

T E S E

DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, SIGILO BANCÁRIO/FISCAL E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

SUMÁRIO

- 1- INTRODUÇÃO**
- 2.0- DISCUSSÃO DA MATÉRIA DE FUNDO DO PONTO DE
VISTA TEÓRICO E PRÁTICO**
- 2.1- DOCTRINA, FONTE HISTÓRICA, INTERPRETAÇÃO
EXEGÉTICA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE O ASSUNTO**
- 3- CONCLUSÃO**

1- INTRODUÇÃO

A defesa do patrimônio público é, a meu ver, um dos temas mais efervescentes da atualidade que, com certeza, merecerá enfoque privilegiado na atuação do Ministério Público do Terceiro Milênio. Isto porque grande parte dos problemas que afligem ao povo, especialmente nos países em desenvolvimento, está ligada aos investimentos em proporções sempre reduzidas nas áreas de habitação, saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia, por causa da malversação do dinheiro público e da corrupção administrativa.

Dá que a Constituição do Estado de Minas Gerais consagra em seu texto norma programática revolucionária, a saber: "A sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz" (cf. art. 73, *caput*), o que se traduz na concepção de inovador postulado político para o novo milênio que se nos avizinha.

Por outro lado, o ilustre e culto colega nosso do Ministério Público do Distrito Federal, Antônio Ezequiel de Araújo Neto, ao enfocar a Instituição na era pós-moderna, concluiu, em palavras lapidares que:

"(...) forçoso é constatar-se que o espaço indicado ao Ministério Público na Carta Fundamental não foi plenamente ocupado, e, por isso mesmo, a defesa da ordem jurídica e dos interesses e direitos difusos e coletivos da sociedade estão, ainda, ao desamparo, num contexto nacional. A defesa do patrimônio público, por sua vez, vem sendo omitida, sistematicamente, pelo Ministério Público, salvo procedimentos e ações isoladas, aqui e acolá. Frequentes, na mídia, os gravíssimos escândalos consistentes em sonegação fiscal, crimes contra o sistema financeiro

nacional, violência contra os "sem-terra", corrupção e outros, sem que o Ministério Público atue, com objetividade e firmeza" (*In* CORREIO BRASILIENSE, de segunda-feira, 1 de abril de 1996, sob o título **O Ministério Público na era pós-moderna**. Caderno denominado DIREITO & JUSTIÇA, p. 5).

Neste sentido, deverá haver a adoção de política institucional específica capaz de articular as várias iniciativas até então isoladas dos vários órgãos de execução espalhados pelo Estado. Além do mais, há que se lhes ministrarem os recursos técnicos e humanos adequados à consecução dos objetivos que foram colimados pelo legislador constituinte. Esta providência, a meu sentir, impõe-se com extrema urgência.

Contudo, há a questão precedente à que se suscita acima, qual seja, a salvaguarda efetiva da autonomia administrativa do Ministério Público na presidência e na condução de seus procedimentos administrativos, sem quaisquer ingerências dos Poderes Estaduais, inclusive deliberando sobre a necessidade, oportunidade e conveniência da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal dos envolvidos em investigação, que tenha por objeto a apuração do desvio dos recursos e bens públicos.

A matéria em apreço é deveras inquietante, gerando opiniões as mais desencontradas até entre membros do Ministério Público nacional, entre magistrados individualizados e tribunais: donde a razão do debate ora proposto por mim.

2.0- DISCUSSÃO DA MATÉRIA DE FUNDO DO PONTO DE VISTA TEÓRICO E PRÁTICO

Os argumentos que compõem a presente tese derivaram-se em grande parte de resposta minha, em sede de ação de mandado de segurança impetrada contra requisição ministerial, então endereçada a estabelecimento bancário privado visando-se a obtenção dos nomes de certos correntistas, cujas contas figuravam em documentos da investigada (Câmara Municipal).

Assim, feita a requisição vários Bancos atenderam-na prontamente, tendo havido a recalcitrância apenas de dois deles, salvo engano: um deles optou pelo "habeas corpus" junto ao Tribunal de Justiça, apontando-me como autoridade coatora, em face da minha advertência expressa a prepostos seus, no sentido de que o não atendimento àquele ato, que fora reiterado após a primeira recusa, implicaria em inquérito policial e/ou ação penal diretamente. Já o segundo Banco ajuizou a ação de mandado de segurança e, em ambos os casos, não lograram êxito em seu intento, isto é, a autorização para desobedecer à requisição ministerial.

Ressalte-se, por oportuno, que dito ato requisitório tem o seu fundamento de validade na norma insculpida no artigo 129, VI, *in fine*, da atual LEI MAIOR, donde ressaí a ausência de restrição à matéria em estudo, relativamente ao órgão de execução da Instituição em causa, na forma da respectiva lei orgânica. E mais, a única ressalva feita pelo legislador constituinte a este respeito

encontra-se claramente definida no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, e se refere tão-somente ao sigilo das comunicações telefônicas, cuja violação só pode ocorrer mediante requisição judicial.

A par disso, alguns estabelecimentos ainda insistem em buscar socorro, desesperadamente, na legislação outrora vigente (Lei Complementar n. 40/81) e em decisões inspiradas na ordem jurídica anterior, embora sejam julgados em princípio recentes.

Logo, outra não poderia ser a interpretação senão a vedação da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal, pelo Promotor de Justiça, por expressa previsão legal, isto é, artigo 15 da Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que ressaltava das requisições da Instituição as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional. E nela se inspiraram os julgados e a doutrina comumente invocados ainda hoje. Só que a mencionada lei foi ab-rogada pela nova LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Vê-se, pois, que os opositores do *parquet* em questões sigilosas apenas estão disfarçando a sua recusa a ato de ofício legítimo, pretextando, regra geral, a inviolabilidade do segredo bancário, contemplado no artigo 38 da Lei n. 4.595/64, olvidando, *dava venia*, os mais elementares princípios jurídicos, segundo os quais a lei posterior revoga tácita ou explicitamente a anterior, quando, v.g., seja com ela incompatível (art. 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro - Decreto-lei n. 4.657/42).

Citam-se a esse propósito as Leis n. 8.625/1993 (posterior à Lei n. 4.595/1964) e Complementar federal n. 75/93: a primeira conferindo o poder de acesso à informação sigilosa sob forma negativa, no dizer do eminente doutrinador Hugo Nigro Mazzili¹, e a segunda o fazendo de igual modo, mas de maneira clara e direta². Elas seguiram as pegadas do legislador constituinte, estabelecendo, ademais, a responsabilidade do membro do Ministério Público pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo (palavras do legislador! art. 26, § 2º, da L. 8.625/93).

Conclui-se, deste modo, que a minha tese se assenta na constatação segundo a qual alguns doutrinadores, pareceristas e magistrados vêm entendendo, por ortodoxia ou inspirados em sofismas, que o artigo 192 da Constituição Federal emprestou *status* de Lei Complementar à Lei n. 4.595/64, à medida que ali ficou consignado que o sistema tributário nacional será regulado por Lei Complementar. Isto conduziu a que se negasse eficácia ao respectivo artigo da Lei n. 8.625/93 que, sob forma negativa, autoriza ao Promotor de Justiça determinar diretamente a quebra do segredo nas informações reservadas. Porém, fazem-no sob o frágil argumento de que aquela lei do ano de 1964 é hierarquicamente superior à nova lei.

¹ - Hugo Nigro Mazzili: *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 408. 2. ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 1993.

² - *Ibidem*, p. 407.

A rigor, o legislador constituinte em momento algum externou a sua vontade em recepcionar provisoriamente a referida lei com essa coloração jurídica; e, se o quisesse, fã-lo-ia com certeza nas chamadas Disposições Finais Transitórias como sói acontecer em hipóteses tais ou semelhantes.

Por conseguinte, na interpretação do aludido artigo 192 não se pode prescindir jamais dos recursos de hermenêutica jurídica, com destaque aqui para o método da interpretação gramatical.

Ora, o tempo verbal ali empregado de maneira deliberada pelo legislador foi o futuro do presente.

Basta, pois, buscarmos no próprio Dicionário Aurélio o alcance dessa locução, para quem ela se traduz em situar a ação ou mudança de estado (lei ordinária para lei complementar) em momento posterior àquele da edição da norma supra-referida. Quer dizer: as mudanças no sistema financeiro nacional, que foram ditadas pela nova realidade jurídica do país, haverão de ser normatizadas doravante em lei complementar e, enquanto esta não existir, elas continuarão sendo reguladas pela lei ordinária anterior, recepcionada com as limitações de praxe. E mais, em momento algum aparece no artigo 34 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, que ela terá caráter de lei complementar.

Por consequência, resta patente que, do ponto de vista formal, a Lei n. 4.595/64 é tão ordinária quanto a Lei n. 8.625/93, não passando de um simples dogma, *permissa venia*, a concepção doutrinária que a equipara a lei complementar, através da conferência, em última análise, do efeito *ex tunc* à norma do supra-referido artigo 192.

Demais disso, se essa lei foi elevada à categoria de lei complementar pela simples dicação do artigo 192 da Constituição Federal, o mesmo se diga a respeito da Lei n. 8.625/93, já que os artigos 129, VI, *in fine*, e 29, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, também falam em lei complementar, para regular a atuação do Ministério Público nacional.

A conclusão inelutável é, pois, a de que numa situação ou noutra elas estariam no mesmo nível hierárquico e, sendo uma posterior à outra, a norma incompatível com a superveniente careceria de eficácia jurídica.

E, para espantar a recalcitrância dos conservadores, que invocavam a condição "subalterna" da Lei 8.625/93, em relação à Lei 4.595/64, tida por complementar, adveio então meses depois a Lei Complementar federal n. 75/95 que, de maneira incisiva, positivou em nosso ordenamento jurídico, doravante:

"Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do

caráter sigiloso da informação, registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido (art. 8º, § 2º).

"A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa" (§ 3º).

A aplicação dessa norma, que provém do Estatuto do Ministério Público da União, aos dos Estados, decorre do disposto no artigo 80 DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS da já citada Lei federal n. 8.625/93.

No mesmo sentido, manifesta-se o legislador mineiro, através da Lei Complementar n. 34/94, fazendo remissão a uma lei e outra.

De resto, não se pode arguir que, aquele comando se volta exclusivamente à autoridade pública, haja vista que é a própria Carta Política pátria, secundada pela legislação infraconstitucional, quem sujeita tanto a autoridade pública, quanto o particular às requisições do Ministério Público, não fazendo nenhuma distinção neste sentido (cf. arts. 129, VI, CF; 26, II, L. n. 8.625/93; 8º, IV, LC n. 75/93).

Com efeito, a última barricada levantada pelos pensadores anacrônicos, arguindo com o conceito de autoridade, pode ser enfrentada com os ditames do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-lei n. 4.657/42, segundos os quais quando a lei for omissa, aplica-se a analogia, por exemplo. E se aqui ela é omissa quanto ao particular, estende-se a ele o comando legal voltado para a autoridade, em situação idêntica à daquele.

Portanto, a "interpretação" hermenêutica que vem sendo adotada pela corrente oposta à que me filio, quanto ao alcance teleológico da recepção da Lei n. 4.595/64 pela Constituição da República, afigura-se-me um tanto quanto conservadora e reacionária, diante das novas responsabilidades outorgadas ao Ministério Público pelo legislador constituinte de 1988, em defesa do regime democrático e dos interesses coletivos e difusos da sociedade.

Donde a reação dos poderosos, que temem a independência desta importante Instituição jurídica nacional e, por isto, procuram atrelá-la, como no passado, ao Poder Judiciário, a fim de retardar a sua iniciativa, senão inviabilizá-la concretamente, pelo excesso de formalismos do procedimento judicial, ao contrário do procedimento administrativo que, por ser de índole mais informal, permite maior rapidez na consecução de seus objetivos.

Para tanto, basta lembrarmos que, o fenômeno da recepção legislativa das normas jurídicas anteriores à 5 de outubro de 1988, segundo as disposições da atual Constituição Federal, ocorrerá somente relativamente àquelas que não forem incompatíveis com a nova ordem jurídica então instaurada (art. 34, § 5º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS). É o que nos assevera a doutrina, em uníssono.

Por fim, a doutrina e a jurisprudência "mais recentes" acerca desta matéria vêm se inspirando na ANTIGA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - Lei Complementar n. 40/81 - que, em seu artigo 15, excluía expressamente das requisições dos membros da Instituição as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, conforme alhures sublinhado.

Dai que, o eminente Ministro Assis Toledo do Superior Tribunal de Justiça, numa de suas manifestações como relator, referindo-se ao artigo 129, VI, acaba por admitir subjacentemente que o Ministério Público possa determinar a quebra do sigilo bancário, na forma da respectiva Lei Complementar, hoje existente neste sentido.

2.1- DOUTRINA, FONTE HISTÓRICA, INTERPRETAÇÃO EXEGÉTICA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE O ASSUNTO

O eminente professor Hugo Nigro Mazzilli juntamente com o seu colega procurador de justiça no Estado de São Paulo, Munir Cury, foi o autor intelectual da redação final dos artigos 26, § 2º, da Lei n.º 8.625/93; 8º, § 1º, da Lei Complementar n.º 75/93; e 201, § 4º, da Lei n.º 8.069/90, segundo o que se infere das páginas 407/409 de sua Obra REGIME JURÍDICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, já referida anteriormente.

Eles são, portanto, uma espécie de porta-vozes do legislador ordinário, na regulamentação do artigo 129, VI, da Constituição da República.

Assim sendo, estes doutrinadores podem afirmar com autoridade incontestável o verdadeiro alcance fático-jurídico da *mens legis*. E a assertiva do professor Mazzilli, na citada Obra, é uma só: o legislador agora quis incluir o órgão do Ministério Público no restrito rol de autoridades que podem determinar diretamente a quebra do sigilo bancário, no curso de um procedimento investigatório sob a sua presidência.

Aliás, não se tem chegado a um entendimento, na interpretação do § 2º do artigo 26 da Lei n.º 8.625/93, exatamente porque até aqui ele tem sido visto em sua aparente literalidade.

Contudo, a interpretação autêntica, por assim dizer, do citado artigo de lei se exprime através das lições doutrinárias do mesmo professor Mazzilli, que preleciona tratar-se ali de autorização sob a forma negativa de acesso à informação sigilosa (*Id.*, pp. 407/408). E afirmo que a interpretação é autêntica, posto que ela encerra palavras de "porta-voz" do legislador, a saber:

"A LOMPU [Lei Orgânica do Ministério Público da União] é clara em estabelecer que o Ministério Público terá acesso mesmo à informação sigilosa. Ainda que haja dispositivos legais que imponham o sigilo (Como a Lei da Reforma Bancária (Lei n. 4.595/64, art. 38), ou o CPC (feitos que correm em segredo de justiça, como os processos de família - art. 155), o Ministério Público terá acesso à informação. Só que caberá ao agente que teve acesso a essa informação sigilosa, zelar pelo seu

uso lícito, bem como para que seja preservado o caráter sigiloso da informação recebida. A própria LOMPU assegura a responsabilidade civil e criminal do membro do Ministério Público pelo uso indevido da informação que requisitar.

"Cabe aqui um pequeno parêntese para invocar a origem da idéia que levou ao dispositivo do § 1º do art. 8º da Lei Complementar n. 75/93: o princípio ali inserido advém do Estatuto da Criança e do Adolescente [ECA art. 201, § 4º]. No Congresso Nacional, durante a tramitação do projeto de lei de que originou o Estatuto, houve grande esforço para melhor instrumentalizar o trabalho do Ministério Público nessa área. Entretanto, diversas objeções surgiram no Congresso, ainda na fase em que o projeto do Estatuto tramitava perante as comissões legislativas, contra a pretensão de dar acesso à instituição em matérias sobre as quais recaísse sigilo legal. Argumentava-se no sentido de que o Ministério Público não podia ter um acesso muito amplo; deveria dirigir-se ao juiz. Acompanhava os trabalhos legislativos pertinentes ao projeto o Procurador de Justiça Munir Cury, Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Infância e da Juventude no Estado de São Paulo - personalidade de projeção nacional na defesa de crianças e adolescentes. Consultando-nos sobre as dificuldades encontradas, antecipou que, pela sua avaliação, o Ministério Público não iria obter acesso às informações sobre as quais recaísse alguma forma de sigilo legal; entretanto, entendia possível estudar a redação de um dispositivo que parecesse menos ousado aos congressistas. Ocorreu-nos, então, que a solução talvez fosse conferir ao Ministério Público o poder de acesso sob forma negativa. Em outras palavras, não se diria que o Ministério Público tem acesso a informações sigilosas, mas, sim, que será responsável pelo acesso obtido a informações sigilosas; ou seja, estaríamos criando-lhe um dever negativo, de não usar de modo leviano a informação sigilosa obtida. Cogitou-se, pois, da responsabilidade do membro do Ministério Público pelo uso indevido da informação. O princípio foi admitido.

"A mesma fórmula do Estatuto da Criança e do Adolescente foi repetida tanto na LONMP como na LOMPU [Lei n. 8.625/93, art. 26, § 2º; LC n. 75/93, art. 8º, § 1º]. Trata-se de solução adequada, porque não só garante o acesso à informação, ainda que sigilosa, como ainda torna o

membro do Ministério Público responsável pela preservação ou correto uso da informação que obteve.

"Assim, a informação, ainda que sigilosa, deverá ser-lhe fornecida, por força da disciplina da Lei Complementar n. 75/93. Não mais é possível objetar ao Ministério Público o sigilo bancário, o sigilo em matéria de família e em outras questões análogas; nem mesmo se lhe poderá exigir, nesses casos, requeira o acesso à informação por meio do Poder Judiciário: o Ministério Público terá acesso direto a ela. O acesso a dados sigilosos não alcança, porém, informações para cujo acesso a própria Constituição tenha exigido ordem judicial, pois nessa matéria a lei complementar federal obviamente não poderia excepcionar [Cf. art. 5º, XII, da CR/sem grifos no original].³".

Neste diapasão, há lúcidos e atuais pronunciamentos pretorianos, dentre os quais destacam-se os seguintes:

"A Constituição Federal de 1988, na salvaguarda do livre Estado de Direito, cujo pressuposto incondicional é a moralidade pública, equipou o Ministério Público de forma condizente para com a defesa desses valores inalienáveis. Percebe-se nitidamente que tal aparelhamento ministerial diverge, e muito, do clima político emanado das restrições do art. 38 da Lei 4.595".

"Basta dizer que a referida Lei foi editada em 1964. Tempos outros, incompatíveis com as conquistas nacionais".

"O Suplicante atribui, grotescamente, amarras, vendas e mordças àquele a quem a Constituição Federal outorgou o poder-dever que dimana, "in casu", do art. 129, III e VI;"

"Não quer entender, "permissa venia", que a decantada, mas não existente limitação, seria o mesmo que entregar a um soldado fuzil, porém sem munição, e dele esperar sucesso na guerra...".

"Ora, como bem disse o impetrado, a Lei Complementar federal nº 75/93, aplicável aos Estados por força do art. 80 da Lei 8.625/93, em seu art. 8º, § 2º, determina: "Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, registro, do

³ - *ob. cit.* pp. 407/409.

dado ou do documento que lhe seja fornecido". "E o § 3º: "A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa".

"E quanto à expressão autoridade, é mesmo por analogia que se estende a aplicação do texto legal ao particular, dada a omissão da lei para este último caso".

"O sigilo bancário, obviamente merecedor da proteção que tem, não pode acobertar-se do próprio ordenamento jurídico pátrio para, num jogo de palavras, desvirtuar o cunho ético que há de inspirar toda e qualquer lei".

"Não pode, o paciente, na qualidade de presidente de uma instituição financeira, se recusar a prestar as informações requisitadas - pelo Ministério Público -. Ou as presta, ou está sujeito a responder a processo por crime de desobediência". "(TRF, HC Nº 93.01.02047-5 - Relator: Juiz Tourinho Neto" (Processo nº 19.292 - Espécie: Mandado de Segurança - Impetrante: Banco Itaú S/A - Autoridade dita coatora: Dr. Epaminondas da Costa, RMP - Decisão de 1ª Instância com trânsito em julgado - Araguari, 27 de Julho de 1995 - VERA VASCONCELOS BARBOSA - Juíza Plantonista - Publicada no "Minas Gerais" de sábado, 30 de dezembro de 1995 - Parte II - Caderno do Ministério Público).

Ou, ainda:

"MINISTÉRIO PÚBLICO - SIGILO BANCÁRIO - LEI N. 4.595/64".

"- A Constituição Federal alterou a Lei n. 4.595/64, ampliando as funções do Ministério Público, derogados os dispositivos que o impediam de agir com liberdade na defesa dos interesses sociais."

"- É defeso às instituições financeiras negar informações ao Ministério Público sob a alegação de sigilo bancário, respondendo o promotor em havendo uso indevido do material requisitado."

Habeas Corpus n. 110.164-4, da Comarca de Uberlândia - MG - Relator: Juiz Francisco Brito - Decisão unânime denegando a ordem de 18 de dezembro de 1990 - RJTAMG 44/306.

Pois bem, não se pode ignorar que a quebra do sigilo bancário e/ou fiscal se constitui em destacado instrumento norteador da atividade investigatória interna do Ministério Público, com vistas a defesa do patrimônio público.

De fato, a experiência tem me mostrado que, com o rompimento deste segredo, é possível desvendar, não raro, o enriquecimento ilícito de agente público, especialmente na hipótese concreta em que o servidor deposite em sua conta bancária cheques de fornecedores da repartição pública, na qual ele trabalhe. E neste sentido já tive um caso real, onde tais depósitos se referiam ao pagamento de propinas, sem o correspondente lançamento na contabilidade da empresa.

Destarte, não se pode conceber a autonomia administrativa da Instituição se ela não puder diretamente deliberar sobre a oportunidade e conveniência da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal, como atividade inerente às suas próprias funções institucionais, como quis o legislador constituinte do ano de 1988.

CONCLUSÃO:

A quebra do sigilo bancário e/ou fiscal insere-se no âmbito do poder discricionário do membro do Ministério Público, no universo dos procedimentos administrativos de sua competência, não se tolerando a ingerência de quaisquer Poderes Estatais, haja vista tratar-se de destacado instrumento de investigação da Instituição;

Araguari, 26 de fevereiro de 1996.

EPAMINONDAS DA COSTA
Promotor de Justiça em Araguaí-MG