impacto regulatório elas podem alcançar (SAAD-DINIZ, 2014).

Para controlar todos os atos financeiros e comerciais usados para mascarar diversos bens, o Brasil adotou um sistema de colaboração compulsória entre o setor público e o privado, em que profissionais e entidades que trabalham em setores mais usados por criminosos para ocultação de recursos devem notificar autoridades públicas sempre que tomarem conhecimento de operações suspeitas, como transações com altos valores em espécie ou depósitos fracionados. Estes setores são caracterizados com *gatekeepers* (torres de vigias), uma vez que atuam em setores econômicos que servem de trilha para o capital oriundo dos delitos antecedentes (BADARÓ; BOTTINI, 2016; RIOS 2010).

Assim, as instituições financeiras, com outros ramos, têm obrigação de colaborar com o Poder Público e comunicar atos de possível ocultação de bens ilícitos, sujeitando a sanções por não observância da regra (BOTTINI, 2019).

3. Open banking

O BACEN (2019b), através do Comunicado 33.455, conceituou *Open Banking* da seguinte forma:

> O Open Banking, na ótica do Banco Central do Brasil, é considerado o compartilhamento de dados, produtos e serviços pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas, a critério de seus clientes, em se tratando de dados a eles relacionados, por meio de abertura e integração de plataformas e infraestruturas de sistemas de informação, de forma segura, ágil e conveniente (BACEN, 2019b).

Segundo expectativas do Banco Central, as iniciativas de *Open Banking* podem fazer com que, ao compartilhar as informações mantidas por bancos incumbentes para outras instituições financeiras, acabem por proporcionar melhores produtos e serviços financeiros, aumentando a eficiência do sistema bancário e a competição no setor (DAMASO, 2019; ORNELAS, SILVA, VAN DOORNIK, 2020), reforçando um princípio consagrado na recém aprovada LGPD: o dono dos dados é o indivíduo (BRASIL, 2018; LAPIN, 2020). Aplicando, assim, o trinômio portabilidade-interoperabilidade-proteção de dados pessoais, garantindo e estimulando a concorrência do mercado financeiro sem fragilizar a privacidade dos dados pessoais (TRINDADE, 2021).

Os benefícios do aporte de novas tecnologias para a prestação de serviços financeiros são extremamente positivos, garantindo celeridade r menos burocracia nas transações, possibilitando acesso de uma parcela da sociedade ainda desbancarizada, porém esta flexibilização dos controles pode facilitar a utilização das redes de agências para práticas ilícitas (BOTTINI, 2021).

4. Riscos decorrentes das falhas de controle

A vinculação de uma instituição financeira, ainda que inadvertida, com esquemas criminosos que utilizam suas estruturas para a ocorrência de um crime (como o de lavagem de dinheiro), pode implicar sérios prejuízos, muito além dos financeiros. Sua reputação sofrerá abalos por ter participado da legalização de recursos provenientes de atividades ilícitas, imputando a reputação de permissividade e tolerância com clientes inidôneos. Por esse motivo, elas tomaram medidas cabíveis a fim de prevenir administrativamente a ocorrência destes ilícitos, sob pena de terem sua credibilidade afetada no mercado ou ainda sofrerem pesadas sanções (CALLEGARI; WEBER, 2017; COELHO; DUARTE, 2000; RIZZO, 2016). Um grande banco norte-americano, ao ser auditado pelo *Controller of the Currency*, dos Estados Unidos da América, teve identificada deficiências em seu setor de prevenção e controle à lavagem de dinheiro, criando desgaste de sua imagem perante o mercado e o público em geral (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

Este prejuízo não é limitado à imagem das empresas. Uma pesquisa utilizando dados coletados por uma empresa global de recolocação de executivos demonstrou que gestores cujos currículos apresentam passagens por empresas contaminadas por escândalos têm prejuízo em

sua recolocação no mercado de trabalho, mesmo que, claramente, não estejam envolvidos no problema. Um dos casos relatados refere-se à dificuldade em recolocar um executivo com passagens por um banco recentemente envolvido num escândalo, apesar de ele ter saído dez anos antes do início do problema (GROYSBERG et al., 2017).

Desta forma, é imperativo o desenvolvimento de controles internos e a implementação de uma cultura de prevenção à lavagem de dinheiro junto de todos os funcionários da organização. A prevenção da ocorrência deste crime é proporcional ao grau de aderência dos funcionários às ações de prevenção preconizadas (SILVA; MARQUES; TEIXEIRA, 2011).

Neste ponto deve agir o *compliance,* identificando possibilidades de problemas no funcionamento de uma empresa ou negócio, prevenindo a ocorrência de atitudes que possam gerar responsabilidades administrativas ou criminais, e implementando políticas para minimizar sua ocorrência (ROCHA; BOTTINI, 2018).

Compliance, derivado do termo inglês *comply*, é o ato voltado ao cumprimento das normas reguladoras de determinado setor, com a finalidade de evitar problemas jurídicos e de imagem decorrentes de falhas nos processos internos que exponham a instituição a atos de conflito com os atos regulatórios. Desta forma, a empresa não mais se limita a evitar o envolvimento consciente e direto com atos criminosos, mas também passa a realizar esforços em sua prevenção, com sistematização de dados e informações sobre clientes, funcionários e parceiros, colaborando de maneira eficaz com as autoridades (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

Seu conceito, já frequente nos cursos de administração, economia e gestão, tem adquirido também grande relevância nas áreas do direito penal e empresarial, principalmente após ser citado repetidas vezes no julgamento da Ação Penal 470 do STF (Mensalão). No ramo bancário, este tem sido um assunto recorrente após os mundialmente famosos escândalos de governança e a crise financeira de 2008, mesmo que ainda tenha se demonstrado ineficaz, focando principalmente no cumprimento de exigências legais, e não em sua efetividade (COIMBRA; MANZI, 2010; FRANÇA, 2019; FRANCO, 2018; SOLTES, 2018).

A aplicação de um programa de *compliance* não elimina por completo a possibilidade de ocorrência de prática de lavagem de dinheiro através da instituição, dada a possibilidade de agentes de má-fé encontrarem meios e formas de evitar ou burlar o monitoramento. Mas sua implementação pode, neste caso, impedir a responsabilidade penal, civil e administrativa de dirigentes em eventual descumprimento por parte de funcionários ou terceiros (BADARÓ; BOTTINI, 2016).

5. Metodologia

O presente trabalho, em função de seus objetivos, conduziu-se como uma pesquisa de campo, com abordagem exploratória e de natureza qualitativa, utilizando como instrumento de coleta de dados a aplicação de entrevistas semiestruturadas com autoridades financeiras e policiais responsáveis pela detecção e prevenção dos indícios da ocorrência do ilícito de lavagem de dinheiro. O tratamento destes dados se deu com base na análise de conteúdo.

Foram realizadas 13 entrevistas semiestruturadas, onde optamos por manter anonimizados os dados de todos os respondentes e das instituições financeiras às quais estes estão vinculados, conforme detalhado no Quadro 1:

Quadro 1 – Detalhamento dos Respondentes

Detalhamento dos Respondentes	
Respondente 1	Advogado vinculado à instituição financeira pública de atuação nacional e integrante de Grupo de Trabalho, dedicado à adoção do *Open Banking*. Possui publicações nas áreas de *Open Banking* e de Política de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, além de ter participado da elaboração das recomendações da FEBRABAN no processo de Consulta
Respondente 2	Funcionário BACEN ocupando atualmente gerência adjunta no Departamento de Supervisão de Conduta – órgão responsável pela supervisão dos procedimentos de PLD nas Instituições Financeiras.
Respondente 3	Funcionária com seis anos de atuação na área de prevenção à lavagem de dinheiro, atualmente exercendo a função de coordenadora no acompanhamento de clientes PPE em uma instituição nacional. Trabalhava originalmente em uma instituição financeira de caráter internacional que foi adquirida pelo seu atual empregador
Respondente 4	Delegado de Polícia Federal desde o ano de 2002, tendo integrado forças-tarefa de combate a crimes financeiros, corrupção, crime organizado e lavagem de dinheiro, tais como a Força-Tarefa CC5 (Caso Banestado) e Operação Lava-Jato, com atuação como formador de instrutores de técnicas de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo da Organização dos Estados Americanos. Atualmente desempenha cargo de gestão da Interpol nas Américas.
Respondente 5	Funcionária de cooperativa de crédito de atuação nacional, porém com segmentação regional, com 12 anos de experiência na área de controles internos. Realizou intercâmbio de estudos sobre sistema de gestão de risco no segmento cooperativo de crédito alemão e holandês.
Respondente 6	Funcionário da CVM, vinculado ao Núcleo de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo, e atualmente membro titular do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro).
Respondente 7	Funcionário ocupando cargo de gerência executiva em um banco público de abrangência nacional, com 18 anos de experiência na prevenção à lavagem de dinheiro e desenvolvendo, ainda, a função de DPO nesta instituição. Ocupou anteriormente o cargo de Diretor do COAF por 11 anos e realizou avaliação de aderência a regulamentos do GAFI/FATF (Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo) no exterior.
Respondente 8	Funcionária com mais de 15 anos de experiência de segurança institucional em instituições bancárias, em especial implementação de novos modelos dentro das políticas de prevenção à lavagem de dinheiro, e atualmente dedicada à implementação do *Open Banking.*

Respondente 9	Procurador Federal com 25 anos de vínculo com o MPF, ex-membro da ENCCLA. Responsável pela coordenação da equipe do gabinete do procurador-geral da República nos assuntos ligados à lavagem de dinheiro da Lava Jato, com as pessoas detentoras de prerrogativa de foro.
Respondente 10	Advogado da AGU desde o ano de 2005 com atuação vinculada ao Departamento de Patrimônio e Improbidade, e atualmente membro titular do COAF. Leciona disciplina vinculada a "acordo de leniência" no Programa de Pós-Graduação da FGV Rio.
Respondente 11	Funcionária com 30 anos de experiência no setor bancário, passando por bancos de atuação nacional e internacional. Atualmente trabalha com treinamentos de prevenção e lavagem de dinheiro para instituições financeiras e áreas correlatas.
Respondente 12	Delegada da Polícia Civil do Estado do RS, desde 2009, responsável pela condução da operação "Deu Zebra" – maior operação policial de combate à lavagem de dinheiro do Estado do Rio Grande do Sul – e instrutora da disciplina de "Prevenção à Lavagem de Dinheiro" na ACADEPOL.
Respondente 13	Auditor da CGU desde 2006, exercendo atualmente cargo de coordenação junto à Secretaria de Combate à Corrupção. Membro titular do COAF.

Fonte: Elaborado pelos autores.

Da aplicação destes instrumentos, obtemos, utilizando o software N´vivo, a nuvem de palavra detalhada na Figura 1.

Figura 1 – Nuvem de Palavras

Fonte: Elaborado pelos autores.

Com base nestes dados realizamos uma matriz de risco, identificando e valorando as possíveis fragilidades apontadas nesta análise. A matriz de risco é uma importante ferramenta para identificação e mensuração qualitativa de riscos, definida pela composição das variáveis frequência (probabilidade) e severidade (impacto financeiro), associadas aos eventos de perda (fatores de risco) inerentes ao processo avaliado. Em geral, adota-se uma classificação

qualitativa para os níveis de frequência e de impacto, que poderá variar em função do processo avaliado, do porte da empresa, do segmento de mercado de atuação da empresa, dentre outros fatores, apresentando duas implicações práticas: a tomada de decisão sobre aceitação e a priorização do risco que precisa ser abordada em primeiro lugar (DUIJIM, 2015; MARSHALL, 2002; SPIRA, 2003).

A matriz de risco está concebida da seguinte forma: a) na coluna vertical está reportada a severidade do impacto do tema com ponderadores de severidade de 1 a 4, sendo que 1 representa impacto reduzido, 2 moderado, 3 severo e 4 impacto máximo com severidade crítica; b) na linha horizontal da matriz de risco está reportada a ponderação da frequência, também de 1 a 4, sendo o ponderador 1 para a frequência extremamente remota, 2 para remota, 3 provável e 4 frequência possível; c) o grau de intensidade será obtido pela multiplicação dos ponderadores frequência vezes severidade, na coluna e linha selecionadas para a ação proposta.

Já a pontuação e as cores indicam a dimensão de controle da ação indicada: a) verde significa controle reduzido; b) amarelo controle moderado; c) amarelo queimado controle severo; e d) vermelho, que constitui controle de situação crítica.

Com base nos dados identificados nesta matriz, aplicaremos o método 5W2H como ferramenta de mitigação de riscos. O nome 5W2H vem das palavras em inglês: *what, why, who, where, when, how e how much*, e constitui-se como um instrumento vastamente utilizado para que se realize um plano de ação eficaz, possibilitando colocar em prática medidas mitigadores de eventuais riscos (SILVA, 2009).

Em função de se tratar de um estudo que pretende analisar as instituições financeiras de forma genérica, sem distinção de porte ou forma de funcionamento, optamos por não determinar valores necessários para implementação dos procedimentos de mitigação de risco, estabelecendo como "a determinar" para o campo *how much.*

6. Resultados e discussão

O compartilhamento de dados entre as instituições financeiras é regulado pelo Artigo 31 do da norma reguladora do *Open Banking*, *in verbis:*

> Art. 31. A instituição participante é responsável pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento de dados e serviços em que esteja envolvida, bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor (BACEN; CMN, 2020a).

Percebe-se, na leitura do Artigo 31, uma determinação para que a responsabilidade pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo das informações compartilhadas seja da "instituição participante". O Artigo segundo da dita resolução enumera um pequeno glossário com 12 "verbetes"[1] referentes à aplicação do novo regramento, definindo o conceito das figuras de "instituição transmissora de dados" (Art. 2, III) e "instituição receptora de dados" (Art. 2, IV), ficando silente sobre a definição de "instituição participante"[2]. Assim, parece que se trata de uma situação em que a responsabilidade pelo fato será solidária entre a instituição transmissora e a instituição receptora.

Quando questionado sobre o entendimento deste dispositivo legal, o respondente 1 frisou a má qualidade legislativa do texto, apontando para a necessidade de análise por legislação subsidiária, no caso a norma civil:

> *"(...) Então, esse é um problema sério, tá? Esse artigo, ele é muito ruim, muito mal escrito. Não esclarece nada e você tem um problema aí que é a responsabilidade civil que é... Enfim, é mantida pelo Código Civil, não é pela norma infralegal, pela*

[1] Art. 2º Para os fins do disposto nesta Resolução Conjunta, considera-se:
I - *Open Banking*: compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas;
II - cliente: qualquer pessoa natural ou jurídica, exceto as instituições de que trata o art. 1º, que mantém relacionamento destinado à prestação de serviço financeiro ou à realização de operação financeira com as instituições de que trata esta Resolução Conjunta, inclusive para a realização de transação de pagamento;
III - instituição transmissora de dados: instituição participante que compartilha com a instituição receptora os dados do escopo desta Resolução Conjunta;
IV - instituição receptora de dados: instituição participante que apresenta solicitação de compartilhamento à instituição transmissora de dados para recepção dos dados do escopo desta Resolução Conjunta;
V - instituição detentora de conta: instituição participante que mantém conta de depósitos à vista ou de poupança ou conta de pagamento pré-paga de cliente;
VI - instituição iniciadora de transação de pagamento: instituição participante que presta serviço de iniciação de transação de pagamento sem deter em momento algum os fundos transferidos na prestação do serviço;
VII - serviço de iniciação de transação de pagamento: serviço que possibilita a iniciação da instrução de uma transação de pagamento, ordenado pelo cliente, relativamente a uma conta de depósitos ou de pagamento pré-paga;
VIII - consentimento: manifestação livre, informada, prévia e inequívoca de vontade, feita por meio eletrônico, pela qual o cliente concorda com o compartilhamento de dados ou de serviços para finalidades determinadas;
IX - chamada de interface: requisição de dados e de serviços apresentada pela instituição receptora de dados ou iniciadora de transação de pagamento à instituição transmissora de dados ou detentora de conta;
X - assinatura de método: é a identificação única de cada método, que consiste na definição do nome do método, bem como dos parâmetros de entrada e saída em uma função de programação;
XI - transações de pagamento sucessivas: transações de pagamento realizadas entre os mesmos pagadores e recebedores de acordo com uma periodicidade, decorrentes de um mesmo negócio jurídico ou relação jurídica; e
XII - agregação de dados: consolidação de dados compartilhados de acordo com o disposto nesta Resolução Conjunta com a finalidade de prestar serviços aos seus clientes (BACEN, 2020a).

[2] A hipótese de má redação da norma perde força ao momento que a expressão poderia ter sido retificada no momento da edição da Resolução Conjunta n.º 2 (BACEN; CMN, 2020b).

> *resolução. Então, assim, é uma situação muito difícil essa, tá? Eu não tenho resposta que esclareça isso."*

Ressaltada a dificuldade de qualidade do texto legal, ainda assim podemos aprofundar a análise, considerando a utilização de um conceito intermediário entre a responsabilidade exclusiva do emissor e responsabilidade exclusiva do receptor dos dados, consolidando o entendimento de uma responsabilidade compartilhada. Para reforçar este entendimento, amparamo-nos novamente no entendimento retirado da aplicação do instrumento de pesquisa, junto ao respondente 1:

> *"(...) fato é que a instituição transmissora, ela se responsabiliza pela integridade do dado, é o que está aqui. A gente conseguiu excluir a veracidade, tá? Na primeira versão da consulta pública, o que a gente tinha aqui era a veracidade[3], além de tudo que está aqui. Aqui ficou a confiabilidade só. O que a gente consegue manter, o que a gente consegue definir aqui, é que o Banco Z transmitiu o que tinha no cadastro dele. Se o cadastro dele estava errado, ele também estava correndo esse risco, tá? Agora, foi por falha do Banco Z? Assim, todas essas questões, elas são mesmos limítrofes, tá? Como é que fica o princípio de know your client face ao Open Banking? O Know your client, mas quem... O know ficou lá na outra instituição e como é que eu vou "resaber", como é que eu vou... eu preciso reconhecer o meu cliente novamente. Essa responsabilidade continua sendo nossa como instituição receptora, o que a gente teve é só uma informação de que lá no Banco Z o cadastro é esse. A gente tem que enxergar as coisas de uma maneira bem conservadora, para esse tipo específico de situação que você tá colocando do princípio de know your client."*

Coube à Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN (2020) a sugestão de suprimir a responsabilização pela confiabilidade dos dados compartilhados. Já a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros de Capitais – ANBIMA (2020) sugeriu o desenvolvimento de ferramentas para estabelecer segregação de responsabilidades entre as instituições doadoras e receptoras de dados no âmbito do *Open Banking*, cabendo, assim, a ambos os participantes a adoção de procedimentos para validação e utilização das informações compartilhadas, sem grande êxito, uma vez que não ocorreram alterações significativas no texto constante da Resolução Conjunta n.° 1, conforme percebe-se pelo quadro comparativo abaixo:

Quadro 2 – Comparativo Regulamento de Compartilhamento de Cadastros *Open Banking*

[3] Da consulta do texto proposto pelo Edital de Consulta Pública 73/2019 não encontramos nenhuma relação à responsabilização por veracidade dos dados compartilhados, conforme relatado pelo respondente no trecho destacado. Em trecho posterior, ele se questiona sobre esta informação: *"Eu não tenho certeza se estava antes, tá? Não recordo como era a redação do texto antes da consulta pública."*

Redação prevista pelo Edital de Consulta Pública 73/2019	Redação final da Resolução Conjunta BACEN/CMN n.º 1
Art. 30. As instituições participantes são responsáveis pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento, bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor.	Art. 31. A instituição participante é responsável pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento de dados e serviços em que esteja envolvida, bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor.

Fonte: BACEN, 2019a; BACEN; CMN, 2020a.

Parece claro, pela simples leitura do texto, que a instituição recebedora dos dados cadastrados deverá tomar todas as providências para validar a veracidade dos dados compartilhados, não descartando a necessidade de novamente coletar novos documentos e declarações, até porque dados como renda e endereço comprovado devem ser regularmente atualizados. A manifestação do respondente 2 vem a reforçar este entendimento:

> *"(...) dando um palpite, assim, inicial sobre a sua principal questão, eu acho que a instituição não pode pegar cadastro de outra e confiar no que está ali, né? A partir do momento que você tem aquela pessoa como seu cliente, você passa a ser responsável por esse seu cliente, daquele cara ou aquela empresa que passou a se tornar seu cliente. Então, ele pode até utilizar a informação para capturar clientes no mercado, mas, a partir do momento que ele entrou ali, ele tem que passar pelos procedimentos de PLD. E aqueles que não fizerem vão estar se arriscando, né?"*

No mesmo sentido é o entendimento expresso pelo respondente 3:

> *"Tem que utilizar, tá. Olha, eu acho que eu... eu acho que daria para fazer um... talvez um double check, assim, um duplo controle, sabe? Como tem, por exemplo, em algumas instituições. Mas tem algumas instituições que elas aprovam a abertura das contas, então passa lá um PLD antes de abrir a conta. Eu acho que daria para fazer uma validação nesse sentido. Antes de você... quando você pede o cadastro, você faz ali uma validação rápida, porque eu acho que, por mais que você seja obrigado a utilizar, você pode estabelecer os teus parâmetros internos (...) porque cada banco tem o seu critério, né? Então, cada banco tem lá seu... a sua esteira de cálculo de renda, de como colocar data lá de atualização e eu não vejo, hoje, isso como uma alternativa muito segura. Eu acho que a gente... tanto que a gente nem pensa, ainda, em fazer utilização de cadastro para análise de prevenção à lavagem de dinheiro. Hoje, tá? Claro que isso é uma possibilidade, mas ainda tem que se estudar muito e tem que ter bastante estudo por trás, para ver se vale a pena utilizar ou se..."*

O respondente 4 resgata sua experiência na condução da operação policial que apurou lavagem de dinheiro no chamado "CC5/BANESTADO"[4], para atentar para a possibilidade de

[4] O Banco Banestado foi a porta de saída de recursos ilícitos para o exterior pelas contas autorizadas pela Carta Circular n° 5 (Contas CC5). As CC5 eram contas que podiam ser mantidas no Brasil por residentes no exterior

um risco sistêmico em caso de compartilhamento de cadastros bancários sem medidas eficazes para validação dos dados:

> *"É de fundamental importância, porque justamente todo o esquema de fraudes bancárias, evasão de divisas e lavagem de dinheiro que levaram à operação, à força-tarefa CC5 do caso Banestado, foi justamente em razão da fragilidade dos cadastros bancários, o que possibilitou que centenas de contas fossem abertas em nome de laranjas conscientes ou não, e assim o dinheiro circulava de uma conta para a outra, sempre entre laranjas e empresas de fachada ou fantasmas, para que dificultasse o rastreio do dinheiro, o objeto de crime que estava sendo lavado pelas autoridades incumbidas da investigação, especialmente pela Polícia Federal, Receita Federal, Banco Central do Brasil, o Ministério Público Federal. Então, essa questão do cadastro, ela é o primeiro passo para prevenir a lavagem de dinheiro é que a instituição bancária, (...) a partir do momento em que ela abre uma conta, antes disso, antes de abrir essa conta, ela deve se certificar com certeza de quem está abrindo a conta e se aqueles documentos são verdadeiros e retratam uma verdade declarada. Além da abertura de contas em nome de laranjas, é possível ainda ocorrer financiamentos de bens em nome de laranja e com isso esse prejuízo que as instituições financeiras têm com essas fraudes de financiamento, elas acabam diluindo o prejuízo delas para toda a sociedade que pratica algum relacionamento com instituições bancárias, ou seja, o prejuízo, ele é computado no momento de oferecimento de um empréstimo cujos juros serão de acordo com o risco (...) a gente identificou através de investigação que a abertura de contas por meio fraudulento, ou seja, em nome de laranja, em nome de terceiros que não têm conhecimento, ela ocorria principalmente a partir da corrupção ou do corrompimento ou da cooptação de gerentes de determinadas agências, tanto da capital quanto do interior. Então, a partir do momento em que alguém, ou que a organização criminosa ou que o falsário, o estelionatário, consegue amizade por interesse ou não de receber algo indevido por parte do gerente de uma agência, ou até de um funcionário que não seja gerente, essa fragilidade que se abre em uma determinada agência de um determinado banco, ela vai contaminar outros bancos que podem ser obrigados a receber um cadastro, que não foram eles que criaram."*

A preocupação com novos entrantes no mercado bancário, normalmente instituições que valorizam a ousadia e toleram falhas (HORN, 2016), está presente na manifestação da respondente 3:

> *"Eu tô falando daquele banco menor, mesmo, daquele banco que tá começando... aquela instituição financeira que acabou de virar a chave, ela já vai entrar no Open Banking. E daí, será que ela tem política o suficiente para bater o martelo e falar que aquilo lá é o que tá certo? Então, o maior risco de compliance que eu vejo hoje, no Open Banking, é isso mesmo, é a empresa... a empresa vai bater no peito e falar: 'Isso aqui eu conferi. Isso aqui tá certo'? Então, eu acho que ainda tem bastante discussão sobre esse assunto, tá?"*

e foram utilizadas por doleiros para cometer o crime de evasão de divisas e lavagem de dinheiro (VERLI, 2018).

Este mesmo sentimento é compartilhado pela respondente 5:

> *"A experiência que eu tenho com esses bancos digitais, ela não é positiva no que tange à prevenção de fraudes, né? Então, a gente tem maior facilidade nos clientes que eles abrem conta, então, eles abrem contas para... sem saber, claro, eles abrem conta para bandido tá aplicando golpe. Claro que o golpe seria materializado em qualquer instituição, mas é muito mais fácil abrir lá. Então, quando a gente descobre isso e tenta reaver, por exemplo, um recurso de um banco Z da vida, a chance de a gente reaver esse recurso é muito pequena. E quando a gente tá com bancos mais tradicionais, a chance é muito grande, porque o comprometimento das duas instituições, mesmo que seja algo informal, que a Febraban motiva que aconteça, essas Fintechs não têm esse mesmo nível de comprometimento. Então, eu acho que a parte de dificultar, de tornar o processo muito crítico, ela tem que acontecer, e não é para ter menos entrantes, mas é para que entendam que vocês estão jogando aqui, que é com dinheiro, que é com mercado financeiro, e tem que jogar sério."*

Um dos principais aspectos a ser considerado no momento de analisar a confiabilidade e a segurança dos dados e serviços compartilhados através do *Open Banking* é a análise da suposição de que as instituições participantes possuem diferença no apetite ao risco, no que tange à sua exposição a fragilidades nos procedimentos de controle e prevenção à lavagem de dinheiro.

O acordo de Basiléia III nos apresenta o conceito de apetite ao risco:

> *Tolerância ao risco pode ser definida como capacidade e resiliência da instituição em suportar o impacto de determinado risco materializado. O apetite ao risco diz respeito à pré-disposição dos acionistas em assumirem determinados níveis de exposição a risco independentemente de sua capacidade de suportar o seu impacto (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, 2011, p. 2).*

Esta hipótese foi abordada pelo respondente 6 quando avaliava as possíveis fragilidades aos instrumentos de Controle e Prevenção à Lavagem de Dinheiro em função do compartilhamento de cadastros por parte do *Open Banking*:

> *"(...) a gente tá falando de um sistema que vai ter que acomodar com um data pooling de informações, né? Isso daí envolve também a questão do risk based approach, tanto a norma de PLD do Banco Central como da nossa, tá? Porque eu tenho a possibilidade de dizer que toda instituição vai ter que me tirar o seu risco. Então, para isso, ele tem que identificar, ele tem que analisar, compreender e tirar o seu risco de lavagem, financiamento do terrorismo. Só que o risco é dele. Eu posso conviver com 20 instituições financeiras, que tem 20 apetites de riscos distintos, e nenhuma delas tá errada (...) eu tenho que ver o risco de ter que compartilhar essa informação, com autorização do cliente, com outras instituições, até porque eu posso ter quatro apetites de risco... vamos imaginar um pool com quatro bancos. Eu posso ter quatro apetites de riscos distintos, nenhum crime nisso, mas até que ponto ele ter*

> *um apetite de risco maior do que o meu pode gerar um risco maior para mim? Então eu, necessariamente, tenho que criar uma maneira de colocar isso também na matriz de risco."*

Durante a aplicação do instrumento de coleta de dados da respondente 3 este apetite foi novamente referido, neste caso em função de sua experiência profissional, pois trabalhava em uma instituição de atuação internacional, que teve suas operações no Brasil adquiridas por uma instituição financeira de atuação nacional:

> *"Eu vou te dar um exemplo: o Banco X, ele era sancionado internacionalmente, e o que que acontecia? Ele passava por uma auditoria nos Estados Unidos, se ele não cumprisse as regras, ele perdia o direito de operar com dólar. Como podemos ver, então o Banco X saiu do Brasil. Já o Banco Y é mais racional, então ele é muito voltado ao nosso parâmetro, ao nosso perfil de lavagem de dinheiro."*

Dentro de uma mesma instituição financeira também pode-se perceber uma variação do apetite de risco, como muito bem sublinhado pelo relato da respondente 5, funcionária de uma cooperativa de crédito de atuação nacional, porém com segmentação regional:

> *"Percebo (apetite de risco). A gente tem regionais que têm uma outra realidade. Eu, por exemplo, sou de uma regional que atua em região de fronteira, então a gente... eu não posso ter o mesmo apetite a risco de uma regional que não atua em região de fronteira, né? Isso eu acho que é premissa básica. Eu estou citando um fato específico da região de fronteira, mas outras realidades também determinam esta variação."*

Entretanto, a Circular BACEN n.º 3.978 (BACEN, 2020b) tratou da avaliação interna do risco em seu Capítulo IV, limitando a margem de flutuação entre o risco a ser adotado pelas instituições, conforme percebe-se pelo Artigo 10, abaixo transcrito:

> Art. 10. As instituições referidas no art. 1º devem realizar avaliação interna com o objetivo de identificar e mensurar o risco de utilização de seus produtos e serviços na prática da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo.
>
> § 1º Para identificação do risco de que trata o caput, a avaliação interna deve considerar, no mínimo, os perfis de risco:
>
> I - dos clientes;
>
> II - da instituição, incluindo o modelo de negócio e a área geográfica de atuação;
>
> III - das operações, transações, produtos e serviços, abrangendo todos os canais de distribuição e a utilização de novas tecnologias; e
>
> IV - das atividades exercidas pelos funcionários, parceiros e prestadores de serviços terceirizados.
>
> § 2º O risco identificado deve ser avaliado quanto à sua probabilidade de ocorrência e à magnitude dos impactos financeiro, jurídico, reputacional e socioambiental para a instituição.

> § 3º Devem ser definidas categorias de risco que possibilitem a adoção de controles de gerenciamento e de mitigação reforçados para as situações de maior risco e a adoção de controles simplificados nas situações de menor risco.
>
> § 4º Devem ser utilizadas como subsídio à avaliação interna de risco, quando disponíveis, avaliações realizadas por entidades públicas do País relativas ao risco de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo (BACEN, 2020b).

Em função da regulação do agente fiscalizador sobre o tema, e a necessidade de identificação e mensuração do risco, a respondente 7 minimiza grandes discrepâncias entre as políticas de controle em função do apetite ao risco:

> *"É muito parecido (apetite ao risco) por causa da atuação pesadíssima do Banco Central. Então, o Banco Central tem uma atuação muito pesada, então os bancos não querem hoje. Então, se você for pensar bem, teve grandes bancos aí que fecharam por causa de PLD, que deixaram de cumprir com as suas obrigações, né? Então, o risco de PLD, hoje, é muito grande. Então, os bancos não querem assumir esse risco, porque o risco, hoje... Porque assim, PLD, além de tudo, ele traz o risco para o CPF do diretor responsável, o diretor responde com o seu CPF e com seus bens. Então, isso é uma forma de o Banco Central pressionar, né?"*

No mesmo sentido foi a manifestação do respondente 8:

> *"Olha, do jeito que a gente é regulamentado e fiscalizado, então, tudo que... está sendo visto tudo isso, de que forma a gente vai atuar para não deixar essas lacunas, né? Eu estou entendendo o que você está falando, e é verdade, né? Um banco lá assume mais risco. Por exemplo, o Banco Z é muito conservador nesse ponto. Ele prefere... não sei se vai continuar assim, mas até então, prefere a burocracia do que assumir esse tipo de risco. E pode acontecer de receber um cadastro que não é tão grandes coisas, né? Eu acho que essa questão, ela é muito boa."*

Apetite de risco é a análise da suposição de que as instituições participantes possuem diferença no que tange à sua exposição a fragilidades nos procedimentos de controle e prevenção à lavagem de dinheiro. Porém a Circular BACEN n.º 3.978 (BACEN, 2020b), que discorre sobre a avaliação interna do risco, limita a margem de flutuação entre o risco a ser adotado pelas instituições financeiras, limitando, também, a severidade do impacto de sua ocorrência para moderado, porém sem limitar sua frequência, considerando o elevado volume de instituições aptas[5] a realizar compartilhamento de dados cadastrais e a existência de variação de apetite dentro das próprias instituições financeiras

[5] O Comunicado n.º 36.480 do BACEN listou 1.065 instituições que terão participação obrigatória no *Open Banking* (BACEN, 2020c).

Exigência maior ainda de cuidado na validação dos dados ocorre quando somos confrontados com documentos necessários para iniciar a relação negocial, e posteriormente os procedimentos para prevenção à lavagem de dinheiro, com operações que envolvam Pessoas Jurídicas, normalmente com exigências documentais ainda mais complexas, conforme fica claramente evidenciado pelo depoimento do respondente 7:

> *"Como você aferir que aquela empresa, ela arrecada um faturamento de 15 milhões, se um contador assinou? Mas como provar que ela de fato movimenta aquele tanto que ela fala que ela movimenta? Então, isso tem sido um problema, tá? Um problema para a gente, que a questão é isso, né? É um pouco isso que você falou. A instituição, muitas vezes, tá preocupada com risco de crédito e deixa, às vezes, o risco PLD, né? Porque assim, quando a gente fala dos grandes players, tudo bem, só que o Open Banking não vai ver só os grandes players, ele vai ter essas empresas pequenas que tão entrando aí, que a preocupação de PLD dela não é tão grande em relação aos demais, né? Então, isso é algo que a gente tem que trabalhar muito. Evitar empresa de fachada, evitar laranjas, porque, de fato, isso polui o sistema."*

Igual complexidade é vislumbrada em clientes que exploram a produção agropecuária, conforme bem anotou o respondente 9:

> "Então, um ponto crítico é o produtor rural. Produtor rural, ele é uma pessoa física atuando como pessoa jurídica, e a lei permite que esse cara faça isso, né? Fora o resto, leiloeiro, que também permite, numa PF tá operando como uma PJ. Então, esse tipo de situação pode deixar o ambiente um pouco mais frágil. No entanto, para você abrir uma conta, sei lá, é produtor rural, o crédito, o capital de giro desse cara tem que ser alto. Então, o que que normalmente é feito, para garantir isso? É feito uma diligência in loco, 'Deixa eu ver se o que ele tá declarando aqui, segundo as terras que ele tem, as posses que ele tem, faz sentido. Faz sentido liberar esse crédito aqui para pegar as entressafras'. E por aí vai. Então, existem formas de você garantir que aquilo é legítimo, né? E isso é o que acontece nos bancos. Não é simplesmente: ah, é produtor rural, sai abrindo conta, vamos confiar cegamente."

Da mesma forma, documentos de identificação pessoal necessitam possibilitar a identificação do portador, não servindo para aqueles que possuem fotos antigas ou que impossibilitem, por variados motivos, o reconhecimento facial, até em decorrência da parte final do Artigo 31 da Resolução Conjunta n.º 1, que determina: "bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor", cabendo às instituições buscar formas de mitigar o risco do compartilhamento, conforme demonstram as preocupações relatadas pelo respondente 10:

> *"Eu acho que fragiliza, na linha que eu referi antes, né? Eu acho que a clareza dos dados bancários, e cadastros bancários, eu acho que são fundamentais. Justamente se uma instituição pega um dado... vou utilizar uma expressão gaúcha: 'meio*

> *capengo', um dado meio capengo, mas ela aceita essa transação, e ela circula esse cadastro, outra empresa vai e sincroniza na mesma partida, no mesmo cadastro, me parece que isso é uma possibilidade sim, de fragilizar o adequado controle."*

Esta possibilidade de aproveitamento de cadastro de outras instituições, sem qualquer garantia sobre a veracidade dos dados, é foco de dúvidas pelas instituições financeiras, como se pode perceber pela manifestação do respondente 11, abaixo colacionada:

> *"Eu acho estranho isso, porque o cadastro tem que... pelo conhecimento que eu tenho, tem que ser interno do banco, né? Você pode usar bases de dados externas para enriquecer o teu cadastro (Compartilhamento de cadastros) É bem perigoso, porque como você não sabe quem fez ali, ele pode fazer um cadastro fake (...) já deveriam tá sendo feitos alguns questionamentos para quando entrar esse Open Banking, você ter uma regulamentação, tipo uma 3978[6] aí, para poder falar: 'Opa, isso pode, isso não pode', 'Isso eu tenho que tomar cuidado, isso não tenho.'"*

Mesmo que as regras de regulamentação do *Open Banking* entendessem que a "instituição receptora de dados" não teria responsabilidade pela confiabilidade, pela integridade, pela disponibilidade, pela segurança e pelo sigilo em relação ao compartilhamento de dados e serviços em que esteja envolvida, não existiria possibilidade de amparar-se a esta fragilidade para se abster de tomar as medidas para combate e prevenção à lavagem de dinheiro, conforme ficou claro no posicionamento do respondente 9:

> *"(...) quanto mais for detalhada a exigência do banco que recebe um cadastro de um cliente, inversamente proporcional vai ser a probabilidade de dar algum problema sob a ótica de controle, tá? Isso me parece uma postura simplória, mas bastante eficiente. Então, eu não tenho como identificar por desconhecimento, dado questões internas, o que é que poderia ser feito objetivamente para ter esse controle. Mas, quanto maiores dados a instituição financeira exigir, até em complemento ao que ela receber no cadastro, tanto menor será a probabilidade de ela ter problemas. E olha só o que é que eu tô dizendo, ela tem problemas, sob a ótica de fraudes para ela e sob a ótica de ela infringir as regras da legislação de lavagem de dinheiro, porque ela tem a obrigação de comunicar e não vai poder dizer o seguinte: 'Ah, mas eu recebi o cadastro e enfiei a cabeça'... A teoria da avestruz..."*

A Teoria da Avestruz realiza uma metáfora com o animal que, uma vez que se encontre em situação de perigo, esconde a sua cabeça como uma forma, inútil, de proteção: "o indivíduo que detém o dever de impedir o resultado (...) opta pela ignorância confortável, comportando-

[6] Referência à Circular BACEN 3.978/20.

se como avestruz, que enterra a cabeça na terra para não ver a luz do sol" (MAGALHÃES, 2014, pp. 179-180).

A doutrina recebeu esta teoria, fruto de construção jurisprudencial[7], denominando-a como cegueira deliberada, por meio da qual possibilita-se o enquadramento por lavagem de dinheiro daquele que, mesmo ciente da elevada possibilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado, ao agir de modo indiferente a este fato (CALLEGARI, BECK, 2012).

Professor Isidoro Blanco Cordero trata diretamente da figura do empregado bancário que opta pela ignorância confortável frente a sinais de ocorrência de ilicitude na relação comercial:

> Este problema ha sido ampliamente analizado por la doctrina en referencia a los empleados de entidades financieras. El empleado de banca que cumple las órdenes que le da un cliente que pretende blanquear su dinero puede ser impune si desarrolla su actividad con desconocimiento de su origen delictivo y sin infringir las obligaciones que le impone la ley. Ahora bien, si sospecha del carácter delictivo de los bienes, tiene un conocimiento casual de su origen o actúa por imprudencia grave, la misma acción del empleado de banca sería calificada como blanqueo de capitales. Es exclusivamente este conocimiento o desconocimiento imprudente el que convierte al empleado de banca de trabajador que desarrolla su actividad normal impune, en delincuente por razón del delito de blanqueo de capitales (CORDERO, 1997, p. 268).

Durante entrevista com a respondente 12, ao relembrar a condição da operação "Deu Zebra", recorda que foi requerida a condução coercitiva do gerente bancário em função do indicativo de "cegueira deliberada" no inquérito policial:

> *"O meu gerente bancário, esse que acabou entrando na organização, e ele foi conduzido coercitivamente no dia das prisões. Foi com base nessa teoria, na cegueira deliberada. Não é possível que o gerente de banco, que conhece a fama do cliente, tanto é que ele saiu na Zero Hora, eu acho, uns dois... três anos antes da operação, como um dos maiores bicheiros do estado. Não é possível que o gerente do banco não soubesse da origem dos recursos movimentados."*

Apesar da dificuldade de simplesmente transplantar a cegueira deliberada de seu contexto no direito penal da tradição *common law* (LUCHESSI, 2017), entende-se que a existência de sua culpabilidade ocorre quando existe um dever de conhecer não respeitado pelo agente, do qual se pode concluir que a ignorância do ato ilícito tenha uma carga de

[7] Embora se trate de construção da *common law*, o Supremo Tribunal Espanhol, Corte da tradição da *civil law*, acolheu-a, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, figura também presente no Direito brasileiro (BRASIL, 2013).

intencionalidade (LUBAN, 1999), refletindo a responsabilização que ocorrerá no caso de as instituições financeiras não tomarem as medidas cabíveis e esperadas para validação dos dados recebidos em caso de compartilhamento, em decorrência do regramento do *Open Banking*. Este é o entendimento que se aduz do trecho abaixo colacionado na manifestação do respondente 13:

> *"Se um banco grande, que tem áreas muito mais robustas de compliance, pegar um cadastro que parece incompleto, é um risco que a própria instituição financeira, maior, a de cliente, tá assumindo. E aí eu não acho que a solução seria o não compartilhamento do cadastro, em sentido estrito, ainda que isso seja uma possibilidade, mas, a partir do momento que eu tenho, por exemplo, uma lista única de PEPs, cada um tem o seu. Isso é a obrigação da própria empresa. Ela não vai conseguir se esquivar da obrigação de compliance dizendo: 'Ah, mas eu confiei no cadastro do meu terceirizado'. Então, a obrigação de compliance, ela é sempre do averiguado. Então, eu vejo, se uma empresa grande compra o cadastro de uma empresa pequena, uma fintech que só mexe com cartão de crédito, a chance, e não precisa ser grande, de fazer grandes exercícios de clarividência para saber que vai dar um problema em uma hora ou outra."*

A redação do Artigo 31 da Resolução Conjunta n.º 1 (BACEN; CMN, 2020), estabelece claramente uma responsabilidade compartilhada entre as instituições participantes, tanto as instituições transmissoras de dados como também as instituições receptoras, cabendo a esta tomar todas as medidas possíveis para validar a veracidade dos dados compartilhados, não descartando, inclusive, a necessidade de coletar novos dados para início ou manutenção do relacionamento negocial, frente ao elevado impacto que esta ocorrência pode ter sobre o processo de análise e prevenção à lavagem de dinheiro.

Figura 2 – Matriz de Risco

Matriz de Risco (Impacto x Frequência)			Frequência (Probabilidade de Ocorrência)			
			(1) EXTREMAMENTE REMOTA	(2) REMOTA	(3) PROVÁVEL	(4) POSSÍVEL
			1	2	3	4
Impacto (Severidade)	(4) CRÍTICO	4	4	8	12	Compartilhamento 16
	(3) SEVERO	3	3	6	9	12
	(2) MODERADO	2	2	4	6	8
	(1) REDUZIDO	1	1	2	3	4

DOI: 10.55689/rcpjm.2022.04.009 | ISSN: 2764-1899

Fonte: Elaborado pelos autores com base em ALLEN, 2013.

A frequência foi classificada como possível, uma vez que, com a entrada em vigor da segunda etapa do cronograma de *Open Banking*, esta medida se tornou rotineira e regulamentada, fazendo parte do dia a dia em uma instituição financeira. Esta normalidade e recorrência no compartilhamento de cadastro consiste inclusive em um dos principais propósitos do BACEN com a implantação do *Open Banking*, desburocratizando o sistema financeiro e diminuindo o custo de troca entre instituições financeiras.

A severidade do impacto constitui-se em um evento crítico, podendo, inclusive, como tratamos, tornar-se um risco sistêmico, colocando toda a eficácia do modelo de prevenção à lavagem de dinheiro em xeque, como no caso de compartilhamento de cadastros bancários sem medidas eficazes para validação dos dados. Esta criticidade pode ainda ser majorada em decorrência do apetite de risco adicional, suportado pela instituição detentora dos dados compartilhados.

Importante ressaltar que a análise da severidade parte do pressuposto de que, identificado maior apetite de risco pela instituição transmissora de dados, serão adotados controles e procedimentos adicionais para comprovação da veracidade dos dados, nunca o movimento contrário; ou seja, flexibilização de procedimentos quando percebidas aderências às regras de mitigação de risco por parte da instituição participante.

Além disso, as instituições financeiras e seus dirigentes, mesmo quando cientes da elevada possibilidade de a procedência ilícita dos recursos agirem de modo indiferente a este fato, poderão ser enquadrados pela ocorrência do ilícito de lavagem de dinheiro.

Quadro 3 – Método 5W2H

Método 5W2H – Compartilhamento de Cadastros		
5W	*What*	Criação de protocolo para verificação da veracidade dos dados compartilhados em decorrência do *Open Banking*.
	Who	Diretoria responsável pela condução do PLD e adaptação ao *Open Banking*.
	Where	Todas as unidades da instituição financeira.
	When	Medidas devem ser implementadas sempre que a instituição receber cadastros compartilhados.
	Why	Para manter abordagem baseada em risco aderente à implementação do *Open Banking*.
2H	*How*	Através da revisão de processos e procedimentos relativos ao PLD.

	How Much	A determinar.

Fonte: Elaborado pelos autores com base em SILVA, 2009

7. Considerações finais

O presente estudo buscou identificar e analisar, através da percepção de profissionais entrevistados, de que forma o controle vigente no processo de análise e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro, por parte das instituições bancárias, foi impactado em função da implementação das regras de *Open Banking* no sistema financeiro brasileiro. A partir dos dados coletados, também propusemos uma matriz de riscos para dimensionar, ponderar e classificar por intensidade os riscos de maior grau na gestão dos controles de lavagem de dinheiro.

Esta análise se faz necessária pela importância de as instituições financeiras determinarem a verdadeira identidade de seus clientes e implementarem mecanismos para verificar sua boa-fé, frente às obrigações de controle e prevenção à lavagem de dinheiro que estas são obrigadas a implementar.

Conforme percebermos da análise da Figura 2, o ponto de análise se localizara em quadrante de controle de situação crítica, necessitando que tanto as instituições financeiras como autoridades reguladoras se dediquem ao desenvolvimento de controles de elevada certeza, para garantir a mitigação dos impactos do *Open Banking* nos atuais procedimentos de prevenção e detecção dos indícios de lavagem de dinheiro.

Em função destes dados, percebe-se que a adoção do *Open Banking*, apesar de buscar simplificar e desburocratizar o sistema financeiro, não terá este impacto no processo de análise e detecção dos indícios da lavagem de dinheiro; pelo contrário, necessitará de adoção de medidas adicionais de controle, bem como de medidas de dupla verificação para garantir a veracidade e integridade dos dados.

Analisando cada um dos pontos de atenção em função da implementação do *Open Banking*, percebemos que nenhum dos cenários indica que sua adoção tende a inviabilizar os procedimentos atuais de controle, porém cada um destes pontos teve apurado seu grau de risco, através da utilização de matriz de risco, e apresentamos, utilizando análise baseada no método 5W2H, medidas necessárias para sua mitigação.

Necessitamos considerar ainda que a opinião apresentada pelos entrevistados pode refletir uma visão do passado em decorrência da coleta de dados, valorizando vivências pretéritas dos respondentes. E seria natural que o desconforto com a mudança impactasse suas

opiniões, uma vez que a necessidade de mudanças e adaptações a um novo cenário de transformações tecnológicas e regulamentais os retiram de uma zona de conforto e do *status quo*, redesenhando um processo em que os são hoje referências em suas instituições. Este desconforto pode ainda ter sido maximizado em função de os questionários terem sido aplicados antes da vigência da regra de compartilhamento de cadastros entre instituições financeiras.

A determinação dos valores (*how much*) necessários para implementação das providências apuradas pela aplicação do método 5W2H em cada instituição financeira também se constitui como limitação do presente trabalho, servindo de sugestão de pesquisa em estudos futuros.

Entendemos, ainda, que estudos futuros podem buscar uma metodologia, respeitando os limites da LGPD, que utilize dados disponíveis em redes sociais como forma de validação das informações cadastrais, analisando ainda as fragilidades decorrentes da existência de perfis falsos.

8. Referências

ALLEN, Chris. **Risky Bussiness**: How to Build a Risk Matrix [livro eletrônico]. 2013, 518 kb, ePub.

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Edital de Consulta Pública 73/2019:** Divulga propostas de atos normativos que dispõem sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*). Brasília: Banco Central do Brasil. 28 nov. 2019(a).

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado n. 33.455:** Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*). Brasília: Banco Central do Brasil. 24 abr. 2019(b).

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL; CMN - CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução conjunta n. 1, de 04 de maio de 2020:** Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*). Brasília: Banco Central do Brasil. Diário Oficial da União. 05 mai. 2020 (a). Ed. 84, sec. 1, p.34.

BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL; CMN - CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução conjunta n. 2, de 27 de novembro de 2020:** Altera a Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020, que dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*). Brasília: Banco Central do Brasil. Diário Oficial da União. 27 nov. 2020 (b). Ed. 228, sec. 1, p.45.

BADARO, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro**:** aspectos penais e processuais penais. **Revista dos Tribunais**. 3 ed. 2016. 400 p.

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/1998. 3 ed. **Rev., atual. e ampl**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. **Basel III:** a global regulatory framework for more resiliente banks and banking systems. Basel, Switzerland. Jun, 2011, 77 p.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro:** crime permanente ou instantâneo. Conjur. 03 mai. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3LdiJny. Acesso em 20 jan. 2022.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O bloqueio de bens de empresas em crimes de lavagem de dinheiro**. Conjur. 05 ago. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3gqlkfR. Acesso em 04 fev. 2022.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. ***Fintechs* e a lavagem de dinheiro**. *Fumus Boni Iuris*. 20 set. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3sGbpZp. Acesso em 07 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 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. Brasília: Diário Oficial da União. 04 mar. 1998.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**: Lei Geral da Proteção de Dados (LGPD), com redação dada pela Lei n. 13.853 de 08 de julho de 2019. Brasília: Diário Oficial da União. 15 ago. 2018.

CALLEGARI, André Luís; BECK, Francis Rafael. **A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro**. Anuário de Direito Penal Economico y de a empresa. pp. 179 - 192, 2012.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Francisco da Silva; DUARTE, Hélio Ribeiro. Sistema de controles internos (*compliance*). In: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, Ministério da Fazenda. Conselho de Controle das Atividades Financeiras. Escola Nacional Da Magistratura.

Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro. Brasília: CJF, 2000. pp. 48-57.
COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance**. São Paulo: Atlas, 2010.

CORDERO, Isidoro Blanco. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, vol. 50, Barcelona, 1997, pp. 263-292.

DAMASO, Otávio Ribeiro. Open Banking. In: BACEN - Banco Central do Brasil. **AGENDA BC#:** Competitividade**.** Brasília**.** Out. 2019.

DUIJIM, Nijs Jan. Recommendations on the use and design of risk matrices. **Safety Science**: Amsterdam, v. 76, pp. 21-31, jul. 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo, consequencialíssimo e *compliance*.** Revista dos Tribunais. 4. ed. 2019. 480 p.

FRANCO, Isabel. Os avanços do *Compliance* no Brasil. **Harvard Business Review Brasil**. Mai. 2018. p. 64.

GROYSBERG, Boris et al. O efeito do escândalo. **Harvard Business Review Brasil**, pp. 44-54. Abr. 2017.

HORN, Guilherme. Um mundo sem bancos. **Estado de São Paulo:** Link Estadão. 06 jun. 2016.
LABORATÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERNET. **Nota Técnica - *Open Banking***. Brasília: UNB. 31 jan. 2020. 20 p.

LUBAN, David, "Contrived Ignorance". **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**. 1751, 1999.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo:** o problema da chamada "cegueira deliberada". Curitiba: UFPR, 2017, 368 p (Tese Doutorado em Direito).

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, pp. 164- 186, jan. - abr. 2014.

MARSHALL, Christopher. **Medindo e gerenciando riscos operacionais em instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002, 480 p.

ORNELAS, José Renato Haas; SILVA, Marcos Soares da; VAN DOORNIK, Bernardus Ferdinandus Nazar. Informational Switching Costs, Bank Competition and the Cost of Finance. Brasília: Banco Central do Brasil. **Working Papers** n. 512. Jan. 2020. 53 p.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Direito Penal Econômico:** advocacia e lavagem de dinheiro: questão de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva. Série GVlaw; 2010. [livro eletrônico].

RIZZO, Maria Balbina Martins de. **Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro.** São Paulo: Trevisan Editora, 2016, 2. ed. atual. e rev. 299 p.

ROCHA, Marcelo; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Prevenção é o novo caminho para lidar com crises de reputação**. Conjur. 20 ago. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2Pq9wxw. Acesso em 20 dez. 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A nova lei de lavagem dinheiro: compreendendo os programas de criminal *compliance*. **Revista Digital IAB**, pp. 100-107. Jul. 2014.

SILVA, Glauco Garcia Martins Pereira. **Implantando a manufatura enxuta**: Um método estruturado. 157f. Dissertação (Mestrado em Engenharia da Produção). Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, UFSC, Florianópolis, 2009.

SILVA, Jorge Luiz Rosa da; MARQUES, Luis Fernando Bicca; TEIXEIRA, Rosane. Prevenção à Lavagem de Dinheiro em Instituições financeiras: avaliação do grau de aderência aos controles internos. **Revista Base (Administração e Contabilidade) da UNISINOS**, vol. 8, núm. 4, pp. 300-310. out., 2011.

SOLTES, Eugene. **Evaluating the Effectiveness of Corporate Compliance Programs**: Establishing a Model for Prosecutors, Courts and Firms, New York University Journal of Law and Business, 14, 3, 2018, pp. 965-1012.

SPIRA, Laura; PAGE, Michael. Risk management: The reinvention of internal control and the changing role of internal audit. **Accounting, Auditing and Accountability Journal**, v. 16, n. 4, pp. 640-661, 2003.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Open Banking:** Trinômio Portabilidade-Interoperabilidade-Proteção de Dados Pessoais no Âmbito do Sistema Financeiro. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 7, n.4, 2021, pp. 1159-1188.

VERLI, Fabiano. Câmbio, contas CC5 e normalização cambial**. Revista Interdisciplinar de Estudos Contemporâneos**, vol. II, ed. 07, pp 14-29, 2018.