

CLÉO AMARO DE OLIVEIRA FILHO

**O SIGILO BANCÁRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI
COMPLEMENTAR 105/01**

CURITIBA

2003

CLÉO AMARO DE OLIVEIRA FILHO

**O SIGILO BANCÁRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI
COMPLEMENTAR 105/01**

**Monografia apresentada como
requisito parcial a obtenção do grau
de Bacharel em Direito, Curso de
Graduação em Direito, Setor de
Ciências jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Carlos Eduardo
Manfredini Hapner.**

CURITIBA


2003

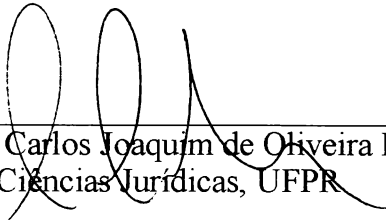
TERMO DE APROVAÇÃO

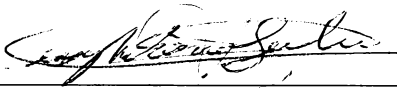
CLÉO AMARO DE OLIVEIRA FILHO

SIGILO BANCÁRIO

Monografia apresentada como requisito parcial a obtenção do Título de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: 
Prof. Dr. Carlos Eduardo Manfredini Hapner
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Dr. Carlos Joaquim de Oliveira Franco
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Dr. César Serbena
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

CURITIBA, 08 DE SETEMBRO DE 2003

SUMÁRIO

RESUMO.....	V
CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO II – CONCEITOS ESSENCIAIS	8
CAPÍTULO III – ORIGEM HISTÓRICA DO SIGILO BANCÁRIO.....	12
3.1 FASE EMBRIONÁRIA.....	12
3.2 FASE INDUSTRIAL.....	13
3.3 FASE CAPITALISTA.....	14
CAPÍTULO IV – REFERÊNCIA AO DIREITO COMPARADO	15
4.1 FRANÇA	15
4.2 PORTUGAL	16
4.3 INGLATERRA	19
4.4 SUIÇA.....	19
4.5 ALEMANHA.....	20
4.6 NORUEGA.....	20
4.7 ARGENTINA.....	21
CAPÍTULO V – INTIMIDADE E VIDA PRIVADA.....	22
5.1 NOÇÕES DE INTIMIDADE E VIDA PRIVADA.....	22
5.2 A PROTEÇÃO À INTIMIDADE DENTRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITOS OU GARANTIA.....	25
5.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
5.3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS NORMAS DE APLICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	31
5.3.2 O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	33
CAPÍTULO VI – O “SIGILO BANCÁRIO” NO BRASIL.....	38
6.1 BRASIL	38
6.2 O SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	40
CAPÍTULO VII – A PROTEÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO	43
7.1 A TUTELA PREVENTIVA.....	43
7.1.1 A TUTELA PREVENTIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	45
7.2 A TUTELA REPARADORA.....	47
7.2.1 A ANTIJURIDICIDADE DA REVELAÇÃO.....	49
7.2.2 A CULPA.....	49
7.3 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	51
7.4 O DANO COMO RESULTADO DA REVELAÇÃO	54
7.4.1 O RESSARCIMENTO.....	55
7.4.2 AÇÃO INDENIZATÓRIA	55
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIA.....	58

RESUMO

O sigilo bancário nasce na antiguidade, com as primeiras manifestações bancárias sob um cunho inicialmente religioso. No séc. XV o sigilo deixa de ser costume e ganha positividade, no que a França foi o primeiro país a reconhecê-lo oficialmente. No Brasil o Código Civil de 1916 no seu art. 144, proibia as pessoas a deporem sobre os fatos que, por motivo profissional, tinham o dever de guardar segredo. Contudo, será o art. 38 da Lei do Sistema Financeiro Nacional a regular o sigilo especificamente. Com a promulgação da Constituição Federal a jurisprudência e a doutrina concebem que o sigilo ganha a tutela constitucional, nos incisos X e XII do art. 5º. Dessa forma vigorou no contexto pátrio o entendimento de que, com exceção das CPIs, a quebra somente seria autorizada pelo Poder Judiciário. Contudo, em 2001 surge a Lei Complementar 105, que por sua vez revoluciona todo o entendimento até então consolidado, pois revoga expressamente o art. 38 da Lei 4.595/64 e retira a competência do Poder Judiciário para a quebra. No entanto, defendemos que o sigilo bancário não é direito comum, mas direito que goza da chancela constitucional.

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO

A proliferação do terrorismo e do narcotráfico no cenário internacional propiciou em diversos países a adoção de medidas restritivas a certas atividades econômico-financeiras, buscando com isso senão eliminar, ao menos dificultar a lavagem do dinheiro proveniente desses crimes.

Diante disso, verificou-se nas últimas duas décadas, não só um aperfeiçoamento do sistema de arrecadação tributária, mediante investimentos tecnológicos, mas também a implementação de uma fiscalização mais efetiva, no qual através de convênio internacional, os países signatários se comprometem, quando solicitados, a informar os dados e origem dos numerários suspeitos.

No cenário interno, o combate aos sobreditos crimes, resultou na criação de diversas leis, a saber, a Lei 9.613/98 que reprime os crimes de “lavagem” de bens, direitos ou valores, bem como a Lei Complementar 105/01 que estabelece nova disciplina ao sigilo bancário, ou seja, retira do Poder Judiciário, dando, agora, à própria autoridade administrativa, mediante ato discricionário, o poder para a quebra dos segredos fiscal e bancário.

Até a edição da LC 105/01, o sigilo, concebido pela doutrina como um dever do cidadão e uma obrigação para as instituições financeiras, era disciplinado pelo art. 38 da Lei 4.595/64, que até certo ponto atendia as relações jurídicas entre o contribuinte, o fisco e as instituições financeiras, pois reclamava prévia autorização do magistrado que avaliando à necessidade do caso, concedia ou não a quebra.

Assim, pretende o presente trabalho demonstrar que o sigilo bancário não é direito comum, mas direito com chancela constitucional, arrolado no título dos direitos e garantias fundamentais, cujo Constituinte originário considerou-os como *cláusula pétrea*, com o fim de proibir até mesmo a simples proposta de emenda tendente a aboli-los.

No segundo capítulo expor-se-á, sumariamente, como a doutrina pátria e

estrangeira concebem o sigilo, ora encarando-o como obrigação, ora como dever, ora como direito.

No terceiro capítulo, destacar-se-á a evolução histórica que o segredo atravessara, iniciando na fase embrionária, passando pela institucional até chegar a capitalista, onde ganhou a codificação.

No quarto capítulo far-se-á referência ao direito comparado, no sentido de ver como os diversos países encaram o sigilo, bem como justificar a atual posição de flexibilização do segredo.

No capítulo quinto, iniciar-se-á pela noção de intimidade e privacidade, com o fim de demonstrar que por estarem ligadas ao princípio da liberdade, constante do caput do art. 5º da CF, não são cada qual simples direito ou garantia fundamental, mas direito-garantia indissolúveis.

No capítulo sexto abordar-se-á o tratamento dispensado ao sigilo pelos Códigos de Processo Civil, Penal, Civil e Resoluções do BACEN, abordando a Lei 4.595/64, que regulava especificamente o segredo. Contudo em 1988, a intimidade e privacidade ganham a tutela da Lei Maior, sendo portanto, consagrada a sua inviolabilidade no inciso X, do sigilo de dados no inciso XII, do art. 5º. Portanto, diante da salvaguarda da Carta Magna, tanto a doutrina como a jurisprudência compreendem que o sigilo bancário somente poderia ceder diante de certos interesses, também, tutelados pela Carta Magna.

No capítulo sétimo, abordar-se-á a os meios de defesa a que o titular do direito ao sigilo poderá valer ante a violação do segredo. Assim, o capítulo se inicia pela tutela preventiva e se conclui com a ação indenizatória.

Portanto, buscar-se-á demonstrar que, ao permitir a LC 105/01 que as autoridades públicas e fiscais quebrem diretamente os sigilos fiscal e bancário, a mesma violou certas garantias ou princípios tutelados pela Constituição; sendo assim, se faz mister que os dispositivos incompatíveis com a Lei Maior sejam expulsos do ordenamento.

CAPÍTULO II - CONCEITOS ESSENCIAIS

A idéia de sigilo ou segredo bancário, inicialmente, importa em obrigação ou dever por parte das instituições financeiras de não informar dados pessoais ou patrimoniais que integram à vida privada do indivíduo.

COVELLO, pesquisando a doutrina argentina, encontrou a definição de MALAGARRIGA, no qual o sigilo bancário é “a obrigação imposta aos Bancos de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados referentes a seus clientes que cheguem ao seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam”.¹

Ainda na doutrina argentina cabe ressaltar a definição de VILLEGAS, cujo sigilo bancário “é o dever imposto aos Bancos e demais instituições financeiras de não revelar as informações que possuam de seus clientes e as operações e negócios que realizem com eles”.²

Na doutrina pátria CRETELLA JUNIOR, define o sigilo como a “a liberdade de não emitir o pensamento, senão para um, ou para emitir o pensamento apenas para um”.³

No Magistério de ALBERTO LUIS, o sigilo bancário corresponde a “discrissão que os Bancos, ou seus órgãos e empregados devem observar sobre os dados econômicos e pessoais dos clientes ao seu conhecimento através do exercício

¹ MALAGARRIGA, Juan Carlos. **El secreto bancario**. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1970, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancario**. São Paulo: Leud, 2001, p. 84.

² VILLEGAS, Carlos Gilberto. **La cuenta corriente bancaria y el cheque**. Buenos Aires, Depalma, 1986, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancario**. São Paulo: Leud, 2001, p. 84.

³ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 268.

das funções bancárias”.⁴

COSTA JUNIOR, concebe o segredo como “o círculo concêntrico de menor raio em que se desdobra a intimidade; é o que reclama mais veemente contra a indiscrição”.⁵

Com arrimo no art. 38 da Lei da Reforma Bancária, sugere COVELLO a se definir o sigilo como, “a obrigação que tem os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.⁶

A opção pelo uso do vocábulo *obrigação* se apóia nos ensinamentos de ORLANDO GOMES⁷, pois para COVELLO, embora os termos dever e obrigação sejam sinônimos, obrigação tem sentido técnico-jurídico mais preciso de relação de crédito que envolve um dar, fazer ou não fazer coisa alguma. Além disso, acrescenta, que na linguagem do direito civil, a palavra *dever* é confinada no âmbito de direito de família, aparecendo nas expressões “direitos e deveres do marido”, “direitos e deveres da mulher”.⁸

Inicialmente descrevemos, se tratar o sigilo bancário de obrigação ou dever a que as instituições financeiras estariam submetidas. Contudo o Professor ORLANDO GOMES faz menção a se reservar o uso do vocábulo *obrigação* para expressar o dever

⁴ LUÍS, Alberto. **Direito bancário: temas, críticas e legislação conexa**. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 84.

⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.73.

⁶ COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 86-87.

⁷ Descreve Orlando GOMES a necessidade de se distinguir as obrigações dos deveres nos seguintes termos: “...da obrigação propriamente dita devem distinguir-se *os deveres* que embora tenham o mesmo perfil, caracterizam-se pela *extrapatrimonialidade* da prestação. Resultam de vínculos familiares. Conquanto sejam *jurídicos*, não se confundem com as obrigações, de conteúdo patrimonial. São disciplinados por normas inaplicáveis a esta. Para evitar a confusão, deve-se reservar o vocábulo *obrigação* para significar o dever de prestação correspondente a um direito de crédito.” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.31).

⁸ COVELLO, op. cit., p. 86-87.

de prestação correspondente a um direito de crédito e o termo *dever* para as questões extrapatrimoniais. Propõe-se o sigilo bancário não ser simples obrigação ou dever, mas dever legal.

SANTOS⁹, em Monografia sobre o tema, faz uma crítica a definição de COVELLO. Resulta sua crítica na demasiada influência privatística exercida por este autor, ao optar ele pelo uso do termo obrigação em detrimento de dever. Embora, obrigação corresponda a uma relação de cunho essencialmente patrimonial¹⁰, em geral decorrente de um contrato, para SANTOS seria melhor conceber o sigilo como dever legal, haja vista ser um imperativo da lei.

SANTOS, ainda, expõe dois argumentos a fundamentar sua razão por conceber o segredo como dever legal. O primeiro diz respeito “a inexistência de disponibilidade sobre o sigilo bancário, ao menos por parte do banco, pois a LC 105/01, no seu art. 1º, caput, impõe rigorosa obediência, inclusive sob pena de sanção, a tornar inviável a simples caracterização do instituto como obrigação”. Já o segundo, preconiza “a importância de se observar no objeto do sigilo bancário, a salvaguarda do direito fundamental à intimidade e à vida privada do cidadão, à qual corresponde, na linguagem do Direito Constitucional, um dever de abstenção por parte do que está impedido de comunicar a terceiros, sem justa causa, os termos dos negócios por ele realizados”.

Conclui SANTOS, por dizer que “tratando-se de uma exigência derivada da lei, cujo âmbito de tutela normativa é um direito fundamental (indisponível), o sigilo

⁹ SANTOS, Rodrigo Muniz. **Intimidade, Vida Privada e o Sigilo Bancário no Processo Penal**. Curitiba, 2001. Dissertação – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p.167.

¹⁰ Orlando GOMES define a *obrigação* nos seguintes termos: “... é um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse de outra, que pode exigi-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante ação sobre o patrimônio do obrigado.” E ainda: “tecnicamente, *obrigação* é espécie do gênero *dever*, reservando-se o termo para designar o dever correlato a um direito de crédito” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.18).

bancário manifesta-se no ordenamento normativo como um autêntico dever legal, não como mera obrigação”.¹¹

Portanto, no contexto do direito pátrio, qualquer definição de sigilo bancário, por força dos incisos X e XII do art.5º da CF, deve reproduzir a salvaguarda de uma garantia fundamental do cidadão, da qual cabe ressaltar as palavras de EIVANY SILVA: “O sigilo bancário é espécie do gênero ‘sigilo de dados’, constituindo em um direito fundamental, protegido constitucionalmente, inserto que está no rol dos direitos e garantias individuais, ou seja, em ‘cláusula pétrea’ da Carta Magna, não podendo, portanto, ser modificado nem mesmo por emenda à Constituição e, portanto, muito menos, por legislação de hierarquia inferior”.¹²

¹¹ SANTOS, op. cit., p. 166.

¹² SILVA, Eivany A. **Considerações a Respeito do Sigilo de Dados**. Revista Dialética de Direito, nº 61, p.41-42.

CAPÍTULO III - ORIGEM HISTÓRICA DO SIGILO BANCÁRIO

Remonta o sigilo bancário ao início da atividade bancária surgindo primeiramente como uma necessidade da atividade, aos poucos se torna tradição e condição para o exercício da intermediação de crédito, ou seja, o que no início era observado espontaneamente, apresenta-se, depois, como verdadeira obrigação pelos bancos.

COVELLO¹³, em brilhante obra sobre o tema, descreve o retrospecto histórico das fases do comércio bancário, em três: embrionária, institucional e capitalista, de modo a facilitar a compreensão do surgimento e desenvolvimento do instituto.

3.1. FASE EMBRIONÁRIA

Surgem na fase embrionária as primeiras manifestações do comércio bancário, sob um cunho inicialmente religioso. Abrange esta fase a antiguidade babilônica, hebréia, egípcia e greco-romana.

Na Babilônia somente o clero e o estado ocupavam-se das operações bancárias, nos quais os sacerdotes não só recebiam valores em depósito, mas também realizavam empréstimos, antecipações e mediações nos depósitos, evidenciando que o segredo e a discrição surgiram em parte da localização, nos templos.

No século 6º a.C., o processo de laicização do comércio babilônio acentuou-se de maneira considerável. Do templo e do palácio, a atividade bancária passou para as mãos de civis, surgindo assim, os primeiros estabelecimentos de iniciativa privada.

Em Roma o segredo bancário assumiu grau jurídico. O “Códex”, uma qualidade de livro caixa dos banqueiros, só era apresentado perante a justiça nos caso

¹³ COVELLO, op. cit., p. 20.

de litígio entre o banqueiro e seu cliente, podendo somente revelar parte da conta que era necessária para constituir prova.

3.2. FASE INSTITUCIONAL

Assiste-se nos séc. XII e XIII, o fim das invasões, que além de contribuir para a segurança e renovação da economia, também colaborou para o aumento demográfico, resultando no conseqüente aparecimento de consumidores e produtores bem como o surgimento das cruzadas e o aparecimento das grandes cidades.

Deste modo, processou-se na Idade Média a substituição da gênese bancária rudimentar, baseada na troca de bens, pela economia monetária, já bastante desenvolvida pelos romanos, resultando no florescimento das operações bancárias.

Segundo COVELLO, o banqueiro da Idade Média era, ao mesmo tempo, emprestador e negociante, exercendo paralelamente a custódia de valores. Como profissionais da moeda e do crédito, os banqueiros logo se agruparam em associações de classe, reguladas por estatutos próprios, contribuindo, desta maneira, para a formação de um direito bancário gremial.¹⁴

COTELLY¹⁵ descreve o Banco de São Jorge como a primeira entidade bancária, no sentido moderno, tendo suas origens em 1147-1148 com o escopo de administrar as rendas do Estado, tornando-se em seguida um poderoso estabelecimento posteriormente de crédito.

¹⁴ COVELLO, op. cit., p. 33.

¹⁵ COTELLY, E. **Derecho bancario**. Buenos Aires, Ed. 1956, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 33.

3.3. FASE CAPITALISTA

A fase capitalista se inicia com a Renascença e vem até os dias atuais. É nesta fase que o sigilo bancário passa a despertar a atenção do legislador, deixando de ser costume para chegar à positividade legislativa.

A grande característica, desta fase, fora os surgimentos dos grandes capitalistas banqueiros e a disseminação, pelo mundo, das empresas de crédito, no qual se destaca a criação do Banco de Amsterdam, em 1508, e o Banco da Inglaterra em 1689.

Mas será em 1706, com a Grande *Ordennance Surle Commerce*, que o sigilo bancário, se consagrará de maneira explícita em lei, tal como conhecemos hoje.¹⁶

¹⁶ COVELLO, op. cit., p. 37.

CAPÍTULO IV - REFERÊNCIA AO DIREITO COMPARADO

Após breve análise sobre a evolução histórica do tema, busca-se agora, a título didático no presente tópico, destacar algumas referências do instituto no direito comparado, que permitem ter uma noção de como funciona o acesso às informações patrimoniais e financeiras de pessoa física ou jurídica coberta pelo sigilo.

4.1. FRANÇA

A França foi vanguardeira em reconhecer oficialmente, ainda sob o regime monárquico, a importância do sigilo para as operações bancárias.

Consolidou-se, com a Revolução Francesa, na mentalidade do povo o apreço pelos direitos naturais do homem, preponderando a idéia de defender a propriedade, a liberdade e a igualdade dos cidadãos perante a lei.

Na idéia de liberdade, assenta-se o direito ao segredo, de que é espécie o sigilo bancário, pois pelo direito ao segredo tutela-se a liberdade do cidadão frente a seus semelhantes e ao próprio Estado.

Esclarece o Prof. ROGER SAINT-ALARY, da Universidade de Paris, “no direito francês não existe um direito ao segredo dos negócios (*secret des affaires*) reconhecido expressamente em lei, esse é, em realidade um aspecto da liberdade individual, ou um direito da personalidade de o interessado opor-se à sua revelação, como passivamente pela obrigação imposta a cada qual de respeitar o segredo”.¹⁷

Em 1810, o Código Penal francês, dispôs, no seu art. 378, que:

“Os médicos, cirurgiões, e outros oficiais da saúde, assim como os farmacêuticos, as parteiras e quaisquer outras pessoas que, por seu estado ou profissão ou por funções temporárias ou permanentes, sejam depositárias de segredos confinados, com exceção daqueles casos em que a lei os obriga a denunciá-los, e que os revele, sem justa causa, serão apenados com prisão de um a seis meses e multa de 500 a 3.000 francos”.

¹⁷ COVELLO, op. cit., p. 40.

Como se observa, a norma acima, embora tenha dado proteção punitiva ao segredo profissional, cominando inclusive pena de prisão, não inclui o banqueiro entre as pessoas obrigadas ao segredo. Todavia, a doutrina e a jurisprudência francesa acabaram por submeter os profissionais de banco ao sigilo penalmente protegido, dado a forma genérica com que se acha redigido o artigo em questão – “outras pessoas que por seu estado ou profissão... sejam depositários de segredos confinados”.

Em 1945, o legislador francês, mediante lei, resolveu, em parte, o problema da lacuna legislativa, impondo explicitamente aos bancos nacionalizados o dever de segredo, ficando os outros bancos sujeitos às disposições do Código Civil, do Código Comercial e dos usos e costumes.

Em julho de 1970, o Código Napoleão, em razão de reforma, passou a referir-se expressamente ao direito à intimidade, prevendo até medidas específicas para coibir os atentados a esse bem da personalidade.

4.2. PORTUGAL

Em Portugal, o sigilo bancário foi regulado pela primeira vez, mediante Regulamento Administrativo do Banco de Portugal de 1º de maio de 1891, prevendo no seu art. 221 que “as operações dos Bancos e os depósitos dos particulares serão assuntos de segredo para todo o pessoal da sede e das delegações, qualquer que seja a sua categoria. Os empregados que as revelarem serão repreendidos, se da revelação não resultar dano; resultando serão despedidos”.

Em 1967, por intermédio do DL 47.909, de 7 de setembro, seguidos dos DL's 644/75 e 2/78, voltou a matéria a ser regulada de forma mais completa, perfilhando o princípio do sigilo reforçado, onde parecia não haver lugar para o dever de cooperação com as autoridades judiciárias¹⁸, o que foi posteriormente excepcionado

¹⁸ RODRIGUES, Anselmo. **O Sigilo bancário e o direito constitucional**. In: Sigilo bancário. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 55.

pelo DL's 369/83 e 400/82, em face da necessidade de combater o tráfico de entorpecentes e a corrupção administrativa.

Na década de noventa, mediante o DL 298/92, recebeu o sigilo bancário, nova disciplina, estabelecendo o Regime Geral das Instituições de Crédito (RGIC), atualmente em vigor.

Destaca-se que, a paridade de nossa legislação, optou Portugal por brindar o direito à intimidade com a tutela da Constituição da República Portuguesa, inserindo-o no art. 26º, nº 1.

DIOGO LEITE DE CAMPOS, analisando, o art. 26, nº 1, da CRP, vê “o direito à privacidade e o sigilo bancário em especial”¹⁹, razão pela qual não se pode admitir “que interesses patrimoniais, seja de quem for, façam limitar o sigilo. A proteção da pessoa que subjaz ao direito à privacidade -sigilo bancário- não pode ser afastada pela proteção dos patrimônios. Mesmo que este interesse seja o patrimonial do Estado em cobrar impostos”²⁰ ou “no caso de crimes contra o patrimônio ou pessoas de pouca gravidade”²¹.

Nesse sentido cabe ressaltar as palavras de ANSELMO RODRIGUES:

“... qualquer limitação legal do sigilo bancário em relação à Administração há de passar por mecanismos que garantam que a vida privada do cidadão retratada na sua ‘biografia numérica’ que é a conta corrente, não será devassada. Essa limitação nunca poderá chegar a ponto de à Administração ser lícito ver, analisar, recolher elementos que possam interferir com esse núcleo essencial da sua vida privada”²².

Salienta-se que Tribunal Constitucional português fora questionado a cerca da constitucionalidade do DL 513-Z/79, ao conferir este à Administração fiscal o

¹⁹ CAMPOS, Diogo Leite. **O sigilo bancário**. In: Sigilo bancário. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 14.

²⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. *ibidem*, p.17.

²¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *ibidem*, p.17.

²² RODRIGUES, Anselmo. *op. cit.*, p.60.

poder de exigir através dos seus inspetores, das instituições bancárias, a prestação de informações ou o fornecimento de documentos no exercício da sua competência e atribuições. Na ocasião, o Tribunal entendeu existir “inconstitucionalidade orgânica”, do Decreto, uma vez que sua edição não foi precedida de autorização da Assembléia da República, o que seria indispensável em se tratando de restrição ao direito fundamental à intimidade.

Como não há manifestação, quanto ao mérito da constitucionalidade, de à Administração tributária poder quebrar o sigilo, o tema permanece em aberto, acarretando a existência de opiniões bastante díspares sobre os poderes do Estado, onde de um lado, da doutrina, estão os que admitem a conformação do sigilo bancário pela lei, quanto do outro, há os que sustentam a natureza absoluta do segredo.

A legislação portuguesa optou por admitir o acesso as informações financeiras dos indivíduos exclusivamente para atender requisições da Justiça, quer no âmbito do processo penal (arts. 135º e 181 do CPP) quer no processo civil, por força do disposto no art. 519º, nº 1, do CPC, cuja redação é a seguinte: “todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados”.

4.3. INGLATERRA

A Inglaterra não possui lei especial de proteção ao sigilo bancário.

Segundo MOLLE, o sigilo bancário “é um costume inveterado na praxe bancária inglesa, tão importante, que os bancos soem exigir dos candidatos a emprego, que firmem, antes de serem contratados, um documento pelo qual se obrigam a respeitar o segredo nas relações com a clientela”.²³

Para a doutrina e jurisprudência, o fundamento do sigilo, deve ser buscado na relação contratual existente entre o e o cliente, mediante a figura da *clausula implicita*.

A fim de justificar a incidência da cláusula implícita, destaca-se o célebre julgado do caso “Tounier X Nacional Provincial and Union Bank”, de 17 dezembro de 1912, ao deixar assentado que “o dever de segredo é legal e surge do contrato”, alinhavando que “o contrato que une o banqueiro a seu cliente comporta uma cláusula implícita que o obriga a guardar discrição sobre as contas e operações dos clientes”.²⁴

Assim, embora não haja, na Inglaterra, dispositivo legal a regular o sigilo, sua violação importa, por conseguinte, em responsabilidade civil para o banco.

4.4. SUIÇA

A neutralidade política e a estabilidade administrativa contribuíram para que a Suíça se tornasse uma das nações preferidas pelos grandes refugiados políticos do mundo inteiro, atraindo com isso grande soma de capitais para os estabelecimentos de créditos, a fazer com que o sigilo tenha tratamento peculiar.

Destaca-se também, neste país, a criação do sistema de contas cifradas ou numeradas, cuja origem remonta a II Guerra Mundial.

²³ MOLLE, G. **I contratti bancari**. 2ª ed. Milão, Giuffrè, 1973, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 54.

²⁴ COVELLO, op. cit., p. 55.

No direito suíço não só a Constituição protege à intimidade, mas também o Código Civil assiste proteção, ao dizer, no seu art. 27, que “ninguém pode renunciar à capacidade de direitos e de negócios, nem alienar a sua liberdade ou limitar o uso dela em grau contrário às leis e aos bons costumes”. E ainda, no art.28, impõe “o dever de reparar qualquer eventual danos causado aos interesses pessoais do indivíduo”.

No entanto, o sigilo bancário não é ilimitado, pois admite que a Fazenda acesse as informações do contribuinte, desde que o Judiciário autorize, e o contribuinte tenha se recusado a fornecer.

4.5. ALEMANHA

Na Alemanha não existe regra específica nem tão pouco definição legal para o sigilo bancário, mas ele é aceito pela doutrina e jurisprudência.

Também não é absoluto, tendo muita das vezes que ceder quando há interesses manifestamente superiores em causa, principalmente frente a justiça penal.

No caso do Fisco, só pode este ter conhecimento de informações do contribuinte, mediante autorização do Poder Judiciário.

4.6. NORUEGA

A lei norueguesa de 24 de maio de 1961 impõe expressamente o sigilo bancário aos estabelecimentos de créditos, sendo o fisco um dos poucos organismos que têm acesso as notícias protegidas pela reserva bancária, no país.

4.7. ARGENTINA

Na Argentina, o dever de segredo impõe-se a todos os empregados da empresa bancária, diretores, administradores, funcionários em geral, cobrindo não só as operações propriamente ditas, mas também as informações que os recebem dos clientes para a execução das operações.

Atualmente a matéria está disciplinada com ligeiras alterações pela recente lei nº 21.526 de 21.2.77. Prescreve o art. 39, do diploma legal, que “as entidades compreendidas nesta lei não poderão revelar as operações que realizem nem as informações que recebem de seus clientes”.

Nos termos do art. 40, o próprio Banco Central fica obrigado ao segredo sobre as informações que obtenha, no exercício de sua função de supervisão.

A violação do sigilo constitui ilícito civil administrativo para o banco, e delito para o empregado, conforme art. 156 CP, havendo, em qualquer hipótese, a responsabilidade civil pelo prejuízo causado ao titular da notícia, nos termos do art. 1.113 do Código Civil.

O sigilo, no entanto, não é absoluto, pois há exceções previstas em lei que autorizam o banco a revelar o que sabe sobre o cliente: requisição da justiça, requisição do Banco Central e do Fisco.

CAPÍTULO V - INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

5.1. NOÇÕES DE INTIMIDADE E PRIVACIDADE

Desde os tempos remotos, o homem, mesmo, sem possuir o dom da fala buscava mediante sinais ou gestos levar a seu próximo a expressão de sua intimidade.

Essa troca de informações que levaria o homem a evolução em todos os campos do saber, passaria, mais tarde, a comportar limitações, donde surge a esfera pública e a privada.

Segundo HANNAH ARENDT, citada por VIDAL SERRANO, “a distinção entre as esferas públicas e privadas, encarada do ponto de vista da privatividade e não do corpo político, equivale à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser oculto. Somente a era moderna, em sua rebelião contra a sociedade, descobriu quão rica e variegada pode ser a esfera do oculto nas condições da intimidade”.²⁵

Com base nessa distinção entre o público e o privado, queurgia na sociedade face ao desenvolvimento histórico-social-científico, foi traçada a teoria dos círculos concêntricos, que no repertório jurídico pátrio, reproduziu-se sob a forma de quatro círculos: o do público, o da privacidade, o da intimidade e o do segredo.

Corresponde o círculo do público aquela parte da pessoa que fica aberta ao conhecimento de todos, ou seja, onde ocorre a troca de conhecimentos mais vastos.

O círculo da privacidade diz respeito àquele contexto mais restrito, não aberto ao público, mas a algumas pessoas de maior confiança ou familiaridade, correspondendo, assim, aquele círculo em que o homem não só troca informações mas

²⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, apud NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, p. 36.

sentimentos.

Assevera, TERCIO FERRAZ: “A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por lhe dizerem a eles só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão”.²⁶

Já quanto ao círculo da intimidade, será este, a expressão da restrição do círculo da privacidade, correspondendo, assim, aquela parcela mais própria do indivíduo, onde residem seus sentimentos mais íntimos, como os pensamentos, ideais, alegrias, frustrações, etc....

Onde novamente, TERCIO FERRAZ, expõe: “A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade”.²⁷

Por último e mais restrito de todos está, o segredo, que se refere ao que a pessoa no âmago da existência quer resguardar de todos, como bem define COSTA JUNIOR: “a esfera do segredo (Geheimsphäre). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos muitos chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito”.²⁸

Resta-nos, agora, estabelecer se à intimidade e à privacidade podem ser vistas como direitos autônomos ou se correspondem a extensão de outro direito maior.

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. nº 1. ano 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 77.

²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *ibidem*, p.79.

²⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *ibidem*, p.37.

Ensina GILBERTO HADDAD:

“Quando o indivíduo determina o que ou quem participa ou não de sua intimidade, o que quer ou não quer resguardar e manter só para si, seus familiares e amigos ‘íntimos’, exercita seu *direito à liberdade de opção*, de escolher o que pretende, e com que intensidade, preservar ou o desnudar, estabelecendo, portanto, e a partir daí, o que não deverá e o que não poderá sofrer ingerência, e em que medida teria esta lugar”.²⁹

Muitos são os juristas que fundamentam o sigilo bancário, na teoria da liberdade negação, ou seja, na liberdade vista sob a ótica negativa, tem o cidadão o direito de não permitir que sua privacidade seja revelada. Dentre eles destacamos, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., MISABEL ABREU M. DERZI e SACHA CALMON NAVARRO COELHO.

Inclusive, o renomado PONTES DE MIRANDA, ao se ocupar do estudo da procedência lógica da inviolabilidade da correspondência e do segredo profissional, acabou por concluir “trata-se apenas, de um dos casos de liberdade de pensamento - a liberdade de não emitir o pensamento. Assim, a inviolabilidade da correspondência, o segredo profissional, o segredo em geral encontra o seu lugar sistemático”.³⁰

HAMILTON DIAS DE SOUZA, também coaduna que o direito ao sigilo bancário corresponde a um desdobramento do direito à liberdade, cujas palavras são:

“Creio que o tema [sigilo bancário] está umbilicalmente ligado à liberdade e à dignidade da pessoa humana, como menciona nos arts. 5º, caput e 1º, inc. III, da CF. Pudesse haver violação discriminada a tais direitos (intimidade / privacidade) perderia a pessoa a sua liberdade, não sendo de se afastar a possibilidade de se tornar refém do violador. Todos os indivíduos têm segredos íntimos que, se exteriorizados, podem prejudicar sua imagem e honra, ainda que se cuide de pessoa de bem. Tivesse o Estado, ou entidade privada, o poder de penetrar na intimidade dos indivíduos e ser detentor de seus segredos, estes não poderiam sequer, sem medo, lutar pelos direitos inerentes à sua condição de cidadão. O tema diz respeito de perto às liberdades públicas e à idéia de Constituição como limitadora

²⁹ HADDAD, Gilberto. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflitos entre Direitos da Personalidade**. São Paulo: RT, 2000.

³⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 – Tomo V, 3ª ed.**, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.169.

à ação do Estado em face dos indivíduos. O direito à intimidade e à privacidade não é algo que conste do art. 5º da Constituição Federal de maneira extravagante e que resulte apenas de solução legislada. É mais do que isso. É desdobramento do caput do artigo, sobretudo que assegura a todos os indivíduos o direito à liberdade”.³¹

Vê-se, assim, que o fundamento do direito ao sigilo poderá ser buscado, tanto de maneira autônoma, no direito à intimidade ou no direito à privacidade, conforme inciso X, art. 5º., CF. Contudo, a disposição sistemática de nossa Constituição, também, permite compreender o fundamento do sigilo na extensão do direito fundamental liberdade, tutelada no caput do artigo 5º da Constituição, visto ser ela, após o direito à vida, o primeiro atributo da vida humana.

5.2. A PROTEÇÃO À INTIMIDADE DENTRO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – DIREITO OU GARANTIA.

A Constituição de 1988, pretendendo instituir um Estado Democrático, no seu artigo 5º, contemplou um rol extenso de direitos fundamentais, dentre eles, inseriu no inciso X, a proteção à intimidade.

CARL SCHMITT estabelece dois critérios formais para caracterizar os direitos fundamentais.

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.

Pelo segundo, os direitos fundamentais são aqueles direitos que recebem da constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, ou seja, direitos unicamente alteráveis

³¹ SOUZA, Hamilton Dias de. **Sigilo Bancário e o Direito à Liberdade**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 30, jan./fev. de 2000, p.140-141.

mediante lei de emenda à Constituição³².

No entanto, a importância dada aos direitos fundamentais em nossa constituição é tamanha, que o legislador constituinte, considerou-os, no art. 60, § 4º, como *cláusulas pétreas*, não podendo tais direitos nem mesmo, serem objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los.

Assim, definido os direitos fundamentais, cabe agora definir o que são as garantias constitucionais.

Dos publicistas brasileiros, preocupou-se, RUI BARBOSA, em fazer a distinção entre direito e garantia, cujas palavras são:

“Uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos de que essa garantia traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial. Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva... As garantias constitucionais *stricto sensu* são as solenidades tutelares de que a lei circunda alguns desses direitos, contra os abusos do poder”.³³ (sic)

Seguindo esse mesmo entendimento, destacam-se as palavras de JORGE MIRANDA, no qual:

“Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo), os direitos permitem a realização das pessoas e se inserem directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo que possuem os direitos, na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.³⁴ (sic)

³² SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre, Unveraenderter Neudruck*, Berlin: Neukoeln, 1954, pp. 163-173, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 515.

³³ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira: coligidos e ordenados por Homero Pires*. Vol. V. São Paulo: Saraiva & Cia, apud FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 30.

³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Editora Limitada, 1988, p. 89.

Ainda, nesta quadra, aduz FERREIRA FILHO que “os direitos se referem à pessoas em si e sua forma de ação; as garantias remontam as relações entre pessoa e Estado, são elas que delinham a harmonia do sistema constitucional, elas permeiam a consolidação do direito declarado”.³⁵

Destarte, ao instituir a nossa Constituição Federal um Estado Democrático, não só impôs uma nova ordem, mas acabou por estabelecer o paradigma de que os direitos se fazem acompanhar das garantias, a tornar irrelevante a distinção, exposta por RUI BARBOSA, entre direitos e garantias.

Salienta-se, ainda, que embora o direito ao sigilo bancário tenha seu fundamento no direito à intimidade e privacidade, principalmente no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, não é ele, um direito absoluto, no sentido de não ser excepcionado, mas um direito que poderá ceder frentes a certos interesses também tutelados pela Carta Magna. Nesse entendimento, cabe ressaltar a posição do STJ, através do voto do Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

“É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui uma espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia a intimidade constitucionalmente assegurada”.³⁶

À restrição aos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico encontra fundamento no princípio da proporcionalidade, do qual nos ocuparemos no próximo ponto.

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, apud FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 31.

³⁶ AG-INQ 187/DF – Corte Especial STJ – rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – J. 21.08.1996 - DJ 16.09.1996 – p. 319.

5.3.O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo MULLER, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, corresponde a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Já numa acepção menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.³⁷

Pretende o princípio da proporcionalidade instituir a relação entre o fim e o meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os feitos desta para que se torne possível um controle do excesso.³⁸

Mas BRAIBANT, examinando as bases do princípio e desvendando-lhe a importância, acresceu um terceiro elemento, a situação de fato, estabelecendo assim uma relação triangular entre fim, meio e situação, para corrigir as insuficiências da dualidade antecedente.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. No entanto, com esse princípio nasce também um novo Estado de Direito cuja solidez resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos de segunda e terceira geração, os direitos sociais, econômicos e culturais, a par dos direitos da comunidade, como, por exemplo, a autonomia, a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento e a

³⁷ MÜLLER, Pierre. **Lê principe de la proportionalité**: in Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 97, Heft 3, Basel, 1978, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 357.

³⁸ GENTZ, Manfred. **Zur Verhaeltnismaessigkeit von Grundrechtseingriffen**. NJW, 1968, Helft 35, p. 1.600, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 357.

fraternidade.³⁹

Nesse sentido GRABITZ ao perceber, na década de 70, a grande influência que o princípio da proporcionalidade começava a exercer sobre os direitos fundamentais, asseverou:

“Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de forma hesitante e casual, sem consequência sistemática evidente; desde o ‘Apotheken-Urteil’, porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de afeição dos atos do Estado. Sua principal função, o princípio da proporcionalidade a exerce na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais”.⁴⁰

Contudo, constatou a doutrina a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios a governarem o princípio da proporcionalidade.

O primeiro é a pertinência ou aptidão que nos deve dizer se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público. Assim busca-se adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, de modo, que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido.

O segundo elemento do princípio da proporcionalidade é a necessidade. De acordo com este princípio a medida não há de exercer os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja.

Para XAVIER PHILIPPE, o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. E, ainda, acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada ‘mas o meio empregado’ e que

³⁹ ERMACORA, Felix. **Das Verhaeltnismaessigkeitsprinzip im oesterreichischen Recht sowie aus der Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention**: in *Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit in Europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985, p. 69, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 358.

⁴⁰ GRABITZ, Ebehard. **Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, AöR, 1973/4 98, p.569-570, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 358-359.

este “deve ser dosado para chegar ao fim desejado”.⁴¹

Por último temos o terceiro critério que consiste na própria proporcionalidade, tomada *stricto sensu*. Assinala PIERRE MULLER que a escolha recai sobre o meio ou meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

Para o sobredito constitucionalista, qualquer indivíduo ao fazer uso do princípio, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso dos meios desproporcionais; cujas palavras merecem ser destacadas:

“É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar em todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna condição da legalidade”.⁴²

Salientou-se, em linhas atrás, que juntamente com princípio da proporcionalidade nascia uma ordem constitucional, um novo Estado de Direito. Contudo para compreendermos o conteúdo e alcance do princípio em questão, se faz necessário, abarcar o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.

Assim, com a instauração doutrinária do segundo Estado de Direito, o juiz, ao contrário, do legislador, atua por um certo prisma num espaço mais livre, fazendo como lhe cumpre, o exame e aplicação das normas.

⁴¹ PHILIPPE, Xavier, ob. cit., p.44, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 361.

⁴² MULLER, Pierre, ob. cit., p. 121, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 361.

Portanto, as limitações que hoje padecem tanto o legislador constituinte quanto o de segundo grau -poder reformador- configuram a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, ou seja, a preponderância do princípio da constitucionalidade, hegemônico e moderno, sobre o velho princípio da legalidade ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal.⁴³

5.3.1. O Princípio da proporcionalidade e as normas de aplicação de Direitos Fundamentais

LERCHE, sustentando uma posição da dogmática, constrói verdadeira teoria das normas de aplicação dos direitos fundamentais.

Parte ele das formas típicas e diferenciadas de limitações que os legisladores realizam classificando, assim, em cinco categorias de normas: normas interventivas, normas elucidativas, normas caracterizadoras de direitos fundamentais, normas impeditivas de abuso e normas de solução de conflitos.⁴⁴

As normas interventivas são aquelas com base numa habilitação jurídico-constitucional interferem na delimitada esfera de eficácia de um direito fundamental, provido de substantividade e volvido para um determinado fim.

Já as normas elucidativas são simplesmente aquelas que se circunscrevem a esclarecer os limites já traçados aos direitos fundamentais.

As normas caracterizadoras de direitos fundamentais são aquelas que primeiro estabelecem os conteúdos dos direitos fundamentais e com isso os seus limites.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 363-364.

⁴⁴ LERCHE, Peter. **Übermass und Verfassungsrecht** – Zur Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Erfordelichkeit, Köln/Berlin/München/Bonn, 1961, p. 106, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 381.

As normas impeditivas de abusos têm por finalidade remeter alguém aos limites de seu direito.

Já as normas de solução de conflitos servem para dirimir litígios entre direitos fundamentais que não foram ainda resolvidos pela própria Constituição e que também não podem ser resolvidos. Ocorrendo, assim, por exemplo, quando o legislador reclama autorização para baixar normas caracterizadoras desses direitos.⁴⁵

Como se vê, a teoria de LERCHE estabelece um importante pressuposto, ou seja, o da importância de se distinguir os direitos fundamentais cujo conteúdo a própria Constituição determina dos direitos fundamentais cujo substrato é até certo ponto determinado pelo legislador.

Mas para GRABITZ a “intervenção” somente é possível nos direitos fundamentais da primeira categoria.

No que tange as norma de solução de conflitos LERCHE e GRABITZ advertem para o fato de que, relativamente ao modo de sua eficácia, elas se podem comparar às normas interventivas, embora aquilo que as eleva a uma categoria ou tipo autônomo seja o seu fim específico, para o qual as normas de intervenção em geral não servem: a solução de conflitos de direitos fundamentais.⁴⁶

No entanto, com relação ao princípio da proporcionalidade, LERCHE assevera que sua eficácia só se nega para aquelas normas que não “limitam” direitos fundamentais, senão que os aperfeiçoam ou simplesmente lhes desenham os limites já existentes e com isto os elucidam. GENTZ, com apoio na judicatura da Corte Constitucional alemã toma posição diametralmente oposta, ou seja, para ele o princípio da proporcionalidade tem “eficácia geral” para todas “as limitações de

⁴⁵ LERCHE, Peter, op. cit, p.117, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 381.

⁴⁶ LERCHE, Peter, op. cit, p.131 e GRABITZ, E. Freiheit um Verfassungsrecht, ob. cit., p. 87, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 382.

direitos fundamentais”.⁴⁷

5.3.2. O legislativo e o Judiciário frente ao princípio da Proporcionalidade.

Apesar de o princípio da proporcionalidade exercer um papel importantíssimo, ou seja, de salvaguarda dos direitos fundamentais frente as ações limitativas que o Estado impõem a esses direitos, tem sido ele alvo de críticas, cujo temor maior seria a instauração de um verdadeiro “Estado de Juízes”, caso a tarefa de elaborar as leis fosse cerceada ou comprimida.

Assim, o uso do princípio da proporcionalidade pelo judiciário para a verificação dos atos legislativos deve cingir-se aos estritos limites da competência deferida pelo texto constitucional, ou seja, simplesmente atestar a constitucionalidade das leis, não invadir a competência criativa das leis.

Nesse sentido, assevera HANS SCHNEIDER:

“O Controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido a judicatura dos tribunais, precisa todavia manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social ou jurídico-político”.⁴⁸

Destarte, o que importa é a que função do legislador não seja avocada pelo tribunal constitucional quando examina se o legislador se manteve ou não dentro nos limites que lhe foram traçados pela constituição.⁴⁹

Cabe, aqui, ressaltar a sentença do caso *ELFES (Elfes-Urteil)*, marco na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, por haver inculcado uma

⁴⁷ GENTZ, M, op. cit., p. 1.601, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 382.

⁴⁸ SCHNEIDER, Hans, op. cit., p. 397, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 382.

⁴⁹ HUBER, Hans, op. cit., p. 26, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 383.

doutrina de constitucionalidade de caráter valorativo ou material, alheia de todo o formalismo clássico e implicitamente limitativa dos poderes tradicionais conferidos e reconhecidos ao legislador.

“As leis, para serem constitucionais, não bastam que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da lei maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, nomeadamente as que entendem com o axioma da estabilidade jurídica e o princípio do Estado social”.⁵⁰

Prossegue a sentença assinalando que a dignidade do homem é o valor mais alto da constituição; portanto, não pode ser ferido. Salienta, também, que a liberdade espiritual, política e econômica do ser humano também não pode ser alvo de limitações que lhe atinjam o âmago. Dos art. 1º, 2º, e 19 da Lei Fundamental o aresto infere a ocorrência, em proveito do cidadão, de uma esfera existencial privada, colocada sob a proteção do estatuto magno, e reconhecida por círculo inviolável da liberdade humana, que se subtrai à interferência do poder público.

Por último proclama a sentença: “uma lei que ali interferisse, não poderia ser parte da ordem constitucional, teria que ser declarada nula pelo Tribunal Constitucional”.⁵¹

Ante o exposto, concluí-se que o advento da teoria material da constituição e os novos métodos interpretativos trouxeram substanciais progressos em relação à hermenêutica clássica mediante o reconhecimento da normatividade dos princípios e dos valores.

No Brasil a proporcionalidade não existe enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção de

⁵⁰ HUBER, Hans, op. cit., p. 26, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 384.

⁵¹ ELFES URTIL, E 6,32, apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 384.

proporcionalidade se infere de outros princípios que lhe são afins, como a da igualdade, sobretudo em se tratando para a passagem da igualdade – identidade à igualdade – proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.⁵²

Assim, é na qualidade de princípio constitucional ou princípio de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.

Atualmente, a constitucionalidade da Lei Complementar 105/01, que institui o sistema de quebra de sigilo bancário em nossa ordem jurídica está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal, por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 2397-7, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, com a seguinte pretensão:

“Lei Complementar nº105, art. 3º, § 3º; art 5º, caput e parágrafos; art. 6º, e no inciso VI do § 3º, do art. 1º, a remissão do art. 6º. Subsidiariamente, a declaração parcial da inconstitucionalidade do art. 6º, retirando-se a palavra ‘administrativa’ e dando-se a interpretação conforme a CF da expressão ‘autoridade’, como sendo a autoridade judicial. Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar 105; e a Lei Complementar nº 104, art. 1º, na parte em que dá nova relação ao art. 198 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1996, no tocante aos incisos II do § 1º e ao § 2º, introduzidos neste artigo”.⁵³

Espera-se, portanto, que a Colenda Corte reconheça a inconstitucionalidade dos dispositivos supra, face a ofensa a garantia constitucional de inviolabilidade à intimidade e privacidade.

in verbis

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 395.

⁵³ DELGADO, José Augusto. **Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Tributário – Interesse Público, nº 15, p. 42, 2002.

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral de sua violação;

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráfica, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso por ordem judicial hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Como se vê, essas garantias constitucionais protegem o cidadão de qualquer investida de terceiros em sua intimidade, em sua vida privada bem como no sigilo de dados.

Acrescenta-se, ainda, o fato da doutrina ser quase unânime, no sentido de que o sigilo bancário é uma garantia constitucional.

Ainda, nessa quadra aduz IVES GRANDA MARTINS que:

“Pelos incisos X e XII do art. 5º tem o contribuinte o direito de preservação de sua intimidade, de sua privacidade e de terceiros que detenham informações pessoais suas sejam obrigados a guardá-lo.

Não pode, pois, a fiscalização exigir de terceiros informações que apenas pode obter do próprio contribuinte.

Em determinadas hipóteses, todavia, o interesse público há de prevalecer sobre o interesse individual, mas caberá a um outro poder definir se tais hipóteses efetivamente ocorrem, com o que poderá o Poder Judiciário autorizar, se convencido estiver o magistrado de que a hipótese é de gravidade e de lesão ao interesse público, a quebra do direito ao sigilo bancário.

Estou convencido se esta a melhor conformação jurídica da questão, idealizada pelos constituintes, defendida pela doutrina e consagrada na jurisprudência, corrente exegetica esta a que me afilio desde os meus primeiros escritos sobre a matéria”.⁵⁴

⁵⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo bancário**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 1, p. 24-25, apud DELGADO, José Augusto. **Os sigilos bancário e fiscal no**

Também, nesse sentido, se posiciona EIVANY A. SILVA, ao asseverar que: “A maioria dos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, tratam o sigilo bancário como direito fundamental do contribuinte à privacidade, ou seja, à resistência à comunicação de dados que representem desdobramento da personalidade da pessoa, direito à oposição e a negação de comunicação”.⁵⁵

ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito Tributário – Interesse Público, nº 15 , p. 42, 2002.

⁵⁵ SILVA, Eivany A. **Considerações a respeito do sigilo de dados.** Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 61, p.27, apud DELGADO, José Augusto. **Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro.** Revista de Direito Tributário – Interesse Público, nº 15, p. 42, 2002.

CAPÍTULO VI – O “SIGILO BANCÁRIO” NO BRASIL

6.1. BRASIL

No Brasil, o Código de Processo Penal no art. 207, proíbe as pessoas de depor, sobre fatos obtidos, em razão de função, ministério, ofício ou profissão. O Código de Processo Civil faculta a testemunha de depor dos fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo. Por seu turno, o Código Penal, no art.154, tipificou como crime “revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério ou profissional e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

O Código Civil de 1916, no art. 144, eximia a testemunha de depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo. O novo Código Civil de 2002, não inovou na proteção ao segredo. Simplesmente cominou o mesmo tratamento anterior, dizendo no inciso I do art. 229: “que ninguém pode ser obrigado a depor sobre fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo”.

A Lei 1.579/52 confere ao Poder Legislativo, mediante suas Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício de suas atribuições, acesso às informações dos bancos oficiais.

Também disciplinam o sigilo, a Resolução n. 469/78 do Banco Central, sendo que mais objetivamente, a Resolução n. 1.065/85, do mesmo órgão, prescreve medidas repressivas.

Contudo, será a Lei do Sistema Financeiro Nacional - Lei 4.595/64 - a responsável por atribuir ao Judiciário a competência para a quebra do sigilo bancário.

in verbis:

“Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º. 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 às partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º. O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil.

§ 4º. Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º deste artigo deverão ser aprovados pelo plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º. Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º. O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º. A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções civis.”

Fazia a lei supra no § 5º, menção à necessidade de **processo instaurado** e que os mesmos fossem considerados indispensáveis pela **autoridade competente**. Tanto a doutrina e jurisprudência eram unânimes em ver no termo processo, a figura do processo judicial, a deduzir que a autoridade competente, só poderia ser o juiz de direito no exercício da função jurisdicional a autoridade apta a autorizar a quebra. No § 3º, permitia a CPI, no exercício da competência constitucional e legal, acesso às informações cobertas pelo sigilo, sem a autorização da Justiça. No caso das CPIs, não houve alteração, pois tanto o art. 53 da Constituição de 1946, como a Lei 1.579/52,

concediam a elas autorização para a quebra do sigilo.

Contudo, a Lei Complementar nº. 105 de 10 de janeiro de 2001 inovou na disciplina, ao passar a competência para a quebra, diretamente, às autoridades e aos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que haja processo administrativo ou procedimento fiscal em curso.

in verbis:

“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.”

Como se vê, a Lei Complementar não apenas retira do Poder Judiciário a competência para a quebra, mas também introduz o processo administrativo e o procedimento fiscal como pressupostos aptos a autorizarem a derrogação do segredo.

Portanto, ao retirar a LC 105/01 a figura do juiz, como terceiro imparcial, apto a solucionar o conflito de interesses, não apenas insulta os princípios do juiz natural, do devido processo legal e reserva de jurisdição, mas, também, contribui para insegurança jurídica, pois desestrutura o Estado Democrático de Direito consolidado pela Carta Magna, que além de dar tratamento especial aos direitos fundamentais, no seu art. 60, § 4º, considerou-os como *cláusula pétrea*, não podendo, nem mesmo, serem objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los.

6.2. O SIGILO BANCÁRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O mundo inteiro discute hoje a questão da privacidade como princípio democrático e direito individual garantido pelas nações civilizadas em contraposição aos interesses estatais.

Assiste-se, neste embate entre o Estado e o indivíduo que a privacidade se apresenta cada vez mais restringida, quer pela facilidade das invenções tecnológicas, quer pela crescente intervenção do Estado.

No entanto, a questão da privacidade é tão profunda que consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada pelo Brasil em 10/12/1948; a preservação da vida privada; da família; da correspondência, com proteção estatal a interferências ou ataques, e foi repetido na Convenção Americana de Direitos Humanos, posteriormente ratificada pelo Brasil em 25/09/1992 (art. 11, item “2”).

Com a intensificação dos crimes financeiros, proporcionados pelos meios de comunicação mediante infovias, vê-se uma tendência, no mundo inteiro, de se flexibilizarem as regras do sigilo bancário.

Conquanto, assista a Carta Magna dupla proteção ao sigilo bancário, conforme incisos X e XII do art. 5º da CF, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, atualmente, figura o entendimento de que mesmo os direitos fundamentais poderão ceder frente ao interesse público.

Segundo, GILMAR FERREIRA MENDES: “do conforto entre o princípio de um direito individual e um interesse público, não se pode privilegiar nenhum deles. Soluciona-se pela adoção do princípio da proporcionalidade – princípio da reserva legal proporcional”.⁵⁶

Conforme abordado, em linhas atrás, o princípio da proporcionalidade tem por escopo fazer a adequação da quebra de um princípio a necessidade pública, prevalecendo no contexto, por razões de estado, a supremacia do interesse público.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal deixou claro, em diversos precedentes, que o sigilo bancário é direito individual não absoluto, podendo ser rompido em casos especiais.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional de Direitos Fundamentais**, apud CALMON, Eliana. **Sigilo bancário**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 3, nº 1. p. 45, jan./jun. 2002.

Nesse entendimento, cabe destacar as palavras do Min. CELSO DE MELLO:

“O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social, e de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia poder ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. Por estes motivos, “razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição”.⁵⁷

Vê-se, assim, que à Corte Suprema nunca se recusou a aceitar a legalidade da quebra, quando buscada por razões plausíveis e determinada por órgãos expressamente mencionados na Constituição Federal, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito, art. 58, § 3º.

Ocorre que ao possibilitar o art. 6º da LC 105/01 a quebra direta do sigilo bancário, mediante a simples suspeita de ser o contribuinte sonegador, não só afronta o princípio da tripartição dos poderes, mas também desrespeita a garantia maior da cidadania, pois exclui da apreciação do Poder Judiciário à necessidade ou não da quebra de um direito fundamental.

⁵⁷ MS – 23452 – RJ – rel. M. Celso de Mello – DJ 12.05.2000, p. 20 – j. 16.09.1999 – Tribunal Pleno STF – Unânime.

CAPÍTULO VII – A PROTEÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO

7.1. A TUTELA PREVENTIVA

A melhor proteção que se pode dispensar ao sigilo bancário é, logicamente, evitar a sua violação, pois o incômodo de um interesse desrespeitado já é um mal em si mesmo que dificilmente o ordenamento jurídico consegue restaurar de maneira satisfatória.

No terreno dos direitos da personalidade, redobra-se a exigência de sua estrita observância, porque o desacato a qualquer deles acarreta dano de difícil reparação, especialmente quando não haja repercussão econômica, como ocorre na maioria das vezes, de sorte que melhor é prevenir do que remediar.

Tais direitos representam necessidades humanas que devem ser respeitadas como condição de bem-estar, sob pena de injusta restrição à pessoa. Por isso, AULLETA diz que esses direitos só podem ser tutelados adequadamente mediante forma preventiva, acompanhando o que já havia dito KAYSER acerca do segredo da vida privada, cuja proteção, segundo este último autor, “não é verdadeiramente eficaz, se seu exercício não resulta em prevenir a violação do segredo”, porque quando esta se consuma e a vítima não dispõe senão de uma ação de danos, “o remédio pode ser pior que o mal, porque é suscetível de dar uma publicidade maior à revelação da vida privada”.⁵⁸

A consecução desse ideal, em matéria de sigilo bancário, só se dará na medida em que as pessoas forem educadas no sentido de observar os direitos individuais alheios, independentemente de sanção e, também, na medida em que os bancos conscientizarem seus empregados e auxiliares da discricção que devem ter no

⁵⁸ KAYSER, Pierre. **Les droits de la personnalité**: aspects théoriques, in *Revue Droit Civil*, 1971, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 261.

trato com a clientela e o público em geral, procedendo à acurada vigilância em seus quadros funcionais em prol do segredo de suas operações e serviços. As contas cifradas constituem igualmente medidas profiláticas contra a infidência, a indiscrição, por diminuírem o risco da revelação da notícia sob sigilo.

Não obstante, enquanto não se logra esse ideal — que até certo ponto parece inatingível, dada a falibilidade humana — o direito deve fornecer meios adequados para que o indivíduo impeça a violação do direito, quando iminente, ou a faça cessar, quando já iniciada. Esta é a mais adequada tutela que se pode dispensar ao direito, obrigando o devedor na relação jurídica de sigilo a prestar exatamente o que lhe incumbe — o *non facere*.

No direito argentino SEPÚLVEDA, ao analisar a tutela civil da intimidade mediante a responsabilidade por danos, ressalva que:

“... podem existir remédios para prevenir a violação desse direito... Tal seria o caso em que uma violação eminente da intimidade é previsível ou onde haja fundamentos para crer que uma violação já perpetrada será repetida”, e conclui que “o remédio mais eficiente é, sem dúvida, a obtenção de uma sentença judicial que obrigue o demandado a abster-se de tal violação”.⁵⁹

Também nesse sentido destacam-se as palavras de AULETTA:

“Os direitos da personalidade, em virtude de sua natureza não patrimonial, podem ser adequadamente, protegidos, como já dito, somente mediante formas de tutela preventiva. Estas resultam indispensáveis, portanto, também para a salvaguarda da intimidade privada, porque uma vez verificado o conhecimento ou a difusão da notícia, o prejuízo que dela deriva é já irreparável”.⁶⁰

Portanto, como o nome está a indicar, visa a tutela preventiva a proteger diretamente o interesse pessoal insculpido na norma, mediante a inibição do comportamento lesivo, ou a cessação deste, quando já iniciado, tratando-se de medida

⁵⁹ SEPÚLVEDA, Jaime Gonzales. **El derecho de la intimidad privada**. Santiago do Chile, 1972, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 262.

⁶⁰ AULETTA, Tomaso Amedeo. **Reservatezza a tutela della Personalita**. Milão, 1978, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 263.

para ser posta em ação antes que se verifique o dano ou o seu agravamento.

7.1.1. A tutela preventiva no direito brasileiro

No direito pátrio não existe medida específica de proteção preventiva da intimidade e tampouco do sigilo bancário.

Contudo, isso não significa que o sigilo bancário não possa ser tutelado preventivamente. Existem, em nosso ordenamento processual, as medidas cautelares que têm por fim assegurar a eficácia de providências cognitivas ou executivas, amparando provisoriamente um direito que *prima facie* parece certo, até que uma sentença final decida o mérito.

Em inúmeras ocasiões, a prestação que será dada num processo demora a se realizar e pode envolver bens jurídicos que, virtude do tempo, correm o risco de perecimento, tornando-se inútil a própria atividade jurisdicional, caso não exista uma providência expedita que garanta a preservação material e jurídica desses bens. Daí a existência da ação cautelar como instrumento para evitar a lesão.

Segundo, WILLARD DE CASTRO VILLAR:

“O legislador deixa ao juiz essa margem de escolha na aplicação da norma que melhor se adapta ao escopo da justiça, porque entendeu mais oportuno não predeterminar, com norma imperativa, como a exigência deveria ser resolvida. O legislador, em face da variada gama de soluções que o caso concreto pode comportar, prefere estabelecer uma norma em branco, deixando ao juiz o poder de discricão para encontrar a solução dentro do direito, para o caso concreto”.⁶¹

Como se vê é o poder geral de cautela do juiz que possibilita a preservação de um direito, qualquer que seja.

Para alguns autores, dentre eles COVELLO, aí está o embasamento legal para a tutela preventiva do sigilo bancário e de outros direitos da personalidade.

⁶¹ VILLAR, Willard de Castro. **Ação cautelar inominada**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.7.

Assim, com a regra do art. 798 do CPC, pode o juiz determinar as medidas cautelares ou mesmo provisórias que julgar adequadas para manter íntegro e inatingível o bem jurídico perseguido pelas partes, quando haja receio justo e motivado de que um dos litigantes cause, antes da sentença final, lesão grave e de difícil reparação ao direito do outro.

A idéia de que o art. 799 do CPC limita a ação do julgador está superada na moderna doutrina, entendendo-se, atualmente, que a enumeração ali contida é apenas exemplificativa e não taxativa.

Portanto, com base nesse poder genérico de cautela, o juiz pode determinar medidas que evitem danos a bens jurídicos como o nome, a honra, a imagem e a intimidade, desde que presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, requisitos indispensáveis das cautelares, sejam nominadas ou não.

Claro está que, em se tratando de sigilo bancário, ambos os requisitos estão, em regra, presentes, porque, em nossa sistemática jurídica, o sigilo bancário vem expressamente declarado em lei com exceções, também, expressas. É inegável, por outro lado, que a violação do sigilo bancário constitui lesão grave, porque ofende um dos mais encarecidos direitos da personalidade, lesão esta de difícil reparação, especialmente quando permanece no plano moral, sendo, por isso, preferível preveni-lo a remediá-lo.

Destarte, o procedimento cautelar presta-se para a defesa preventiva do bem protegido pelo sigilo bancário, tanto em sua vertente patrimonial como em seu aspecto exclusivamente moral.

Assiste razão COVELLO, ao pronunciar-se que deveria o legislador pátrio, especialmente agora que o direito à intimidade se acha declarado com todas as letras na Constituição, criar meio processual específico de proteção preventiva desse bem jurídico, pelo qual se objetive uma sentença de condenação, com cominação de pena pecuniária, a exemplo do nosso interdito proibitório. Com tal instituto ficarão, sem dúvida, melhor assegurados o direito à intimidade e o sigilo bancário, aproximando-se

nosso ordenamento jurídico do ideal de preservar, efetivamente, a vida privada dos cidadãos.

7.2. A TUTELA REPARADORA

A Lei Complementar 105/01 a paridade da lei bancária brasileira (L. 4595/64) não se refere expressamente à responsabilidade civil. Nem precisava fazê-la, porque a regra contida nos artigos 186 e 927 do Novo Código Civil tutelam todo e qualquer direito subjetivo (ou mesmo simples interesse), impondo àquele que causa dano a outrem o *dever de indenizar*.

NELSON HUNGRIA⁶², antes mesmo do advento da Lei 4.595/64 (que alude a “outras sanções cabíveis”), ensinava, no comentário ao artigo 154 do Código Penal, que, “no Brasil, a quebra do sigilo bancário está sujeito à dupla sanção: civil e penal. O banqueiro indiscreto poderá ser obrigado à indenização civil do dano (por culpa contratual ou aquiliana) e, ainda, incorrerá no art. 154 do Código Penal”. Anteriormente à regulação específica do sigilo bancário, já se levava em conta a responsabilidade civil do banco pelo descumprimento dessa vetusta obrigação de silêncio, a um tempo moral e jurídica.

A responsabilidade civil é indubitavelmente, meio de tutela do sigilo bancário, não só pela reparação que propicia ao lesado, como pela situação desfavorável que impõe ao infrator (a obrigação de reparar o dano), a qual, de certa maneira, evita que o faltoso torne a cometer o ilícito e desestimula os outros a cometerem a ação repreensível, operando como sanção.

A norma violada pelo agente figura como fonte de obrigação, porque o infrator fica sujeito a reparar o dano, e a indenização funciona, assim, como reação da

⁶² HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol.VI, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p.273.

ordem jurídica contra a lesão do direito subjetivo, no caso, o sigilo bancário, manifestação do direito mais amplo à intimidade.

Segundo ORLANDO GOMES⁶³, a sanção civil apresenta-se em sua configuração externa como relação obrigacional. Mas relação obrigacional derivada, porque o que se espera é que o direito, ante a ameaça da indenização, não seja violado.

Pontifica o autor supra:

“Praticado o ato nasce para o agente a obrigação de indenizar a vítima, tendo por objeto prestação de ressarcimento. Na relação obrigacional assim constituída, o agente é devedor da vítima e a vítima credor, tal como se entre os dois houvesse contrato. Todavia, esta semelhança é aparente, porquanto a obrigação de quem praticou o ato ilícito não é contraída voluntariamente como a de quem contrate”.

Ainda, advertir o ilustre mestre que a feição atual da sanção do ato ilícito “atesta o aperfeiçoamento dos costumes”, porque superou a fase punitiva da vingança privada, atingindo com a patrimonialização da pena o refinamento conceitual da indenização.

Acerca dos direitos da personalidade, MOSSET ITURRASPE diz, com lastro em MESSINEO, que é verdadeira conquista da ciência jurídica do último século e é enfocado modernamente pelo ângulo da responsabilidade civil em especial ‘com base nos dados que podem irrogar-se a esses direitos’⁶⁴.

Também assiste razão GUIDO ALPA, quando afirma que nem sempre a técnica ressarcitória atende em termos ideais à tutela da personalidade por estar permeada de velhos conceitos, a *responsabilidade civil* é, sem dúvida, o que resta de substancial, na esfera privada, quando não se consegue evitar a violação do direito genérico à intimidade e do sigilo bancário em particular. Produzida a lesão, cuida-se

⁶³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 56.

⁶⁴ ITARRUSPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. Buenos Aires, 1971, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 274.

de reparar o dano, ou, ao menos, atenuar-lhe as conseqüências.⁶⁵

7.2.1. A antijuridicidade da revelação.

Nem toda revelação que o banco faz constitui violação do sigilo bancário, porque pode existir algum motivo que a legitime.

A verificação da existência de revelação é apenas a primeira etapa para o enquadramento da conduta do banco, do ponto de vista da ilicitude. Para ser fonte de responsabilidade, a revelação tem de ser antijurídica, isto é, ser contrária ao direito.

A antijuridicidade consiste na desobediência de ordem ou proibição do ordenamento jurídico e se apresenta como a desconformidade entre conduta e direito. Se a conduta se harmoniza com o direito, não há falar em ato ilícito. Como o próprio ordenamento jurídico impõe limites ao sigilo bancário, quer mediante regras explícitas (limites legais), quer mediante regras oblíquas (limites naturais), esses limites excluem a antijuridicidade ato de revelar e isentam o banco de qualquer responsabilidade.

O Banco que, por exemplo, fornece o saldo da conta corrente ao pai de um correntista menor de idade, está, sem dúvida, a revelar o segredo, mas não está a cometer ilícito, porque as normas pertinentes ao pátrio poder dão ao genitor o direito de acesso à esfera privada bancária do filho e autorizam o banco a revelar, retirando da conduta violatória todo e qualquer caráter de antijuridicidade. Nesse caso, não há arbitrariedade na revelação, porque a conduta está em conformidade com o direito. A revelação é lícita e indene a censura.

7.2.2. A “culpa”

A culpa consiste na violação de um dever que o agente podia conhecer e

⁶⁵ ALPA, Guido. **Computers e responsabilitá civile**. Milão, 1987, apud COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001, p. 275.

observar.

Seus pressupostos são um dever violado (elemento objetivo) e a culpabilidade ou imputabilidade do agente (elemento subjetivo). Esta, por sua vez, desdobra-se em dois elementos : a) possibilidade para o agente, de conhecer o dever (discernimento); b) possibilidade de observá-lo (previsibilidade e evitabilidade do ato ilícito).

O Novo Código Civil a semelhança do anterior não definiu culpa, limitou-se a conceituar ato ilícito (CC, art. 186), onde se vislumbram as duas espécies de culpa: dolo e culpa em senso estrito. Dolo é a ação ou omissão voluntária. Culpa é a negligência ou imprudência.

Diz-se *dolosa* (culpa “lato sensu”) a revelação sigilo bancário quando é propositada, decorrendo de preordenação do fato ao evento danoso: o banco quer o resultado; e *culposa*, ou *meramente culposa* (culpa “stricto sensu”), quando resulta de falta de diligência manifesta em negligência, imprudência ou imperícia.

A negligência é uma conduta omissiva pela qual o agente deixa de adotar determinada conduta que as circunstâncias lhe impõem (conduta solícita, atenta e sagaz). Age com negligência quem não se precata, mostrando falta de diligências que normalmente deveriam ser observadas.

A imprudência é uma conduta ativa consistente em ação de que o sujeito devia abster-se. Equivale à desatenção, ao descaso, ao descuido. A título de exemplo, descreve-se o fato de um banco jogar no lixo, sem as devidas cautelas, documentos que contenham segredos de seus clientes.

Finalmente, a imperícia é a falta de habilidade que leva o agente a cometer um dano, em razão da inobservância de técnica exigível para a prática de determinada tarefa.

Contudo, no âmbito bancário, justifica-se um reforço da obrigação de prudência e diligência dos estabelecimentos de crédito com relação a seus clientes e terceiros, porque os s cumprem uma função de serviço público, assim na execução de

operações de caixa como na distribuição do crédito e, pois, incumbe escolher bem seus prepostos e funcionários com o objetivo de bem desempenhar essa função.

A tendência do direito da maioria dos povos cultos é apreciar com rigor a responsabilidade das instituições financeiras por serem empresas especializadas na prestação de serviços muitíssimo bem remunerados e, por esse motivo, com o dever acentuado de técnica e perfeição.

Nessa ótica, o só exclui sua responsabilidade se provar que o dano ocorreu em virtude de força maior, de legítima defesa, ou, em virtude de estrito cumprimento de dever legal.

À luz do Código Civil pátrio, a culpa ainda é o fundamento da responsabilidade, devendo levar-se em conta, também, para a hipótese de responsabilidade por violação do sigilo bancário.

7.3. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Desde 1990, vigora a regra de que o fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (Lei 8.078/90, art. 14), o que reforça a tese da responsabilidade objetiva dos s pelo menos quando a atividade destes se caracteriza como relação de consumo.

Assevera ABRÃO que a expansão dos serviços bancários, a massificação dos contratos e os complexos cálculos a que é submetido o consumidor justificam a crescente importância que o Código do Consumidor adquire perante as relações entabuladas entre o e seus clientes e demais usuários de serviços.

No entanto, aplicação do CDC a princípio foi controversa nos contratos bancários, hoje já está assentada esta incidência. Elucidativo a esse respeito é o caso ocorrido no Tribunal de Justiça do Paraná.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTACORRENTE. BANCO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Os bancos como prestadores de serviços estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor (artigo 3º, § 2º). Respondem solidariamente pelos danos causados aos consumidores, independentemente da apuração de culpa, todos os fornecedores de serviço, quer sejam imediatos ou mediatos. Apelação provida e recurso adesivo prejudicado”.

O precedente acima descreve o fato de um correntista emitir um cheque no valor de R\$ 5, 71, o qual foi depositado no Unibanco, agência de Umuarama. Procedida a compensação bancária do cheque, o onde foi depositado tal título de crédito emitiu os dados no sistema constando o valor de R\$ 571,00. Deste débito indevido, resultou na devolução de vários cheques, ante a improvisação suficiente de fundos, e conseqüentemente a inscrição do nome da apelante no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos.

Diz o voto:

“Mister se faz inicialmente verificar-se se trata ou não de relação de consumo. Analisando-se o artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, deduz-se que as instituições bancárias estão inseridas dentro do rol apresentado como pessoas de direito consideradas como fornecedoras, devendo submeter-se as regras ali estabelecidas. (...) Considerando-se que no presente caso trata-se de contrato realizado entre o banco e pessoa física (doc. fl. 62), conclui-se que houve uma relação de consumo onde se buscou a satisfação pessoal de uma necessidade, existindo, portanto, uma atuação como destinatário final. Pelo exposto, é aplicável, portanto, o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que existe uma relação jurídica entre fornecedor e consumidor, atuando este como destinatário final. Observando-se as normas estabelecidas nesse Código os bancos respondem objetivamente, pelos danos causados aos seus clientes. Ocorrendo o acidente de consumo o banco terá que indenizar a vítima independentemente de culpa, bastando a relação de causa e efeito entre o defeito do serviço e o dano. Em julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assim se manifestou: (...) Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor perante o consumidor é objetiva, sendo prescindível a discussão quanto à existência de culpa. (AGA 268585, relator Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma). (...) As causas excludentes de responsabilidade do prestador de serviços são as mesmas previstas na hipótese do fornecimento de bens, a saber: que tendo prestado o serviço, o defeito inexistente, ou que a culpa é exclusiva do usuário ou de terceiro. Reportamo-nos, por isso, aos comentários feitos ao art. 12, lembrando que, também nesta sede, as eximentes do caso fortuito e da força maior atuam como excludentes de responsabilidade do prestador de serviços. (...) Igualmente à responsabilidade pelo fato do produto, independe da apuração da culpa a responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço. Isto significa que para a configuração do dever de indenizar, há a exigência da presença concorrente de somente dois elementos: a) o dano efetivo, moral e/ou patrimonial; e, b) o nexo causal entre o

defeito do serviço e a lesão sofrida pelo consumidor.

Explicita o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 14 que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes (parágrafo 1º).⁶⁶

No que tange ao pagamento de cheque falso, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, os bancos como prestadores de serviço passaram a responder pelo pagamento de cheque falso mesmo em caso de culpa concorrente do correntista, haja vista o Código admitir a exclusão da responsabilidade do fornecedor somente nos casos de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, §3º).

Descreve a Lei complementar 105/01, no inciso II do § 3º do art. 1º:

in verbis:

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

Assim, conforme inciso supra, pode-se depreender que a inclusão do nome do correntista no rol do Cadastro de Emitentes de Cheque sem Fundos não constituirá violação do dever de sigilo apenas nos casos de culpa exclusiva do consumidor, ou seja, quando o correntista dolosamente emitir cheque sem provisão de fundos.

Contudo, quanto ao precedente jurisprudencial julgado pelo Des. ANTONIO PRADO FILHO, vislumbra-se a ocorrência de dano provocado pela má prestação do serviço por parte do posto que a inclusão do nome do correntista nos órgãos de

⁶⁶ APELAÇÃO CIVEL Nº 107.313-2, 2ª, rel. DES. ANTONIO PRADO FILHO.

proteção ao crédito decorreu de erro exclusivo do.

7.4. O DANO COMO RESULTADO DA VIOLAÇÃO DO SIGILO

A violação do sigilo bancário traz sempre conseqüências nocivas para o titular na situação protegida, causando-lhe danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

No que tange ao sigilo bancário, é incontestável que a violação pode causar altíssimos prejuízos materiais, além de ser em si mesmo um dano moral. O sigilo cobre dados de alta relevância tanto de ordem pessoal como de ordem patrimonial, cuja revelação é suscetível de originar danos pecuniariamente apreciáveis.

Com efeito, o lidam com cifras, declarações de bens, balanços e conhece pormenores da vida negocial do cliente (sua fortuna, sua economia, seus gastos, suas perspectivas financeiras, suas técnicas e métodos de trabalho, seus hábitos financeiros e outros traços) que, se revelados, têm força para fazer o indivíduo perder um negócio lucrativo, como uma concorrência pública ou um financiamento, perder a clientela, perder um emprego e até levá-lo à ruína, atingindo de maneira drástica o seu patrimônio. Esse é justamente o motivo principal que, em inúmeras ocasiões, leva o sujeito a desejar excluir do conhecimento alheio os dados patrimoniais que integram a sua vida privada.

Também a revelação de dados pessoais (que nada tenham com cifras e patrimônio) é passível de provocar sérios prejuízos materiais, quando faz a vítima perder ou reduzir o seu conceito no convívio social, com a conseqüente privação de emprego, de clientela, ou de qualquer vantagem economicamente avaliável, num evidente abalo de crédito.

Tão somente quando a revelação não ressoa no patrimônio do indivíduo é que se pode falar em dano moral, ou mais propriamente em dano extrapatrimonial ou imaterial, porque, em inexistindo diminuição do patrimônio ou perda de vantagem econômica, a violação do sigilo bancário traz apenas uma ofensa ao direito subjetivo

segredo, uma lesão à intimidade sem consequência pecuniária.

Não raro, a violação do sigilo bancário engendra, a um tempo, danos morais e materiais por acarretar uma limitação à intimidade e uma lesão de ordem econômica.

Portanto, o inadimplemento da obrigação de sigilo bancário implica sempre um dano extrapatrimonial representado pela lesão ao direito de manter reservados os fatos que integram a vida privada.

7.4.1. O RESSARCIMENTO

Produzido o dano, tem lugar a indenização pela qual se procura restabelecer o estado ou a situação conforme o direito com o propósito de apagar os efeitos do comportamento antijurídico, embora nem sempre isso se consiga.

Trata-se da sanção ressarcitória que tem por fim a reposição das coisas tal como se achavam antes do ilícito.

Contudo quando não existe a possibilidade de reposição ao *status quo*, como se verifica nos casos de revelação do sigilo bancário, a indenização há de ser representada por uma soma pecuniária que permita a recomposição do *status quo ante*, ou, ao menos, uma certa compensação ou satisfação, pelo dano sofrido.

7.4.2. AÇÃO INDENIZATÓRIA

Segundo OVÍDIO BATISTA a pretensão indenizatória de que nasce a respectiva ação (de direito material) pressupõe um dano jurídico ressarcível, derivado de uma lesão a um determinado bem ou interesse juridicamente protegido e uma consequência prejudicial a seu titular.⁶⁷

Assim, a ação para reclamar indenização, em face da violação do sigilo

⁶⁷ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. Vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000.

bancário, incumbe ao lesado, ou seja, o cliente do ou terceiro legitimado.

Contudo, a violação do sigilo bancário pode atingir mais de uma pessoa, ou seja, o pode produzir dano não só ao indivíduo envolvido na relação jurídico-bancária, mas também a terceiros que não tenham nenhum vínculo com o estabelecimento de crédito. Neste caso, ocorre o chamado condomínio do segredo, em que várias pessoas têm o direito subjetivo ao sigilo. Em consequência, cada titular tem o direito de exigir a reparação, sendo as indenizações distintas até quanto ao montante. A título de exemplo figura-se o caso de dois indivíduos celebrarem contrato de conta corrente conjunta com o e este revela o saldo da conta a terceiro, infringindo, assim, a obrigação de sigilo. Cada correntista tem ação própria para reclamar indenização, não havendo necessidade de ambos ingressarem em juízo, pois pode muito bem um deles não ter sofrido dano algum, ou, pelo menos, ter perdoado o pelo seu ato.

CONCLUSÃO

Nossa Carta Magna estabeleceu um Estado democrático, digno de respeito, pois positivou não apenas os princípios fundantes do Estado, mas, também alguns inerentes ao homem. Indo mais além, arrolou no título dos direitos e garantias fundamentais, as salvaguardas do cidadão frente aos excessos do poder estatal, e considerou-as cláusulas pétreas.

Essa maior preocupação do constituinte originário visa a impedir que futuras mudanças importem em supressão dos direitos ou garantias. Contudo, parece que o legislador infraconstitucional se descuidou no momento da produção da Lei Complementar 105/01, visto que o art. 6º, retira do titular do direito ao sigilo a garantia do processo judicial, ou seja, o instrumento legal que permite a intromissão de um terceiro imparcial, o juiz.

Por seu turno o Executivo aduz que o objetivo da norma complementar é, senão eliminar, ao menos reduzir a prática da corrupção e a lavagem do dinheiro proveniente do narcotráfico. Porém, como ficou demonstrado, o direito ao sigilo bancário não é qualquer direito, mas espécie de direito à privacidade e à intimidade, consagrado no inciso X do art. 5º da CF., no qual qualquer ameaça a lesão exige prévia apreciação do Poder Judiciário.

O retorno ao Judiciário para a apreciação não importa retrocesso, mas o restabelecimento da segurança jurídica, posto que conforme o inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, o direito de apreciar lesão ou ameaça a direito cabe apenas ao Poder Judiciário.

Portanto, espera-se que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade dos dispositivos da LC 105 e do Decreto 3.724/01, questionados na Adin. 2397-7 proposta pela Confederação Nacional da Indústria, que ofendem a nossa Lei Maior, deste modo, seja restabelecida a harmonia do ordenamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: EdUnb, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CALMON, Eliana. **Sigilo bancário**. Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 3, n. 1, jan./jun. 2002.
- CAMPOS, Diogo Leite. **O sigilo bancário**. In: Sigilo bancário. Lisboa: Cosmos, 1997.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- COVELLO, Sergio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: Leud, 2001.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DELGADO, José Augusto. **Os sigilos bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Tributário – Interesse Público, nº 15, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. n. 1, ano 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal**. Curitiba: Juruá, 2001.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- HADDAD, Gilberto. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflitos entre Direitos da Personalidade**. São Paulo: RT, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Editora Limitada, 1988.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

QUEZADO, Paulo e LIMA, Rogério. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002.

RODRIGUES, Anselmo. **O Sigilo Bancário e o Direito Constitucional**. In: Sigilo bancário. Lisboa: Cosmos, 1997.

SANTOS, Rodrigo Muniz. **Intimidade, Vida Privada e o Sigilo Bancário no Processo Penal**. Curitiba, 2001. 261 f. Dissertação de Mestrado – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. V.1. 5. ed. São Paulo: Editora Revistados Tribunais, 2000.

VILLAR, Willard de Castro. **Ação Cautelar Inominada**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.