

3 — PARECERES

SIGILO BANCÁRIO — QUEBRA — REQUISIÇÕES DA RECEITA FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

JOSÉ CARLOS DIAS

Advogado em São Paulo

1. As questões apresentadas se revestem de maior importância, porque objetivam tutelar o direito ao sigilo bancário que assiste aos cidadãos e, ao mesmo tempo, garantir que o fervor na defesa de tal direito não venha a constituir crime de desobediência à autoridade que pretende desvendá-lo.

Acentue-se que o cumprimento de solicitação descabida para revelação de informações agasalhadas pelo segredo, podem vir a constituir delito de violação de sigilo bancário, estabelecido no nosso ordenamento jurídico. Daí a oportuníssima inquietação que inspira a consulta, a demonstrar o zelo do consultante no respeito à lei e aos direitos de seus clientes. Muitas vezes, efetivamente, a instituição financeira se posiciona perante um impasse, numa situação de perigo realmente pendular, entre o crime de desobediência e o de violação de sigilo bancário, além dos gravames éticos e de imagem que a entrega de informações acarreta à instituição financeira.

2. A leitura do art. 38 da Lei 4.595/64 conduz à exegese segundo a qual instituições financeiras estão obrigadas a fornecer dados de seus clientes, revestidos pelo sigilo bancário, ao Poder Judiciário, às Comissões Parlamentares de Inquérito e aos agentes fiscais, quando houver, nesta última hipótese, processo instaurado.

A consulta foi estimulada pelo acórdão da lavra do Min. Demócrito Rei-

nado nos autos do Resp. 37.566-5/RS. Após minuciosa análise da matéria, com interpretação integrada e sistemática dos arts. 38, § 5.º, da Lei 5.495/64 e 197, II, parágrafo único, do CTN, diante do art. 192 da CF/88, o recurso veio a ser improvido, fundamentando-se a decisão na impossibilidade da quebra do sigilo bancário com base em procedimento administrativo-fiscal.

Como o consultante e outras instituições financeiras continuam a receber ofícios da Receita Federal e do Ministério Público, com ameaças de instauração de inquérito policial ou mesmo de ação penal, com fundamento no art. 330 do CP, que define o crime de desobediência, além de multa pecuniária, são absolutamente pertinentes e oportunas as questões que a seguir serão respondidas.

3. Enfrentamos a discussão acerca da legalidade dos ofícios enviados pela Receita Federal, ou ainda, por órgãos do Ministério Público.

O sigilo bancário é uma extensão da proteção da privacidade a que têm direito os cidadãos, direito este assegurado na Constituição Federal, em seu Tít. II, Cap. I, que estabelece os direitos e deveres individuais e coletivos. Se assim é, claro está que é inadmissível outra interpretação que não seja rigorosamente restritiva. Impossível cogitar-se de exegese que induza ou tolere interpretação extensiva de qualquer artigo de lei, que tenha por finalidade violar as prerrogativas da cidadania.

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
BIBLIOTECA

A Constituição em todos os artigos em que admite a invasão da privacidade do cidadão, em nome do interesse maior da sociedade, estatui a obrigação da existência de ordem judicial, afora a hipótese em que o sigilo pode ser quebrado por deliberação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Como decidido no acórdão acima citado e em vários outros, todos eles lastreados nos mesmos fundamentos, as instituições financeiras somente estarão obrigadas a fornecer, documentos e informações sobre seus clientes, protegidos pelo sigilo bancário ao Poder Judiciário e às Comissões Parlamentares de Inquérito.

Essa é a melhor interpretação doutrinária e jurisprudencial, tendo-se em vista a interpretação sistemática do disposto no art. 192 da CF, em vista do art. 38 da Lei 4.595/64 e do art. 26, II, § 2.º, da Lei 8.625/93.

Estabelece o art. 192 da CF: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em *lei complementar*...” (grifo nosso).

O art. 38 da Lei 4.595/64, diz:

“As instituições financeiras conservam sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1.º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo *Poder Judiciário*, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma” (grifo nosso).

Cotejamos tais dispositivos com o art. 26 da Lei 8.625/93:

“No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

II — requisitar informações e documentos a entidades privadas, para ins-

truir procedimentos ou processo em que officie;

§ 2.º. O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.”

Deste modo, cabe-nos analisar se a Lei 8.625/93 derogou o princípio contido no art. 38 da Lei 4.595/64.

Como salientado em diversos acórdãos, a Constituição Federal, ao estatuir que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar, recepcionou a Lei 4.595/64 como lei complementar, por ser a que disciplina tal sistema. Não tendo, por outro lado, a Lei 8.625 estatuta de Lei complementar, obviamente não pode revogar princípios estabelecidos na Lei 4.595.

Estes são os ensinamentos do constitucionalista Celso Ribeiro Bastos ao analisar o art. 192 da CF, em *Comentários à Constituição do Brasil*, 7.º/358: “O presente artigo estipula que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Na verdade já existe o referido sistema disciplinado pela Lei 4.595/64, que passa a vigorar com força de lei complementar. Não é que a referida lei se converta em norma dessa categoria. O que acontece é que, não podendo a matéria atinente ao sistema financeiro, ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa. Daí a sua eficácia ser de lei complementar e poder falar-se em consequência, que a Lei 4.595/64 tem força de lei complementar”.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (8.625/93), editada pois, sob a égide da nova Constituição, que deu ao Ministério Público poderes e prerrogativas de grande alcance (arts. 127 e ss. da CF), não ousou pretender derogar o que dispõe a Lei 4.595/64,

pois sendo lei ordinária não pode alterar a vigência de um preceito consagrado em lei complementar.

Portanto, para que se possa fornecer informações requeridas pelo *parquet*, devem estas ser determinadas por ordem judicial fundamentada, sob o risco de se estarem ultrapassando os limites das garantias individuais asseguradas na Lei Maior.

O mesmo raciocínio lastreia a afirmação de que o art. 29 da Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, lei de caráter ordinário, não pode ser invocado para que o Ministério Público desvende os segredos bancários, somente podendo atingir tal intento se pedir ao Poder Judiciário e tiver deferido sua pretensão. Aliás tal dispositivo objetiva dar ao Ministério Público poderes para solicitar informações de autoridades, não de particulares, para os efeitos exclusivos do mencionado diploma legal:

“O órgão do Ministério Público Federal, sempre que lugar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único. O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no *caput* deste artigo.”

Se nem mesmo ao Ministério Público compete requisitar informações que estejam protegidas pelo sigilo bancário, muito menos, tem a Receita Federal poderes para intrometer-se tão diretamente na vida privada dos cidadãos.

Aqui, cabe ressaltar trecho da decisão proferida no REsp. 37.566-5/RS, já referido, após análise e interpretação dos arts. 38, § 5.º da Lei 4.595/64 e 197, II e parágrafo único do CTN: “Segundo entendo, a exegese integrada do art. 197, II e parágrafo único do CTN, concede à autoridade fiscal o poder de solicitar as informações que reputa necessária à

instrução ou apuração de débito tributário, desde que as mesmas não se abriguem sob o manto inviolável do sigilo bancário”.

Noutras palavras: “devem as instituições financeiras atender à solicitação do Fisco, cumprindo-lhe, porém, negar-se a fornecer qualquer espécie de notícia ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços a ele prestados (art. 38, *caput*, da Lei 4.595/64)”. Somente lastreada em ordem judicial pode a Secretaria da Receita Federal solicitar tais informações.

Este foi o entendimento ressaltado no acórdão relatado pelo Min. Demócrito Reinaldo, já anteriormente citado, segundo o qual a interpretação integrada do art. 38, da Lei 4.595/64 com o art. 197 do CTN, leva à conclusão de que a expressão processo instaurado, ali contida, refere-se ao processo judicial instaurado e não pode ser interpretado como processo administrativo-fiscal, considerando-se a expressão autoridade, como aquela revestida de funções jurisdicionais.

Tal exegese levou a FEBRABAM a enviar aos seus Bancos filiados a carta-circular BG40345, no dia 25.5.94, na qual, após fazer menção às providências tomadas junto às autoridades no plano federal e estadual adotadas, “recomendou aos bancos associados só entregarem tais informações se houver autorização judicial, dando cobertura nos termos do acórdão do STJ, divulgado em nosso expediente anterior sobre o tema”.

Pelo todo exposto, deve essa instituição financeira se recusar a dar informações que invadam os limites assegurados constitucionalmente pelo sigilo bancário, tanto ao Ministério Público, quanto à Receita federal, sem que o pedido esteja respaldado em ordem judicial, sob pena de incorrerem seus dirigentes e prepostos, nas penas do art. 38, § 7.º, da Lei 4.595/64.

4. A segunda questão que foi posta para nossa meditação, se refere à possibilidade de se impetrarem medidas preventivas para obstar problemas de natureza penal, já que a receita tem reiterado tais pedidos de informações, nos quais ameaça esse banco, como de hábito age contra outras instituições financeiras, de envio de representação ao Ministério Público para que disso resulte procedimento de natureza penal, por crime de desobediência, além da aplicação de multa pecuniária. Em caso positivo, nos foi pedido, que indicássemos quais seriam os órgãos competentes para conhecer de tais medidas.

Diante da natureza das requisições, caso sejam enviadas por órgão do Ministério Público ou por agentes fiscais, ressaltamos dois procedimentos legais, que podem ser adotados por essa instituição financeira:

Como o Ministério Público é o titular da ação penal, pode ordenar à autoridade policial a instauração de inquérito policial. Tal preceito está contido no art. 5.º, II, do CPP: “Nos crimes de ação pública o *inquérito policial* será iniciado mediante *ofício* da autoridade judiciária ou do *Ministério Público*, ou do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo (grifos nossos)”.

E ainda, prevendo o mesmo diploma legal, que o inquérito policial não é imprescindível, pode o Ministério Público, munido de elementos suficientes, quanto à autoria e materialidade delituitosa, oferecer denúncia sem anterior instauração de procedimento investigatório. Assim, é que devem ser analisadas, diferentemente, as requisições encaminhadas por este órgão daquelas enviadas pela Receita Federal.

Assim, se o Ministério Público ameaça processar qualquer indivíduo, por determinado crime de ação pública, como é o caso do crime de desobediência, sendo ele o titular exclusivo do direito de ação, por tratar-se o crime em

tese de crime de ação pública (art. 129 da CF), clara está a caracterização do constrangimento ilegal imposto, justificando-se a interposição de *habeas corpus*, por manifesta falta de justa causa para a ação penal, calcada em imputação de fato absolutamente atípico.

Atípico por quê? Porque o delito de desobediência vem assim definido no art. 330 do CP: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público”.

É, pois necessária a competência funcional do ordenante para que se caracterize o delito, como indispensável que a ordem seja calcada na lei.

Como o Ministério Público, tem foro privilegiado, a medida preventiva sugerida, *habeas corpus*, deve ser interposta perante Órgão Judiciário de 2.ª Instância, se seu representante atuar em 1.º grau de jurisdição, ou então perante o órgão competente para julgar seus representantes, caso atue em outro grau de jurisdição.

No entanto, não entendemos que essa medida possa ser anterior a uma representação em concreto, porque a ameaça em si é que constitui o constrangimento ilegal.

Outra razão para que o *habeas corpus* preventivo seja interposto em virtude de uma ameaça em concreto é que, embora o Ministério Público seja uma instituição permanente, seus representantes têm independência funcional, assegurada pelo art. 127, § 1.º da Lei Maior. Se, cada um de seus membros pode ter condutas diferentes diante de uma mesma situação, não se pode interpor uma medida preventiva que vise determinar que todos os seus representantes ajam de uma mesma forma.

Objetivando tornar ineficaz representação da Receita ao Ministério Público, entendemos que o remédio é o mandado de segurança.

Sendo a Receita Federal, órgão do Poder Executivo, seus agentes são autoridade pública, portanto, contra seus

atos abusivos, caberá Mandado de Segurança (art. 5.º, LXIX da CF).

Parece-nos oportuno, ainda, salientar que entendendo, pela instituição financeira, ser abusiva a ordem, já que absolutamente desmotivada ou arbitrária, mesmo que emanada de autoridade competente (Poder Judiciário ou CPI), não pode ser desacetada. Sendo no entanto passível de reexame pelo Poder Judiciário, através de urgente medida de natureza processual civil ou criminal, com o objetivo de se evitar a irreparabilidade do dano causado pela revelação dos dados mantidos sob reserva.

5. Quanto ao item *c* da consulta, que versa sobre a hipótese de o Ministério Público requisitar a instauração de inquérito policial ou propor, de plano, ação penal, parece-nos que a solução já foi aventada quando nos manifestamos

sobre o cabimento do *habeas corpus*, por falta de justa causa, cabendo, apenas salientar, apesar de óbvio que se a ação penal já tiver sido proposta, o recebimento da denúncia fixa a autoridade judiciária receptora da inicial como a autoridade coatora.

6. Em relação à pergunta formulada no item *d* da carta-consulta, à primeira vista, não nos parece adequado que sejam consignadas as informações confidenciais em Jufzo, isto porque, além de tal expediente carecer de previsão legal, as informações, protegidas pelo segredo bancário, não podem ser violadas, ainda que seja o Poder Judiciário competente para requisitá-las. No entanto, não é de ser descartada a hipótese em caso extremo, dentro de circunstâncias especialíssimas que precisariam ser examinadas.