

**DESAFIOS NA INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS: MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA;
RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA**

CHALLENGES IN INVESTIGATION ON CRIMINAL
ORGANIZATIONS: EVIDENCE DISCOVERY; FINANCIAL
INTELLIGENCE REPORT

Fábio Ramazzini Bechara

Promotor de Justiça em São Paulo. Doutor em Direito Processual Penal pela USP e Mestre em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade associar os desafios das investigações que tenham por objeto as organizações criminosas aos métodos de investigação, notadamente os meios de obtenção de prova previstos na Lei n. 12.850/2013 e o relatório de inteligência financeira, elaborado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras, no âmbito da Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro).

PALAVRAS-CHAVE

Organizações criminosas; Métodos de investigação; Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

ABSTRACT

The purpose of this study is to associate the methods of investigation with investigations challenges whose object is the criminal organizations, notably the evidency discovery instituted by Law n. 12.850/2013, and the financial intelligence report, prepared by the Council for Financial Activities Control in the ambit of the Law nº 9.613/98 (Money Laundering Law).

KEYWORDS

Criminal Organizations; methods of investigation; Council for Financial Activities Control.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade associar os desafios das investigações que tenham por objeto as organizações criminosas aos métodos de investigação, notadamente os meios de obtenção de prova previstos na Lei n. 12.850/2013 e o relatório de inteligência financeira, elaborado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras, no âmbito da Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro).

1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI N. 12.850/13

A Lei n. 12.850 de 2013 define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Organização criminosa, segundo o artigo 1º, é definida como a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

O parágrafo 2º do artigo 1º estende a aplicação da lei às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, bem como às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

O artigo 2º criminaliza a conduta de quem promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, cuja pena é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. A responsabilidade penal igualmente se estende a quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa, assim como a pena é aumentada até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

Importante ressaltar, inicialmente, que o âmbito de aplicação da lei, especialmente no que se refere aos aspectos processuais, não se restringe às infrações penais ali definidas especificamente, mas sim a todas as infrações penais cuja prática esteja relacionada a uma determinada organização criminosa.

A premissa, portanto, para se justificar a incidência desta lei, é a demonstração quanto à existência de uma determinada organização criminosa, cuja conceitualização influencia não somente o disposto no tipo penal do artigo 2º, mas em toda e qualquer infração penal a ela relacionada.

É fundamental que se parta desta ideia mais ampliativa, tendo em vista a necessidade de se buscar uma ação mais qualificada a gerar a desarticulação de uma

determinada organização criminosa, o que não ocorrerá caso a sua incidência esteja limitada ao tipo penal do artigo 2º.

Ou seja, tão eficiente quanto a criminalização da conduta de quem integra, financia, constitui ou promove uma organização criminosa, é o enfreteamento das demais atividades ilícitas com as quais a organização criminosa esteja relacionada, como o tráfico de armas, o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro.

Outra questão de extrema relevância para correta delimitação do objeto da lei refere-se ao citado parágrafo 2º do artigo 1º. Entendemos como indispensável a presença do pressuposto material da lei, ou seja, a existência de uma organização criminosa, a fim de justificar a sua extensão às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional, desde que transnacionais, bem como às organizações terroristas internacionais, cujos atos de suporte ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Esta conclusão decorre de uma interpretação sistemática do texto, na medida em que o parágrafo 2º, que é uma norma de extensão, foi intencionalmente inserido no mesmo artigo 1º que definiu organização criminosa. O que significa reconhecer que as infrações penais praticadas na forma do parágrafo 2º do artigo 1º devem estar relacionadas, de alguma forma, com determinada organização criminosa.

No que se refere aos meios de obtenção de prova previstos na Lei n. 12.850/2013, merece particular destaque a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica e a infiltração, por policiais, em atividade de investigação.

No presente estudo, contudo, serão examinadas somente a infiltração de agentes, a ação controlada e a colaboração processual.

2.1 Agente infiltrado: reflexos penais e processuais

2.1.1 Natureza da medida

De acordo com o artigo 10, a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação poderá ser representada pelo delegado de polícia ou ser requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, e será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Para que a medida seja admitida, são exigidos indícios de infração penal de que trata o art. 1º e desde que a prova não possa ser produzida por outros meios disponíveis.

A medida poderá ter a duração de seis meses, sem limite de renovação, mas desde que comprovada sua necessidade.

Dentre outras disposições, merece destaque o artigo 13, segundo o qual o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Não será punível, todavia, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

Importante formular algumas reflexões quanto à natureza jurídica da infiltração de agentes, enquanto de medida de caráter processual.

Em primeiro lugar, do ponto de vista do instituto da prova, considerando que por meio da infiltração de agentes busca-se a identificação de outras fontes de prova, a medida se qualifica como meio de obtenção de prova. Contudo, o agente infiltrado também se constitui fonte de prova, hipótese em que, quando se mostrar indispensável, possível e seguro o seu depoimento, este se qualificará como meio de prova propriamente dito, ainda que, eventualmente, na condição de testemunha protegida, na forma da Lei n. 9.807/99.

Em segundo lugar, do ponto de vista da natureza da tutela jurisdicional que defere a infiltração de agentes, tem-se que a medida se qualifica como um provimento de natureza cautelar com finalidade probatória. A natureza cautelar da medida decorre da sua excepcionalidade ante a exigência de demonstração do não cabimento de outras medidas menos invasivas. Com efeito, ainda, a natureza cautelar igualmente se explica pelo fato de tratar de providência restritiva a direito individual, notadamente a intimidade e a vida privada, porquanto o agente infiltrado passa a desfrutar da confiança e da convivência com os criminosos.

2.1.2 Responsabilidade penal do agente infiltrado

A conduta do agente infiltrado pode se manifestar de diversas formas dentro da organização criminosa.

O agente infiltrado pode simplesmente fazer o papel de informante, transmitindo as informações de que tem conhecimento para a autoridade que investiga a associação criminosa, de modo a possibilitar o desmantelamento ou a identificação e punição de seus integrantes.

Por outro lado, caso o agente infiltrado provoque a ação ou omissão de uma ou mais pessoas que integrem a organização criminosa, induzindo e interferindo diretamente no ânimo decisivo destas, nesse caso a hipótese seria de flagrante preparado ou delito provocado, e o agente infiltrado seria responsabilizado penalmente pelo abuso cometido, mas ninguém responderia pela infração penal pretendida. Nesse caso é manifesta a conduta determinante do agente para a prática do crime.

Poderia ocorrer igualmente uma terceira situação, em que o agente infiltrado atua conjuntamente com um ou mais integrantes da organização numa determinada empreitada criminosa. Da mesma forma, se o agente ingressar numa organização criminosa que já vinha praticando determinado tipo de delito, antes da sua entrada, a intervenção do agente não significa a criação indutora da vontade do sujeito pro-

vocado, que já preexistia, de tal sorte que a atuação do agente visa simplesmente a facilitar o cometimento do delito e, não, induzir a sua prática. Nesse caso verifica-se a anterioridade da ação criminosa em relação à intervenção do agente. Trata-se de hipótese clássica de concurso de agentes, seja por participação ou coautoria. O agente infiltrado não responderia pelo crime cometido.

Contudo, discute-se qual seria a natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado. É possível identificar as seguintes soluções:

- 1ª. Trata de uma causa de exclusão de culpabilidade, por inexistência de conduta diversa. Isso porque se o agente infiltrado tivesse decidido por não participar da empreitada criminosa, poderia ter comprometido a finalidade perseguida com a infiltração. Ou seja, não havia alternativa senão a prática do crime;
- 2ª. Escusa absolutória: o agente infiltrado age acobertado por uma escusa absolutória, na medida em que por razões de política criminal não é razoável nem lógico admitir a sua responsabilidade penal. A importância da sua atuação está diretamente associada à impunidade do delito perseguido;
- 3ª. Trata-se de causa excludente da ilicitude, uma vez que o agente infiltrado atua no estrito cumprimento do dever legal;
- 4ª. Atipicidade penal da conduta do agente infiltrado. Tal atipicidade, todavia, poderia decorrer de duas linhas de raciocínio distintas. A atipicidade poderia derivar da ausência de dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que o mesmo não age com a intenção de praticar o crime, mas visando a auxiliar a investigação e a punição do integrante ou dos integrantes da organização criminosa. Faltaria, assim, imputação subjetiva. De outro lado, a atipicidade poderia derivar da ausência de imputação objetiva, uma vez que a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida, sem relevância penal, portanto.

Mas seja lá qual for a interpretação que se faça em relação à natureza jurídica da isenção da responsabilidade penal do agente infiltrado, para que esta efetivamente se ultime devem concorrer algumas exigências, que são: a) que a atuação do agente infiltrado tenha sido judicialmente autorizada; b) que a atuação do agente infiltrado que comete a infração penal constitua uma consequência necessária e indispensável para o desenvolvimento da investigação, além de proporcional à finalidade perseguida, de modo a evitar ou coibir abusos ou excessos; c) que o agente infiltrado não induza ou não instigue os membros da organização criminosa a cometer o crime, o que configuraria um delito provocado, o qual, devido à sua impossibilidade de consumação, é impune tanto em relação ao sujeito provocado como ao provocador. O provocador poderia responder pelo crime de abuso de autoridade.

2.1.3 Valor da prova provocada

A medida do agente infiltrado constitui uma diligência de natureza instrutória, que tem como finalidade última a obtenção de informações para sua utilização como prova em vistas a uma sentença condenatória, assim como se mostra restritiva a direitos fundamentais, tanto que necessária autorização judicial. Os direitos fundamentais que sofrem restrição a partir da infiltração do agente são: a) direito à autodeterminação informativa, que consiste no direito de saber quem, como e quando se tem informação de si próprio, ou seja, de se eleger livremente o destinatário da conversa na esfera privada; b) direito à intimidade em sentido amplo e em sentido estrito, assim compreendida a esfera privada e a esfera íntima.

Considerando os diversos tipos de comportamento que o agente infiltrado pode ter dentro de uma organização criminosa, é possível concluir que a prova somente poderá ser considerada ilícita nos casos em que o agente induz o sujeito provocado a praticar a infração penal, ou seja, quando o seduz enganosamente para o cometimento do delito. A violação de direitos fundamentais nesse caso não constitui restrição legítima como antes afirmado, mas implica, sim, total esvaziamento do seu conteúdo essencial, mostrando-se absolutamente desproporcional e igualmente intolerável qualquer aceitação.

Nos demais casos a prova provocada é perfeitamente válida, já que não se verifica nenhum comportamento decisivo ou determinante do agente em relação à vontade do integrante ou dos integrantes do grupo criminoso.

2.1.4 Conclusão parcial

O tratamento penal e processual da atuação do agente infiltrado demanda por parte do intérprete uma leitura mais adequada de determinados institutos dogmáticos, justamente com o propósito de promover uma maior aproximação conceitual, tendo em conta o fenômeno da criminalidade organizada.

2.2 Ação controlada e entrega vigiada

A ação controlada consiste no retardamento da intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento, para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, segundo o artigo 9º da lei, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável

itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

A ação controlada é o gênero, em que uma das espécies é a entrega vigiada, cuja técnica consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam de um lugar com destino a outro, com o conhecimento e sob o controle das autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

Tem-se aqui hipótese de flagrante retardado ou prorrogado, na medida em que a ação da autoridade prolongou-se no tempo com vistas a se tornar mais efetiva.

Difere-se da infiltração de agentes nos seguintes aspectos:

- a) O controle jurisdicional é posterior à medida;
- b) Não se sujeita a prazo determinado;
- c) O comportamento do agente na ação controlada é passivo e não proativo como na infiltração, tanto que a legislação cuidou de prescrever direitos ao infiltrado.

2.4 Colaboração processual

A Lei n. 12.850/2013 sistematizou o tratamento da colaboração premiada, de modo a empregar a terminologia mais apropriada, bem como ao classificá-la como meio de obtenção de provas, porquanto o meio de prova é a declaração do colaborador e não o ato de colaborar. Avançou igualmente na preocupação de estabelecer um procedimento próprio, assim como os respectivos reflexos penais e processuais.

Um dos avanços que merece particular destaque está previsto no art. 4º, parágrafo 4º, incisos I e II, em que se abre ao Ministério Público a possibilidade de arquivamento da investigação contra o colaborador, desde que, em sendo o acordo efetivo, o colaborador não seja o líder da organização ou que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração. Importante assinalar que nesse caso a promoção de arquivamento assume certa particularidade, uma vez que o seu fundamento é o acordo entre o Ministério Público e o colaborador, com a consequente aplicação imediata da pena reduzida ou o perdão judicial. Portanto, a decisão que homologa o arquivamento nessa hipótese faz coisa julgada material em relação ao seu objeto.

A hipótese acima descrita coloca em discussão, todavia, três questões essenciais, que merecem uma reflexão mais acurada, que são a aplicação da pena sem processo judicial, a relativização do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública e a busca da verdade como princípio informativo do processo penal.

Primeira questão. A percepção dos efeitos penais do acordo em caráter definitivo não é uma novidade, tendo em vista o disposto na Lei n. 9.099/95 no tocante

ao instituto da transação penal. Embora a Lei n. 9.099/95 tenha regulamentado o disposto no art. 98, I, da CF, que trata da justiça consensual, não se mostra correta a interpretação no sentido de que somente nessas circunstâncias é que o acordo e a liberalidade das partes possam surtir consequências penais.

A matriz constitucional do devido processo legal é a única exigência a efetivamente balizar a possibilidade e a forma como deve se dar a aplicação dos efeitos penais. É de se esclarecer que a matriz constitucional do devido processo legal é inspirada no modelo difundido pelos tratados internacionais de direitos humanos, notadamente a Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Civis e Políticos, todos os quais reconhecem a garantia do *nullum crimen sine legge*, *nullum poena sine iudicio*. Portanto, a observância do devido processo legal em matéria penal para o fim de acarretar uma legítima restrição a direito material pressupõe a sua previsão em lei, bem como do respectivo procedimento e a necessária intervenção jurisdicional. Na hipótese da colaboração que ora se analisa, o acordo entre o Ministério Público e o investigado tem previsão legal, compreendidos os critérios, o momento, a forma e a iniciativa para tanto, como também a exigência de pronunciamento judicial para ter força executiva, a livre manifestação de vontade do colaborador, que deverá obrigatoriamente estar assistido por advogado, no termos do parágrafo 7º do art. 4º do projeto.

Importante que se ressalte que a Constituição Brasileira ao assegurar o devido processo legal não o interpreta como sinônimo de necessária ação judicial. Com efeito, ainda, sob a perspectiva de que o devido processo legal também se traduz em exigência de proporcionalidade¹, o texto do projeto é bastante lúcido e criterioso, uma vez que somente admite a possibilidade dos efeitos penais antecipados quando o colaborador ocupar posição de menor relevância na organização criminosa ou caso seja o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Segunda questão. A segunda questão está relacionada à observância do princípio da obrigatoriedade que orienta a ação penal pública e a possibilidade de introdução de novos mecanismos de negociação.

Inicialmente é de se reconhecer que a obrigatoriedade da ação penal pública representa um duplo corolário: garantir a universalidade do acesso à jurisdição a qualquer pessoa, no caso do Direito Brasileiro por meio do Ministério Público; assegurar que o interesse público será tutelado de forma simétrica e indiscriminadamente. Essa dupla função da obrigatoriedade permite presumir que a ação penal constitui um mecanismo eficiente para a tutela do interesse ou direito violado.

O que se coloca, no entanto, é que a ação penal, segundo o Direito Brasileiro, não é o único instrumento por meio do qual um direito violado é tutelado, tanto

1 Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 269.

que na transação penal ou mesmo no acordo civil com efeitos penais tem-se uma fórmula de tutela alternativa, fundada na vontade das partes.

Se por um lado é verdade que há uma grande expectativa de que a prestação jurisdicional seja mais célere, de outro lado também é verdade que o recurso desmedido à negociação como solução que aporta maior agilidade traz insegurança, uma vez que não necessariamente todos os colaboradores estarão nas mesmas condições de realizar um bom acordo, nem mesmo o direito de acesso à justiça, cujo titular é a coletividade, será adequadamente respeitado.

Daí porque a transição de um modelo mais rígido para um modelo mais flexível pressupõe critérios e procedimento para ao menos minimizar o risco de insegurança como exposto. O que leva à conclusão de que a introdução de mecanismos de negociação deve se pautar pela observância do devido processo legal, no sentido de se estabelecer quando e como é possível tutelar o direito de outra forma que não por meio da ação penal.

Assim, a mitigação da obrigatoriedade, que não é uma novidade, deve ser interpretada² não somente sob a perspectiva da maior eficiência que a negociação representa num primeiro momento em termos de justiça mais célere, mas também sob a perspectiva das garantias do colaborador, em que a definição criteriosa das hipóteses e o respectivo procedimento representem o fator de legitimação do acordo entre as partes.

Todas essas premissas foram observadas no projeto de lei em exame, na medida em que somente o acordo efetivo produz efeitos imediatos, e mais, a culpabilidade e a posição do colaborador na organização deve justificar a solução negociada, o colaborador deve estar assistido por advogado e deve haver controle judicial.

Terceira questão. Uma última questão que se coloca em toda a discussão até aqui desenvolvida está relacionada com a garantia da busca da verdade no processo. No que se refere ao tema em discussão, a garantia da busca da verdade estaria sendo mitigada, na medida em que a vontade das partes tem um papel determinante na resposta estatal, sem que a prova seja produzida no contraditório judicial.

Em outras palavras, a observância da garantia da busca da verdade também se opera por meio do atendimento ao rito estabelecido para a coleta do elemento probatório, procedimento este que se qualifica como o método ideal e mais justo para se demonstrar uma verdade.

A partir do momento em que a colaboração processual produz efeitos penais imediatos, sem ação penal e sem que a prova seja submetida ao contraditório judicial, a garantia da busca da verdade está cedendo em razão da vontade das partes em obter uma solução comum, e com um acréscimo, a palavra do colaborador passa a ser o elemento de convicção determinante a embasar uma decisão definitiva.

Trata-se por óbvio de uma limitação à busca da verdade, assim como outras existentes, como, por exemplo, a vedação das provas ilícitas e o direito ao silêncio.

2 REGASTO, Saverio Francesco. *L'interpretazione costituzionale*. Rimini: Maggioli Editore, 1997. p. 146.

Por tudo o que foi exposto acima, é de se louvar o trabalho legislativo até aqui desenvolvido, que revelou uma preocupação preliminar de sistematizar³ a regulação e aplicação do instituto da colaboração e, mais do que isso, fortaleceu a percepção cada vez mais presente de que o processo penal deve buscar soluções equilibradas e proporcionais a cada realidade, como na hipótese das organizações criminosas, em que a proposta, ao extrair o tema do lugar comum, não somente confirmou o objetivo de aportar maior eficiência na atuação estatal⁴, mas reconheceu no rito e em outras garantias o instrumental mais adequado para perseguir o resultado almejado.⁵

3. RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA

O relatório produzido pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão criado pela Lei n. 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), denominado Relatório de Inteligência Financeiro, tem constituído um dos principais meios de investigação no processo penal.

O que significa reconhecer que a utilidade do relatório não tem se restringido somente ao fortalecimento das medidas de governança e controle no sistema financeiro nacional para a prevenção à lavagem de dinheiro, estendendo-se, também, ao sistema de justiça criminal para a repressão do crime de lavagem de dinheiro.

A interface das atividades do COAF com o processo penal ganhou um particular destaque e visibilidade no julgamento da Ação Penal n. 470 pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que os ministros, ao julgarem o crime de lavagem de dinheiro apontado na acusação do Ministério Público Federal, fizeram expressa referência ao relatório do COAF ao longo da motivação.

Outro julgamento a ser anotado refere-se ao Habeas Corpus n. 191.378/DF, impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, que impôs uma limitação ao valor jurídico do relatório do COAF ao não admiti-lo como único meio apto a legitimar medidas de natureza cautelar.

3 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 586-587.

4 DEVERO, Giancarlo. *Tutela penale dell'ordine pubblico*. Milano, Dott: A. Giuffrè Editore, 1988. p. 292.

5 *Idem, ibidem*. p. 277: "Va poi ricordato – eppure si tratta di una considerazione di rilievo assolutamente prioritario sul piano politico-criminale – che una prospettiva di anticipazione sia pure differenziata di tutela dei beni offesi dai delitti-scopo postula una sera ricognizione della convenienza di siffatto livello di intervento del magister penale. (...) pur tuttavia non ci può esimere dal ricorrere al vaglio del fondamentale criterio di proporzione, quando si tratta di stabilire se a determinati interessi debba essere accordata la particolare protezione contro l'esposizione a pericolo di tipo diffuso promanante dalla sola esistenza della struttura criminosa organizzata".

3.1 O Conselho de Controle de Atividades Financeiras⁶: natureza jurídica das atividades e regime jurídico aplicável

3.1.1 Da atividade de inteligência

A Lei n. 9.883/1999, que criou o Sistema Brasileiro de Inteligência, definiu, no artigo 2º, a atividade de inteligência como aquela que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado, no que se refere à prevenção e à repressão à lavagem de dinheiro.

Por essa definição, pode-se afirmar que toda atividade de inteligência desdobra-se em duas atividades básicas: a atividade de obter informações e produzir conhecimentos, denominada inteligência, e a atividade de salvaguardar a informação ou o conhecimento produzido, denominada contrainteligência.

A atividade de inteligência abrange o ciclo do conhecimento, que implica a percepção de uma necessidade, o planejamento, a reunião de dados, o processamento, a formalização e a difusão.

O resultado dessa atividade presta-se a orientar o processo de tomada de decisão, mas não se confunde com a motivação nem mesmo com a decisão propriamente dita.

Diferencia-se da atividade de investigação nos seguintes aspectos:

- a) Enquanto a atividade de investigação é de caráter reativo, porquanto tem por objetivo esclarecer uma situação ou fato determinado, que já aconteceu, a atividade de inteligência é prospectiva ou proativa e revela tendências ou perspectivas de modo a permitir que uma decisão seja mais precisa ou reduza o risco do erro; a finalidade da atividade de inteligência não é provar, embora possa auxiliar a ação de provar, típica da atividade de investigação;
- b) Enquanto a atividade de investigação trabalha, ao menos em tese, com a perspectiva de imposição de alguma sanção contra alguém a partir do resultado da investigação em si, a atividade de inteligência, em hipótese alguma, tem por objetivo subsidiar a imposição de sanção de qualquer natureza;
- c) Enquanto a atividade de investigação se sujeita à publicidade plena, não se admitindo o fator surpresa, a atividade de inteligência é sigilosa, porém, não secreta, na medida em que a publicidade é restrita em vista à circulação controlada ou limitada do conhecimento em razão da necessidade de proteção do conteúdo e do próprio sistema;

6 <http://www.coaf.fazenda.gov.br>

- d) Enquanto o resultado da atividade de investigação se traduz num elemento de prova, o resultado da atividade de inteligência se traduz num conhecimento sobre algo.

A atividade de inteligência produz conhecimento, cujo conteúdo é composto por informações, as quais são obtidas não somente em fontes publicamente acessíveis, como jornais e revistas, mas também em fontes protegidas pelo sigilo legal, como o dado bancário e fiscal, por exemplo, porém, sempre com o respaldo legal.

Tendo em vista a natureza da atividade de inteligência, segundo a Lei federal n. 9.883/1999, as informações nas quais se baseia são consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação, nos termos do artigo 23 da Lei federal n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). Entende-se por classificação de uma informação a restrição ao acesso e à divulgação, o que em outras palavras significa tornar a informação sigilosa.

Com efeito, ainda, no que se refere à difusão das informações e conhecimentos produzidos pela atividade de inteligência, submete-se a mesma a regras de proteção e controle, dentre as quais, destaca-se, nos termos do art. 25 da Lei de Acesso à Informação, a restrição do acesso, da divulgação e do tratamento às pessoas que tenham a necessidade do conhecimento (parágrafo 1º), bem como a obrigação daquele que recebe a informação classificada de resguardar o sigilo (parágrafo 2º).

3.2 COAF – Breve histórico

A Lei 9.613/1998 introduziu na Legislação Brasileira uma série de iniciativas internacionais previstas na Convenção de Viena sobre o Tráfico de Drogas, na Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional, na Convenção das Nações Unidas contra o Financiamento ao Terrorismo e, principalmente, nas Quarenta Recomendações e as Nove Recomendações Especiais do GAFI/FATF – Grupo de Ação Financeira Internacional, uma ação intergovernamental de trinta e seis países, que tem por objetivo conceber e promover em nível nacional como em nível internacional estratégias contra o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo.

Uma das inovações consistiu na criação do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, a unidade de inteligência financeira brasileira, órgão integrante do Ministério da Fazenda, que possui um papel central no sistema brasileiro de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, tendo a incumbência legal de coordenar mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro, disciplinar e aplicar penas administrativas e receber, examinar e identificar as respectivas ocorrências suspeitas.

O COAF é composto por servidores públicos designados pelo Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Segu-

ros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado.

Com relação às medidas preventivas, a legislação brasileira, ao designar autoridades competentes apropriadas para supervisionar as instituições financeiras, cumpre os requisitos para uma maior vigilância das atividades financeiras suspeitas ou incomuns, ou ainda transações envolvendo jurisdições com regimes deficientes de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo.

Além do COAF, outras autoridades, tais como a Polícia Federal, a Receita Federal, a Controladoria-Geral da União e o Ministério Público, têm se engajado de forma sistemática e progressiva no combate à lavagem de dinheiro, ampliando sua capacidade de atuação, especializando-se e cooperando com outros órgãos para intercâmbio de informações e experiências.

Por fim, a Lei n. 12.683/2012 alterou a Lei n. 9.613/1998, com destaque para as seguintes modificações:

- Extinção do rol crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, possibilitando a responsabilização pelo crime de lavagem de dinheiro independentemente da natureza da infração penal anterior;
- Ampliação dos entes obrigados a informar as operações suspeitas ao COAF;
- Ampliação dos poderes do COAF para, dentre outras medidas, aplicar sanções administrativas àqueles que, mesmo obrigados por lei, deixam de fazer as comunicações ao referido órgão.

3.3 Das atribuições do COAF

De acordo com o artigo 14 da Lei n. 9.613/1998, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF tem a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 14, o COAF tem atribuição, também, para coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores, podendo requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

Por fim, dispõe o artigo 15 que o COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela exis-

tência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito. Isso não significa que todas as análises realizadas pelo COAF implicarão o reconhecimento da existência de um crime.

3.4 Da natureza jurídica das atividades do COAF

A atividade do COAF se define como de inteligência, nos termos do artigo 2º da Lei n. 9.883/1999, na medida em que se trata de órgão de assessoramento do Ministério da Fazenda para a construção de medidas que fortaleçam o sistema nacional antilavagem de dinheiro. Não se confunde com o órgão regulador e com as atividades deste.

O COAF, enquanto unidade administrativa de assessoramento do órgão regulador, sua atividade compreende a busca, a coleta, a análise, o processamento e a difusão de conhecimento que possibilite a tomada de decisão pelo órgão regulador, com vistas ao fortalecimento do sistema antilavagem de dinheiro e a sua proteção, seja para a prevenção ou a repressão de atos ilícitos.

Ocorre, todavia, que a atividade do COAF não se exaure no assessoramento do órgão regulador, na medida em que o seu papel está inserido no contexto de todo o sistema antilavagem de dinheiro e no qual se encontram não somente os órgãos reguladores como já explicitado, mas também outros órgãos, como os do sistema de justiça criminal, notadamente o Ministério Público, a Polícia Judiciária e o Poder Judiciário, e com os quais se relaciona igualmente.

Em todas as hipóteses, que se particularizam pela intervenção em momentos distintos, o COAF não perde a sua qualidade de órgão de assessoramento, bem como a sua atividade não perde a qualidade de atividade de inteligência.

Nesse sentido, a atividade de inteligência diferencia-se da atividade de investigação, que não constitui a função do COAF, muito embora a sua atuação possa nesta repercutir.

Com efeito, reforça a natureza da atividade do COAF como de inteligência o fato de que as suas informações, se divulgadas ou acessadas de forma irrestrita, nos termos do citado artigo 23 da Lei de Acesso à Informação, podem colocar em risco, por exemplo, a estabilidade financeira, econômica ou monetária do país (inciso IV), comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionada com a prevenção e repressão de infrações (inciso VIII).

3.5 Do Relatório do COAF como resultado de atividade de inteligência

3.5.1 A elaboração do relatório pelo COAF – ciclo do conhecimento

A elaboração do relatório pelo COAF compreende três etapas:

1ª. Etapa de busca e coleta de dados:

O relatório do COAF é produzido a partir das operações comunica-

das pelas pessoas obrigadas pela Lei n. 9.613/98, com as alterações da Lei n. 12.683/2012, bem como por meio das consultas feitas em fontes abertas, ou seja, publicamente acessíveis, por exemplo, uma notícia de jornal, como também em fontes fechadas ou protegidas pelo sigilo, hipótese em que o acesso pelo COAF é legitimado por lei, como, por exemplo, a Lei Complementar n. 105/2001, que trata do sigilo bancário.

Essa primeira etapa é passiva na hipótese das informações que constituem objeto da comunicação das pessoas obrigadas e ativa na hipótese das informações consultadas em fontes abertas e fontes fechadas pelo próprio COAF.

2ª. Etapa de processamento e análise:

Uma vez concluída a busca e a coleta de dados inicia-se o trabalho de análise, que consiste exatamente na confrontação dos dados obtidos com o objetivo de identificar alguma situação de anormalidade que possa se traduzir numa fragilidade do sistema de controle, uma movimentação financeira atípica, um desvio de conduta por parte das pessoas obrigadas a comunicar ou, ainda, qualquer outra inconsistência ou desconformidade. Não constitui função do COAF a emissão de qualquer juízo de valor quanto à existência ou não do crime de lavagem de dinheiro, e não poderia ser diferente, dada a sua posição de assessoramento do órgão regulador e função primária na prevenção à lavagem de dinheiro, não se tratando de órgão de investigação criminal.

3ª. Etapa de difusão:

O resultado da atividade de análise do COAF pode revelar uma situação de regularidade ou de anormalidade, hipótese que justifica a adoção de providências que possibilitem evitar que a lavagem de dinheiro se consume ou ainda a identificação da lavagem de dinheiro já consumada. Na segunda hipótese o resultado da análise estará instrumentalizado num documento denominado Relatório de Inteligência Financeira. A produção desse documento, todavia, não se justifica somente na hipótese em que o COAF, agindo de ofício, reconhece a existência de uma situação de desconformidade, mas abrange também os casos em que a situação de desconformidade é comunicada ao COAF, e este age por provocação. Nessa última hipótese o relatório do COAF pode resultar na confirmação ou não da existência de uma situação de desconformidade, e em ambas as circunstâncias o resultado da análise estará instrumentalizado no denominado Relatório de Inteligência Financeira.

Embora o relatório receba a denominação de “Relatório de Inteligência Financeira”, o que se questiona é se em toda e qualquer hipótese tal relatório sempre se qualificará como um relatório de inteligência propriamente dito.

A qualificação de um relatório como resultado de uma atividade de inteligência impõe restrições à circulação, compartilhamento, custódia e utilização do documento. A natureza da atividade de inteligência como visto anteriormente é

sigilosa por excelência em vista à própria finalidade a que se destina e que não é demonstrativa e não objetiva a imposição de qualquer sanção. A atividade implica conhecer melhor para decidir melhor, pouco importando se o conteúdo é gerado pela consulta a fontes abertas ou a fontes protegidas pelo sigilo.

No caso do relatório do COAF o conteúdo contemplará, em regra, dados protegidos pelo sigilo legal, como o sigilo bancário, o que acarretará a classificação do documento como de inteligência, e sigiloso por consequência.

Assim, *prima facie*, os órgãos receptores do relatório de análise financeira do COAF assumem o compromisso e a responsabilidade de manter o sigilo e custodiar o documento. A recepção desse documento não se qualifica como compartilhamento de provas, mas, sim, como compartilhamento de conhecimento. Prova tem aptidão demonstrativa, conhecimento tem função informativa, o que é bem diferente. O estágio do conhecimento é lógica e cronologicamente anterior ao momento da prova propriamente dita.

No entanto, pode ocorrer a situação em que o relatório do COAF guarde conexão com uma investigação criminal em curso, o que será mais adiante analisado.

3.5.2 COAF e o sigilo bancário

O avanço mais significativo no sistema legal brasileiro de prevenção e combate à lavagem de dinheiro desde a Lei 9.613/98 consistiu na aprovação da Lei Complementar 105, de 20 de janeiro de 2001, que ampliou o acesso do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) a informações bancárias.

A LC n. 105, ao regulamentar o sigilo bancário, estabeleceu, dentre outras hipóteses, a possibilidade de compartilhamento e acesso ao dado bancário por outros órgãos administrativos sem que isso implique a violação ou mesmo o afastamento do sigilo bancário. Pelo contrário, o que a LC 105/2001 fez foi ampliar os órgãos legitimados a acessar o dado bancário sem que tal acesso implique a violação ou o afastamento do sigilo, mas sim o compartilhamento da responsabilidade pela manutenção e custódia do próprio sigilo.

Por outro lado, quando a LC 105/2001 pretendeu associar o acesso ao dado bancário com a investigação de um fato criminoso, em que o dado bancário passa a se qualificar como meio de prova deste último, exigiu expressamente o controle prévio jurisdicional a legitimar não somente o acesso, mas principalmente o uso do dado bancário como meio de prova.

3.5.3 Repercussão do Relatório do COAF no processo penal

a) Premissas conceituais

A difusão do relatório do COAF, enquanto resultado de uma atividade de inteligência e não de investigação, tem como finalidade primária o compartilhamento

do conhecimento sobre uma determinada situação de atipicidade financeira, cuja análise é feita a partir de dados colhidos não somente em fontes protegidas pelo sigilo, mas também em fontes abertas.

No entanto, em determinadas hipóteses pode ocorrer que o resultado da análise reconheça a existência de uma situação de atipicidade associada a um fato determinado e que é objeto de investigação do crime de lavagem de dinheiro. Nesses casos, qual seria a natureza do relatório do COAF?

Evidente que há uma clara correlação entre o relatório e a investigação e, consequentemente, com a prova penal.

Para que esta situação colocada possa ser adequadamente equacionada, é fundamental que se delimite concretamente o conceito da prova penal e o ciclo da atividade probatória, de modo a permitir o adequado posicionamento da interface que se estabelece entre o relatório do COAF e a instrução criminal.

Nesse sentido serão examinados os seguintes conceitos: prova; fontes de prova; meio de obtenção de prova; meio de prova; procedimento probatório; elemento probatório; elementos de informação; documento e documentação; peças de informação.

Prova; fontes de prova; meio de obtenção de prova; meio de prova; procedimento probatório e elemento de prova

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, a **prova** pode ser entendida como demonstração, como experimentação e como desafio. A prova é entendida como demonstração quando serve para estabelecer a verdade sobre determinado fato. A prova é entendida como experimentação quando indica uma atividade ou procedimento destinado a verificar a correção de uma afirmação. E, por fim, a prova é entendida como desafio quando indica um obstáculo a ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades⁷.

Mas o termo “prova” também pode se referir a diferentes aspectos da atividade probatória, como as fontes de prova, os meios de prova, os meios de pesquisa ou obtenção de prova, o procedimento probatório, os elementos de prova.

O ciclo da prova compreende a descoberta da fonte de prova (pessoa ou coisa), a sua instrumentação através do meio de prova, a sua produção através do procedimento probatório, a coleta do elemento de prova e, finalmente, a valoração do dado probatório⁸.

As **fontes de prova** são as pessoas ou coisas a partir das quais pode se extrair o dado probatório⁹.

7 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHALL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de. (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo, DPJ, 2005. p. 305.

8 TELLES JUNIOR, Goffredo. **Tratado da consequência**. Curso de lógica formal. 6. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira. 2003, p. 1. Para o autor *provar* significa conhecer, que é a representação de uma coisa, e o conhecimento, aquilo que resulta dessa operação.

9 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 308.

O **meio de prova** é a atividade por meio da qual os dados probatórios são fixados no processo¹⁰. Já Marina Gascón Abellán define os meios de prova como tudo aquilo que permite conhecer os fatos relevantes da causa¹¹.

Os **meios de pesquisa, de obtenção ou investigação de prova** são atividades desenvolvidas com o objetivo de identificar fontes de prova, sejam coisas materiais ou declarações dotadas de força probante. Na realidade, os meios de pesquisa de prova, diferentemente dos meios de prova, não constituem por si sós fonte de convencimento¹².

O **procedimento probatório** constitui a atividade a partir da qual o meio de prova desenvolve-se com o objetivo de fixar os dados probatórios no processo. José Frederico Marques define o procedimento probatório como o conjunto de todas as atividades levadas a efeito, no processo, para a prática das provas¹³. A par do caráter polissêmico do conceito de prova, entendida como experimento, demonstração ou resultado¹⁴, o fato é que a prova guarda uma relação de meio e fim com a descoberta da verdade, sua função lógico-jurídica, e tem no procedimento probatório a forma com que tal relação se estabelece.

Os **elementos de prova** constituem os dados objetivos que confirmam ou negam uma afirmação, como, por exemplo, a declaração de uma testemunha, o conteúdo de um documento¹⁵.

Documento e documentação

O **documento** é toda materialidade representativa de um fato, pessoa ou coisa, idôneo à conservação da memória e produzido fora do procedimento penal, não formado em função deste. Já a **documentação** consiste no documento formado dentro do procedimento penal, a partir do registro dos atos que são praticados, inclusive, os atos de instrução¹⁶.

Elemento de informação

A relevância da distinção entre **prova e elemento de informação** decorre da constatação de que a intensidade exigida no procedimento para a produção da prova não é a mesma que se verifica no procedimento para obtenção de um elemento

10 Ibid., p. 308.

11 ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos em el derecho**. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 85.

12 SIRACUSANO, Delfino et al. **Diritto Processuale Penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v.1, p. 314.

13 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 280.

14 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de. (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo, DPJ, 2005. p. 305. p. 308.

15 Ibid., p. 307.

16 CARDINO, Alberto e outros. **Processo penale e prove documentali**. CEDAM. Padova. 2004, p. 3.

de informação, o que poderá gerar reflexos nos procedimentos de cooperação, mais ágeis e menos burocráticos.

O art. 155 do Código de Processo Penal Brasileiro prescreve que o juiz deverá formar a sua convicção com base na prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, salvo a hipótese da prova cautelar, não repetível e antecipada.

A distinção entre prova e elemento informativo pode ser analisada a partir de dois critérios. O primeiro em relação ao momento do procedimento: enquanto a prova é produzida judicialmente e durante o processo, o elemento informativo é colhido durante a investigação. O segundo critério refere-se ao método de produção: enquanto a prova é produzida de forma dialética, com incidência do contraditório na prova ou sobre a prova, o elemento informativo não observa tal procedimento. Tanto a prova como o elemento de informação possuem função persuasiva e cognitiva. A prova exerce uma função persuasiva em relação à formação da convicção do julgador e uma função cognitiva em relação à demonstração de veracidade de uma afirmação. O elemento informativo possui função persuasiva em relação à convicção das partes, da autoridade que preside a investigação e até mesmo do julgador nas hipóteses de mero juízo de admissibilidade. A função cognitiva do elemento informativo está relacionada à demonstração da verossimilhança ou probabilidade de determinada afirmação.

Peças de informação

Por fim, as peças de informação. Essa terminologia está prevista no Código de Processo Penal para designar as hipóteses em que a atividade de investigação não se desenvolve por meio do inquérito policial, mas por meio de outro procedimento ou pela simples reunião de informações sem qualquer formalidade mais precisa, mas cujo conteúdo possui força ou capacidade persuasiva. Assim, por exemplo, uma ação penal pode ser ajuizada tendo como lastro probatório não somente o inquérito policial, mas também as peças de informações, cujo conteúdo revela a existência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva. A distinção que ora interessa está relacionada com a forma como se apresenta uma determinada informação e, não, o seu conteúdo propriamente dito.

b) Qual a natureza, portanto, do relatório do COAF no processo penal?

Pode-se afirmar que a natureza do relatório é mista ou híbrida e parte da premissa os diferentes contextos em que o relatório se insere, na medida em que tem sido utilizado como fundamento para o início de uma investigação criminal, para a decretação de medidas de natureza cautelar, para a instrução do processo penal e, por que não, também como objeto de valoração nos julgamentos de mérito.

Como sistematizar e compreender essa situação?

Senão, vejamos os seguintes cenários.

1º. O relatório do COAF é, em primeiro lugar, um produto de uma atividade que se qualifica como de inteligência, pelos seguintes fundamentos:

- A natureza do órgão que o elabora, que é de assessoramento do órgão regulador do sistema financeiro e econômico;
- A finalidade a que se destina, que é auxiliar na prevenção à lavagem de dinheiro;
- A flexibilidade legalmente autorizada a permitir o acesso e o compartilhamento de dados protegidos pelo sigilo legal, como, por exemplo, o dado bancário, excetuando a exigência do controle jurisdicional incidente quando o objetivo é a instrução criminal.

Na medida em que o relatório do COAF tem, *prima facie*, a natureza de atividade de inteligência, isso significa dizer que não possui valor probatório e, pela forma como se processa a sua instrumentalização, por meio de um documento classificado pelo sigilo, sua utilização no ciclo da atividade probatória não se mostra tecnicamente adequada.

A inadequação técnica decorre dos riscos que o afastamento do sigilo implica, expondo não somente o órgão e as pessoas que o produzem, mas principalmente o conteúdo protegido, bem como por exigência legal na hipótese do sigilo bancário, em que a LC 105/2001 prescreve a necessidade de autorização judicial.

Do ponto de vista do tratamento a ser dado ao relatório quando da sua difusão, em razão da sua natureza, o que se espera do órgão que o recebe é a sua custódia e manutenção do sigilo e, não, a sua utilização por meio da juntadas nos autos de procedimento investigatório em andamento.

2º. O relatório do COAF pode se qualificar eventualmente como um meio de pesquisa ou obtenção de prova de um fato definido como crime, toda vez que o seu conteúdo estiver relacionado com a investigação de fato determinado, hipótese em que a fonte de prova é o dado constante do relatório, seja aquele consultado em fonte aberta como aquele obtido de fonte fechada, e o relatório constitui o instrumento por meio do qual referido dado é revelado.

O valor da prova nesse caso está no conteúdo e não no relatório, muito menos no resultado da análise do COAF, que não tem caráter pericial, nem mesmo valor probatório.

Frise-se, a análise do COAF não é meio de prova, embora possa ser utilizada única e tão somente como argumento de prova, a ser explorado na valoração de um determinado meio de prova.

Com efeito, ainda, a análise do COAF apenas revela a situação de atipicidade na movimentação financeira, contudo, a natureza desta atipicidade sempre dependerá de esforço investigatório a qualificá-la como ilícito administrativo ou penal, ou afastar a situação de desconformidade inicialmente apontada.

Nesses casos, em que o relatório do COAF assessora a atividade probatória, na qualidade de meio de obtenção de prova, porquanto se trata de documento clas-

sificado como sigiloso, não somente em razão da natureza da atividade, mas em função do conteúdo protegido pelo sigilo legal, sua utilização, por meio da formalização em procedimento investigatório, pressupõe a judicialização. A judicialização é uma exigência para que o acesso e a utilização do dado protegido pelo sigilo legal como prova seja legítimo. Tal exigência, todavia, a nosso ver, resta atendida com a submissão do relatório ao controle jurisdicional, que não se confunde com eventual quebra do sigilo bancário que possa dele se desdobrar.

Pode ocorrer, no entanto, que o conteúdo do documento não revele dados protegidos pelo sigilo legal, como no caso em que a análise é baseada somente em dados obtidos em fontes abertas. Nesse caso o tratamento deverá ser outro e, em princípio, o relatório poderá ser juntado no procedimento investigatório, sem perder a sua qualidade de meio de obtenção de prova.

3º. Quanto à forma, o relatório do COAF não constitui documento no sentido técnico da expressão, mas sim um ato de documentação, na medida em que é a forma pela qual a inconsistência de uma movimentação financeira gerada pelos dados consultados se materializa. O eventual valor probatório decorre dos dados, que constituem efetivamente o meio de prova e, não, do documento do COAF. Essa conclusão é coerente com a afirmação de que o relatório do COAF, no processo penal, qualifica-se, eventualmente, como meio de pesquisa ou obtenção de prova.

Por fim, o relatório do COAF, enquanto ato de documentação e não documento como exposto, uma vez admitida a sua utilização no ambiente da investigação criminal em razão da sua conexão com fato definido como crime, apresenta-se como peça de informação, não se confundindo com o seu conteúdo. Na qualidade de peça de informação poderá ser juntado diretamente no procedimento investigatório a depender da natureza do dado que integra o relatório: se o dado estiver protegido pelo sigilo legal, o relatório deverá ser judicializado; caso contrário não será exigível a sua judicialização.

3.5.4 O relatório do COAF no julgamento da ação penal n. 470 do STF

Destacamos duas passagens do acórdão referente ao julgamento da Ação Penal n. 470, que tramita no Supremo Tribunal Federal, em que há expressa alusão ao relatório do COAF por ocasião da fundamentação da decisão em relação ao crime de lavagem de dinheiro.

As fls. 1.223 tem-se o seguinte trecho:

Consoante informações prestadas pelo COAF, as contas da SMP&B no Banco Rural sofreram oitenta e um saques em espécie, no montante total de R\$ 16.529.408,24, entre 16.7.2003 e 18.5.2005 (fls. 23-8, com lista nas fls. 26-8, vol. 1). Já as contas da DNA Propaganda no Banco Rural sofreram vinte e um saques em espécie, no montante total de R\$ 4.372.677,91, entre 19.8.2003 e 10.9.2004 (lista na fl. 26,

vol. 1). As informações prestadas pelo COAF abrangem somente os saques de valor igual ou superior a cem mil reais, não tendo o Banco Rural comunicado operações em valor inferior a este parâmetro.

E às fls. 3.108:

As provas dos autos, no entanto, revelam outra realidade. Em levantamento elaborado pelo COAF, acostado à fl. 1.450, vol. 6, constatou-se que “Simone Vasconcelos conta (sic) também como representante legal da empresa Solimões Publicidade Ltda., e da empresa Feeling Propaganda Ltda.

Em ambas as hipóteses o relatório do COAF é valorado na decisão como meio de prova. Na primeira situação a referência ao relatório presta-se a confirmar a omissão da instituição financeira em comunicar determinadas operações, as quais esta estava obrigada por lei a informar. Na segunda situação a referência ao relatório do COAF presta-se a confirmar que a ré era representante legal de duas pessoas jurídicas.

O que se percebe na realidade é o emprego da expressão “prova” de forma genérica.

No primeiro caso confronta-se o relatório do COAF com a auditoria interna da instituição para concluir que esta omitiu operações. O relatório do COAF nesse caso constitui um ato de documentação do que foi efetivamente comunicado pela instituição financeira, não se tratando de documento propriamente dito, na medida em que o documento nesse caso, na qualidade de meio de prova, está representado pelo ato de comunicação do banco ao COAF, em que as operações foram omitidas.

No segundo caso o relatório do COAF é utilizado como fonte de referência para a constatação de um dos réus era representante legal de duas pessoas jurídicas. A informação sobre a condição de sócio de uma determinada pessoa tem como fonte primária os contratos sociais, registrados ou não nas respectivas juntas comerciais ou outros órgãos similares para esse fim. O COAF simplesmente, no exercício das suas funções, tem acesso a tais bases de dados, o que possibilita a inserção do dado no relatório. Mas não se trata da fonte do dado propriamente dita. O que nos leva a concluir que nesse caso o relatório do COAF constitui um ato de documentação somente, não se tratando de documento, nem mesmo de qualquer outro meio de prova. O meio de prova nesse caso é o contrato social das pessoas jurídicas em que a ré figurava como representante legal.

3.5.5 O relatório do COAF no julgamento do HC 191.378/DF - STJ

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 191.378/DF, assim decidiu:

Representação da quebra de sigilo fiscal, por parte da autoridade policial, com base unicamente no Relatório de Inteligência Financeira

encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Representação policial que reconhece que a simples atipicidade de movimentação financeira não caracteriza crime. Não se admite a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (medida excepcional) como regra, ou seja, como a origem propriamente dita das investigações. Não precedeu a investigação policial de nenhuma outra diligência, ou seja, não se esgotou nenhum outro meio possível de prova, partiu-se, exclusivamente, do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para requerer o afastamento dos sigilos. Não foi delineado pela autoridade policial nenhum motivo sequer, apto, portanto, a demonstrar a impossibilidade de colheita de provas por outro meio que não a quebra de sigilo fiscal. Não demonstrada a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos, converteu-se, ilegitimamente, tal prova em instrumento de busca generalizada. Idêntico raciocínio há de se estender à requisição do Ministério Público Federal para o afastamento do sigilo bancário, porquanto referente à mesma questão e aos mesmos investigados.

Embora o STJ não tenha debatido especificamente a natureza do relatório do COAF, ao admitir a discussão quanto à sua utilidade superou uma primeira questão que é exatamente saber se o referido pode ou não ser juntado num procedimento investigatório criminal. Pela leitura do acórdão não passa pelo STJ a possibilidade de que tal juntada seja vedada, tanto que num determinado momento da decisão reconheceu a legitimidade da instauração do inquérito policial com base no relatório, porém, restringiu a sua capacidade para, sozinho, legitimar a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico.

Dessa assertiva extraem-se duas conclusões possíveis:

1^a. O relatório do COAF presta-se a servir como “notitia criminis” a legitimar a instauração de procedimento investigatório criminal;

2^a. O relatório do COAF é meio de prova, tanto que o STJ reconheceu a sua insuficiência para determinar o deferimento de providências cautelares, exigindo a demonstração da inexistência de outros meios de prova menos lesivos do que a quebra de sigilo bancário.

Entendemos necessárias algumas ponderações no tocante a ambas as conclusões.

Quanto a considerar o relatório uma notícia de crime, hábil a ensejar a formalização de uma investigação criminal, tal conclusão pode se mostrar temerária, na medida em que o juízo de valor manifestado pelo COAF em seu relatório restringe-se a identificar uma possível situação de atipicidade na movimentação financeira. Essa situação de atipicidade pode ser interpretada como uma hipótese de simples desconformidade administrativa, ou ainda como uma hipótese de sonegação de tri-

butos, ou mesmo como algo perfeitamente explicável por meio de outras fontes que não por meio dos dados analisados pelo COAF. Parece-nos uma temeridade, assim, deduzir que a atipicidade de uma movimentação financeira constitui indício de crime de lavagem de dinheiro.

Outra consideração a ser feita nesse tópico tem por premissa o fato de que o relatório é o produto de uma atividade de inteligência e, como tal, classificado pelo sigilo, cujo compartilhamento impõe, como regra, o dever de manutenção do sigilo por quem o recebe. A excepcionalidade na sua utilização, a nosso ver, somente poderia ser admitida naqueles casos em que a produção do relatório pelo COAF se perfaz a partir da comunicação quanto à existência de um indício de crime de lavagem de dinheiro, hipótese em que o relatório complementa uma informação preexistente.

No tocante à segunda conclusão que se extrai da decisão do STJ em questão, decorre do fato de que o relatório do COAF é um meio de obtenção ou pesquisa de fontes prova, sem valor persuasivo, portanto, em que o meio de prova é o dado constante do próprio relatório, como o dado bancário e os dados de outras naturezas.

CONCLUSÃO

Os avanços legislativos somados a iniciativas de aperfeiçoamento das estruturas de controle e fiscalização, como o COAF, impulsionam a capacidade do Estado Brasileiro no enfrentamento das organizações criminosas, com particular destaque na prevenção e na repressão à lavagem de dinheiro.

Todo esse esforço deve ser acompanhado pela necessária articulação e cooperação entre as estruturas do Estado, sua especialização e amadurecimento quanto à importância de incorporação de técnicas e modelos não convencionais, aptos ao enfrentamento proposto.

REFERÊNCIAS

ALBANESE, J.S., 2011. Transnational Organized Crime. In: M. NATARAJAN, ed, *International Crime and Justice*. New York: Cambridge University Press, pp. 233.

BAILEY, J. and GODSON, R., eds, 2000. *Organized Crime & Democratic Governability: Mexico and the US-Mexican Borderlands*.

CASELLA, Paulo Borba. A ordem pública e a execução de cartas rogatórias no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 98. p. 568, 2003.

CASSESE, Antonio. Crimes internacionais e jurisdições internacionais, In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY. **Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?** São Paulo: Manole, 2004. p. 5-6.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL**. São Paulo: RT, 2000. p. 121.

CRAGIN, K. and HOFMAN, B., 2003. *Arms trafficking and Colombia*. MR-1468. Santa Monica: Rand Corporation.

DONOHUE, J. and LEVITT, S.D., 1998. Guns, Violence, and the Efficiency of Illegal Markets
. *American Economic Review*, 6(88), pp. 463-467.

EUROPOL, 2011. *EU ORGANISED CRIME THREAT ASSESSMENT*.

FERRIS, Remédio Sanches. **El Estado Constitucional y su sistema de fuentes**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 261.

GONCALVES, M.P., PANJER, M., GREENBERG, T.S. and MAGRATH, W.B., 2012. *Justice for Forests Improving Criminal Justice Efforts to Combat Illegal Logging*. World Bank series R67. Washington, DC: World Bank.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 432.

KELLY, R.K., MAGHAN, J. and SERIO, J., 2005. *Illicit Trafficking: A Reference Handbook
*. ABC-CLIO.

KILMER, B. and PACULA, R.L., 2009. *Estimating the size of the global drug market A demand-side approach*. 2. Santa Monica, CA: Rand Corporation.

LAMPE, K.V., 2003. Criminality exploitable ties: A network approach to organized crime. In: E.C. VIANO, J. MAGALLANES and L. BRIDEL, eds, *Transnational Organized Crime*. Durham: Carolina Academic Press, pp. 9-22.

LUPSHA, P.A., 1996. Transnational Organized Crime Versus the Nation-State. *Transnational Organized Crime*, 2(2), pp. 21-48.

MACDONALD William F. The longer arm of the Law. *Internacional Crime and Justice*. Edited by Mangay Natarajan. Cambridge. 2011. New York/EUA, p. 443.

NAÍM, M., 2013. *O Fim do Poder*. São Paulo: Leya.

NAÍM, M., 2006. *Ílícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores.

NAYLOR, R.T., 2004. *Wages of Crime: Black Markets, Illegal Finance and the Underworld Economy*. Revised Edition edn. Ithaca: Cornell University Press.

NYE, J., 2011. *The Future of Power*. 1st edn. New York: PublicAffairs.

PIMENTEL, S., 2000. The Nexus of Organized Crime and Politics. In: J. BAILEY and R. GODSON, eds, *Organized Crime and Democratic Governability: Mexico and the US-Mexican Borderlands*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, pp. 33-57.

POTTER, Gary and Michael D. Lyman. *Organized Crime*. EUA. 2007. 4th edition, p. 268.

RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones Rogatorias para la obtención de pruebas. Problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. **Estudios Jurídicos**, Madrid: Ministerio Fiscal, n. 3, p. 364, 2003.

SMALL ARMS SURVEY, 2006. *The Small Arms Survey 2006: Unfinished Business*. Oxford: Oxford University Press.

VALENTINI, Cristiana. **L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione com autorità straniere**. Padova: CEDAM, 1998. p.199.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 18.