

Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO ADMINISTRATIVO

MPRJ Nº 2019.0000764174

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do Ofício CSI nº 766/2019, da Coordenadora de Segurança e Inteligência, no qual solicita à Chefia Institucional orientação acerca da atuação daquele órgão de inteligência no que tange à análise, realizada pelo seu Laboratório de Combate à Lavagem de Dinheiro, dos Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs), elaborados pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, após decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal que determinou a suspensão dos inquéritos policiais e procedimentos de investigação criminal em tramitação nos ramos do Ministério Público brasileiro, instaurados a partir de informações constantes dos RIFs, quando não obtidos a partir de autorização judicial, até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP.

Considerando que a consulta formulada foi dirigida à Chefia Institucional, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica para manifestação.

II

Em 15 de julho de 2019, o Presidente do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, com repercussão geral reconhecida, que pode ser dividida em dois aspectos distintos: um afeto ao tema objeto de discussão na relação processual, com base no art. 1.035, §5º, do CPC, que permite a suspensão dos processos judiciais em andamento, e outro estranho a essa relação processual, “com base no poder geral de cautela”, que o Presidente entendeu possuir no caso concreto.

O dispositivo da decisão proferida tem o seguinte teor:

1) determino, nos termos do art. 1.035, §5º, do CPC, a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral;

2) determino, com base no poder geral de cautela, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PICs), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADIs nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de minha relatoria, jul. 24/2/16, DJe 21/10/16).

O tema referido no item 1 da decisão possui os seguintes contornos, *verbis*:

Constitucional. Processual penal. Compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pelo fisco no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem a intermediação do poder judiciário. Transferência de informações em face da proteção constitucional da intimidade e do sigilo de dados. Art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. Questão eminentemente constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera do interesse público tema com repercussão geral.

Apesar de o tema, teoricamente, delimitar o âmbito de apreciação judicial, a decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal foi proferida a partir de petição protocolizada pela defesa do Senador Flávio Nantes Bolsonaro, investigado em procedimento investigatório criminal instaurado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, cujos indícios iniciais foram obtidos a partir de informações constantes dos Relatórios de Inteligência Financeira elaborados e encaminhados pelo COAF.

De acordo com a defesa do Senador, a questão suscitada apresenta evidente similitude com a matéria objeto do Tema 990 de repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário em epígrafe, motivo pelo qual requereu a suspensão da tramitação do procedimento investigativo instaurado pelo MPRJ, bem como os seus respectivos desdobramentos judiciais, até que o Plenário julgue o mérito da questão, cuja pauta está prevista para o dia 21 de novembro de 2019.

Em sua manifestação incidental, aduziu a defesa do Senador que “o D. MPRJ utilizou-se do COAF para criar ‘atalho’ e se furtar ao controle do Poder Judiciário.

Sem autorização do Judiciário, foi realizada devassa, DE MAIS DE UMA DÉCADA, nas movimentações bancárias e financeiras do Requerente em flagrante burla às regras constitucionais garantidoras do sigilo bancário e fiscal. Houve extrapolação da autorização de compartilhamento de informações entre o MPRJe o COAF e, até mesmo, quanto ao tipo e à forma de obtenção de dados pelo próprio COAF”. Diante disso, segundo a defesa, o procedimento criminal instaurado pelo Parquet fluminense seria nulo desde seu nascedouro.

Em sua decisão, assinalou o Ministro Presidente que: (i) o *juízo das ações diretas de inconstitucionalidade pelo Plenário, no qual se reconheceu a constitucionalidade da LC nº 105/2001¹ (ADIs nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, todas de minha relatoria, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16), foi enfático no sentido de que o acesso às operações bancárias se limita à identificação dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, ou seja, dados genéricos e cadastrais dos correntistas, vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou [a] natureza dos gastos a partir deles efetuados, como prevê a própria LC nº 105/2001;* (ii) *a depender do que se decidir no paradigma da controvérsia, o risco de perseguições penais fundadas no compartilhamento de dados bancários e fiscais dos órgãos administrativos de fiscalização e controle com o Ministério Público, sem o adequado balizamento dos limites de informações transferidas, podem redundar em futuros julgamentos inquinados de nulidade por ofensa às matrizes constitucionais da intimidade e do sigilo de dados (art. 5º, incisos X e XII, da CF);* (iii) *esses argumentos levam-me a concluir pela necessidade de se aplicar o disposto no art. 1.035, §5º, do CPC, de modo a suspender o processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o assunto discutido nestes autos. Penso que, dessa maneira, impede-se a multiplicação de decisões divergentes ao apreciar o mesmo assunto. A providência também é salutar à segurança jurídica;* (iv) *de mais a mais, forte no poder geral de cautela, assinalo que essa decisão se estende aos inquéritos em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADIs nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de minha relatoria, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16);* (v) *com base nos fundamentos suso mencionados, considerando que o Ministério Público vem promovendo procedimentos de investigação criminal (PIC), sem supervisão judicial, o que é de todo temerário do ponto de vista das garantias constitucionais que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, revela-se prudente ainda suspender esses procedimentos que tramitam no território nacional e versam sobre o mesmo tema, de modo a evitar eventual usurpação de competência do Poder Judiciário;* destacou, por fim, que (vi) *a decisão não atinge as ações penais e/ou procedimentos investigativos (Inquéritos ou PICs), nos quais os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, que foram além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, ocorreram com a devida supervisão do Poder Judiciário e com a sua prévia autorização.*

¹ Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

Como se constata, a relação processual na qual foi proferida a decisão discute o compartilhamento, com o Ministério Público, de dados bancários e fiscais pelo fisco, os quais foram obtidos com base na Lei Complementar nº 105/2001, que, em seus arts. 5º e 6º, dispôs sobre o repasse, à administração tributária, de informações sobre as operações financeiras, as quais ficariam restritas à *"identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados."* Não é por outra razão que o Ministro Presidente se valeu justamente dessas expressões, fazendo menção à *identificação dos contribuintes* e aos *valores globais*. Ainda, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade desse repasse: Pleno, ADI nº 2.859/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 24/02/2016, DJ de 21/10/2016.

O que parece ter passado despercebido ao Ministro Presidente é que o COAF atua a partir de parâmetros normativos substancialmente distintos e tem uma funcionalidade diversa daquela que recai sobre o fisco, atuando na repressão à lavagem de dinheiro. Vale lembrar que a Lei Complementar nº 105/2001, em seu art. 2º, §6º, dispõe que *"o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, de que trata o art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei."* Este último preceito, por sua vez, faz menção ao dever de ser dispensada *"especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei ou com eles relacionar-se"*. O preceito, como se percebe, faz menção às *"operações"*, que devem ser concebidas em sua individualidade, não guardando qualquer relação, portanto, com a concepção de *"montantes globais"*, que somente interessa ao fisco. A Lei Complementar nº 105/2001, em seu art. 1º, §3º, IV, também dispõe que não constitui violação de sigilo a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, *"abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática ilícita"*.

Como já tivemos oportunidade de afirmar², a constatação de que certas espécies de ilícitos, quer em razão de sua pulverização no tecido social, quer em decorrência do respectivo *modus operandi*, não se exauriam com a simples prática da conduta vedada, gerando um proveito econômico que não só recompensava o autor do ilícito, como realimentava o sistema, tornou necessário o redimensionamento dos mecanismos tradicionais de coibição. O refinamento das organizações criminosas exigiu fosse instituída uma segunda ordem de ilícitos, cujo objetivo primordial seria impedir a utilização, mansa e pacífica, do capital auferido com a prática de condutas ilícitas.

As primeiras iniciativas, com especial realce para o sistema norte-americano (Lei Ricco, de 1986), buscaram intensificar o combate ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, tipificando, penalmente, os atos voltados à concessão de uma aparência de licitude ao capital de origem ilícita. As dificuldades encontradas na coibição do tráfico propriamente dito seriam enfrentadas com a retirada do proveito econômico

² Cf. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 388.

obtido com a sua prática. Coibia-se, assim, a denominada *lavagem* ou o *branqueamento* de dinheiro. Lava-se ou branqueia-se o que está sujo com o objetivo de limpá-lo.

No plano internacional, merece referência a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, celebrada em Viena, em 20 de dezembro de 1988³. Além de dispor sobre a necessidade de tipificação penal da lavagem de dinheiro, essa Convenção teve o mérito de traçar os primeiros lineamentos de um sistema de inteligência e cooperação, voltado ao mapeamento das operações de origem suspeita. Para tanto, previa a criação de agências governamentais, em cada um dos Estados-partes, com a atribuição de combater a lavagem de dinheiro. São as Unidades Financeiras de Inteligência (*Financial Intelligence Units - FIU*). Essas estruturas podem apresentar contornos bem diversificados, como o judicial, o administrativo, o policial ou investigativo e o misto, o mesmo ocorrendo em relação aos seus poderes, que podem abranger a quebra de sigilo de dados e a decretação de indisponibilidade de bens, a exemplo do que se verifica na Alemanha e no Reino Unido, ou limitar-se ao recebimento, análise e repasse de informações. O importante é que possuam autonomia e centralizem a informação, de modo a evitar que a sua fragmentação comprometa o juízo de valor a ser realizado. Essas são as diretrizes estabelecidas pelo Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI)⁴, organização intergovernamental criada em 1989 e que busca desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais na área, e pelo Grupo Egmont, que se reúne desde 1995 e tem por objetivo estimular a cooperação entre as Unidades de Inteligência Financeira.

No âmbito das Comunidades Europeias, a Diretiva nº 91/308/CEE dispôs sobre a “prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais”, motivando a inserção de alterações nas ordens jurídicas dos Estados-membros. Em 2001, além da ampliação do rol de crimes antecedentes, sendo alcançados todos os crimes graves (incluindo o terrorismo e a fraude contra as finanças da Comunidade), o controle passou a ser direcionado não só ao setor financeiro, como, também, àqueles setores mais propícios à utilização para a lavagem de dinheiro (*v.g.*: auditorias externas, atividade notarial, advocacia, comércio de pedras e metais preciosos, obras de arte, transporte de valores e cassinos).

A partir da constatação de que a configuração da lavagem de dinheiro pressupõe a prática de um ilícito antecedente, a doutrina tem agrupado os distintos sistemas existentes em três gerações, conforme a amplitude conceitual dos ilícitos que podem redundar na lavagem de dinheiro. Nos sistemas de primeira geração, o ilícito (penal) originário é tão somente o tráfico de entorpecentes, o que afasta a caracterização da lavagem de dinheiro a partir da prática de qualquer outro. Nos de segunda geração, que absorvem a maioria dos países, há uma relação de crimes que podem culminar com a lavagem de dinheiro. Nos de terceira geração, por sua vez, do que é exemplo o art. 305 do Código Penal suíço de 1990, a lavagem de dinheiro (*blanchissage d'argent*) pode ser antecedida pela prática de qualquer crime⁵.

³ A Convenção foi ratificada, no Brasil, por meio do Decreto nº 154, de 26/6/1991.

⁴ Vide Recomendação nº 26, de 2003.

⁵ O Código Penal francês, com as alterações promovidas pela Lei nº 96.392, de 13 de maio de 1996, fala genericamente em bens oriundos de crime ou delito (art. 324-1). O Código Penal espanhol, de 1995, fala em bens que tenham “*su origen en un delito grave*” (art. 301, 1).

O Brasil, como se sabe, esteve incluído nos sistemas de segunda geração. Afinal, a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro) optou por relacionar um rol de ilícitos penais, entre os quais os crimes contra a Administração Pública, que deveriam ser vistos, disjuntivamente, como *condictio sine qua non* à tipificação do crime de lavagem de dinheiro. Somente com o advento da Lei nº 12.683/2012, que introduziu alterações no referido diploma legal, é que o País passou a ser incluído nos sistemas de terceira geração, de modo que qualquer infração penal, mesmo que ainda não tenha sido objeto de julgamento, pode configurar o ilícito antecedente.

No direito brasileiro, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) é a Unidade Financeira de Inteligência a que se refere a Convenção de Viena, criado pela Lei nº 9.613/1998 (art. 14) e integrante do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883/1999 e regulamentado por decreto do Presidente da República. Foi adotado o modelo administrativo, não detendo o COAF poderes jurisdicionais e não realizando atividades investigativas. Seus membros são livremente escolhidos pelo Poder Executivo, o que pode torná-lo suscetível a ingerências de ordem política.

As atividades do COAF são primordialmente direcionadas à identificação de operações suspeitas e à comunicação às autoridades competentes. Em caráter suplementar, supervisiona as atividades de setores que não contam com órgãos próprios destinados a esse mister (v.g.: o sistema financeiro nacional é controlado pelo Banco Central do Brasil).

Compete ao COAF elaborar os Relatórios de Inteligência Financeira (RIF), que são direcionados, nos termos do art. 15 da Lei nº 9.613/1998, às autoridades competentes para investigar os ilícitos praticados, o que é feito por meio do Sistema Eletrônico de Intercâmbio - SEI-C. A sua atuação é subsidiada pelas comunicações realizadas pelos setores obrigados, integrados pelas pessoas físicas e jurídicas que desenvolvam as atividades referidas no art. 9º, a exemplo de instituições financeiras, fundos de previdência complementar, comércios de bens de luxo ou de alto valor etc. Essas comunicações são subdivididas em *comunicação de operação suspeita*, em que o obrigado identifica indícios da prática de ilícito, e *comunicação de operação em espécie*, que decorre de movimentações em dinheiro acima do valor estabelecido nas normas de regência e é objeto de encaminhamento automático.

O COAF também pode atender aos pedidos de informação das autoridades destinatárias dos RIFs, o que reflete mero desdobramento da competência que lhe é própria: ao invés de agir de ofício, atua mediante provocação. Essa possibilidade, aliás, foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir que “a mera solicitação de providências investigativas é atividade compatível com as atribuições constitucionais do Ministério Público. Se a legislação de regência impositivamente determina que o COAF ‘comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito’ (art. 15 da Lei nº 9.613/1998), seria contraditório impedir o Ministério Público de solicitar ao COAF informações por esses mesmos motivos” (1ª Turma, RE nº 1.066.844/SP AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 12/12/2017, DJ de 23/02/2018).

Os RIFs irão subsidiar a análise das autoridades responsáveis pela investigação penal, Ministério Público ou Polícia Judiciária, inclusive em relação ao possível requerimento, ao Poder Judiciário, de quebra de sigilo bancário ou fiscal.

Na medida em que o COAF não está sujeito ao disposto no art. 5º, §2º, da Lei Complementar nº 105/2001, é evidente que jamais poderia cumprir a exigência de que as comunicações se limitassem a indicar os dados do contribuinte e os valores globais movimentados. A menção aos valores globais, em se tratando da administração tributária, é mais que justificável, pois, considerando um determinado lapso temporal, serão indicativos de capacidade econômica e poderão ser utilizados como base de cálculo de tributos. Já em relação ao COAF, as operações suspeitas são normalmente identificadas de modo individualizado, ainda que, concebidas em seu conjunto, possam reforçar o seu caráter ilícito. Não bastasse isto, a aplicação, ao COAF, do disposto no art. 5º, §2º, na parte em que veda *“a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados,”* é simplesmente inusitada, pois a persecução penal exigirá justamente que essa identificação seja realizada.

A compreensão do que se deve entender por valor global, referido na decisão do Ministro Presidente, pressupõe a análise do respectivo regulamento, editado com base no art. 5º, *caput*, da Lei Complementar nº 105/2001. Nesse particular, o Decreto nº 4.489/2002, que regulamentou o referido diploma normativo, não deixa margem a dúvidas de que se trata dos *“montantes globais mensalmente movimentados.”* É o que se constata pela análise dos arts. 2º, *caput*, e 4º. Não é preciso ressaltar que pouquíssimos Relatórios de Inteligência Financeira ajustar-se-ão a esse padrão, de modo que o efeito útil da decisão proferida pelo Ministro Presidente será tornar as operações realizadas no âmbito do sistema financeiro nacional imunes à fiscalização dos órgãos de persecução.

Quanto ao argumento de que bastará aos órgãos de persecução requerer ao Poder Judiciário a quebra do sigilo bancário, trata-se de um prêmio de consolação mais simbólico que real. Explica-se: como as operações suspeitas eram noticiadas pelo COAF, a sua supressão acarretará justamente a eliminação dos indícios utilizados para o requerimento de quebra do sigilo bancário. Ainda é importante mencionar que comunicações exclusivamente a respeito de montantes globais inviabilizarão a coibição de ilícitos praticados a partir de pequenas transferências bancárias, que sequer se enquadram no dever de comunicação ao fisco por parte das instituições financeiras.

Apesar de a decisão não ter vedado expressamente que o COAF continuasse a encaminhar as informações, terminou por gerar o mesmo efeito ao suspender os procedimentos investigatórios *“que foram instaurados à mingua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações globais, consoante decidido pela Corte.”* Afinal, como é possível a solicitação de autorização judicial para se ter acesso a uma informação em poder do COAF cujo teor é desconhecido?

O mais razoável seria entender que esses dados compartilhados poderiam ser utilizados, pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária, desde que com prévia

autorização do Poder Judiciário. Infelizmente, também aqui teríamos um arremedo de solução, pois não seria possível a realização de nenhuma diligência complementar antes da formulação do pedido, o que certamente reduziria as chances de deferimento em algumas situações. Apesar disso, seria a solução mais adequada. Ocorre que, infelizmente, não é possível adotá-la, pois o último parágrafo da fundamentação da decisão ora analisada não deixa margem a dúvidas de que o próprio compartilhamento depende de prévia autorização judicial, *verbis*:

Deve ficar consignado, contudo, que essa decisão não atinge as ações penais e/ou procedimentos investigativos (Inquéritos ou PICs), nos quais os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, que foram além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, ocorreram com a devida supervisão do Poder Judiciário e com a sua prévia autorização.

Embora seja tarefa assaz difícil sustentar a juridicidade do poder geral de cautela exercido com o fim de alcançar objeto diverso daquele discutido na relação processual, a decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal deve ser observada enquanto não for objeto de reconsideração ou reformada pelo Plenário.

III

Diante do exposto, no que tange à consulta formulada no ofício inaugural, à luz dos termos da decisão monocrática proferida em 15 de julho de 2019, pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, entende esta Consultoria Jurídica que:

(a) independe de autorização judicial o uso das informações compartilhadas pelo COAF, em investigações conduzidas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária, quando se limitarem a fornecer a identificação do contribuinte e o montante global movimentado no mês;

(b) qualquer informação repassada pelo COAF, que detalhe operação financeira, ultrapassando o balizamento descrito em (a), não pode ser utilizada caso não tenha sido antecedida de autorização judicial.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2019.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico