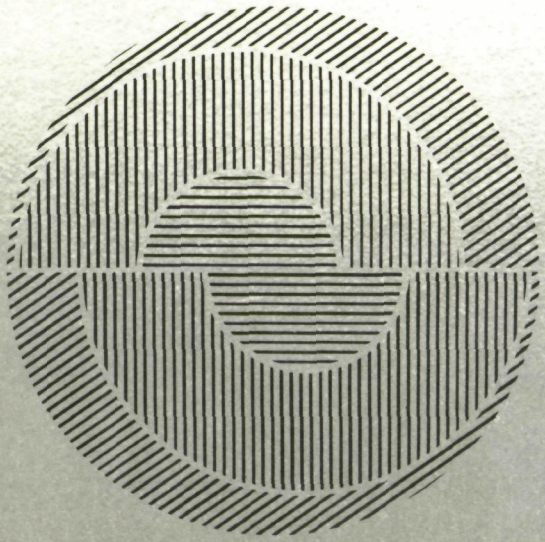
REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1992

ANO 29 • NÚMERO 116

O Sigilo Bancário no Projeto de Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar n.º 70

ARNOLDO WALD
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro — Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo

"A liberdade bancária constitui um direito fundamental da personalidade."

D. MARTIN
(Nota in *Recueil Sirey Dalloz*. 1980, p. 509.)

* * *

"O sigilo bancário constitui as pilastras do crédito e a garantia de uma economia sadia."

J. BARMANN
(In *Le Secret Bancaire dans la C.E.E. et en suisse*, Paris 1974, p. 17.)

* * *

"A suprema lição consiste em apreender que a fortuna caberá aos Estados que souberem moderar o seu apetite fiscal e que o verdadeiro liberalismo econômico e a prosperidade podem encontrar suas fontes na arte de manter o sigilo."

MICHEL VASSEUR
(Prefácio da obra de Raymond Farhat, *Le Secret Bancaire*, Paris, 1970, p. III.)

* * *

"Notadamente nas operações de crédito, o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para segurança do interesse do Banco como para o próprio êxito da atividade bancária. Raros seriam, por certo, os clientes de bancos, se não contassem com a reserva do banqueiro e de seus prepostos. Em nenhuma outra atividade profissional é de se atender, com mais adequação, à advertência de que a alma do negócio é o segredo."

NELSON HUNGRIA
(*Comentários ao Código Penal*, v. 6, p. 271.)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O conceito e a função do sigilo bancário. 3. Da interpretação das normas constitucionais. 3.1. Dos princípios constitucionais (art. 5º, incisos X e XII, da Constituição). 3.2. A lição do Direito Comparado. 3.3. Da violação do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal. 4. Conclusões.

1. *Introdução*

Poucas questões têm sido tão debatidas, no plano jurídico e econômico, quanto o sigilo bancário. que tem provocado, nos últimos meses, uma verdadeira polêmica, quer em virtude das disposições da Lei Complementos n.º 70, quer em decorrência da tentativa de alguns setores do Governo Federal de exigir a *full disclosure* das despesas feitas com cartão de crédito e do cadastro dos clientes de banco.

Na realidade, o problema é simultaneamente político, jurídico, econômico e social e precisa ser examinado sob esses vários ângulos, no momento em que o Congresso Nacional está terminando os seus estudos sobre a Lei Complementar de Reforma do Sistema Financeiro.

Embora o nosso estudo pretenda se concentrar sobre o aspecto constitucional e legislativo do problema, não é possível deixar de fazer algumas considerações prévias sobre as repercussões econômicas da legislação que se pretende estabelecer na matéria.

Cabe pois lembrar que, na maioria dos casos, as críticas feitas ao sigilo bancário têm sido de caráter demagógico, pois, em todas as legislações, já há atualmente mecanismos adequados para evitar que o sistema bancário seja utilizado para praticar fraudes. Efetivamente, já se verificou que, quando se quer realmente combater as fraudes, não é o sigilo bancário um obstáculo real, de tal modo que, mesmo nos países nos quais o sigilo é considerado condição de sobrevivência da economia local, como ocorre na Suíça, onde a matéria chegou a ser objeto de plebiscito, é possível bloquear recursos tanto de ex-chefes de Estado e de Ministros como de traficantes de droga.

Por outro lado, até os países socialistas acabaram reconhecendo que o sigilo é condição necessária para a manutenção e o desenvolvimento dos bancos e as próprias instituições financeiras públicas passaram a respeitar a incomunicabilidade dos dados referentes aos seus clientes, como ocoreu na França, por exemplo.

Cabe acrescentar que, em países que pretendem receber investimentos externos, numa política de abertura da economia do país, a manuten-

ção do sigilo bancário, é condição *sine qua non* para que as suas metas possam ser atingidas. Evidentemente não é condição única, nem suficiente, mas é condição necessária, especialmente quando se pretende fortalecer os sistemas locais financeiro e de mercado de capitais e assegurar seu desenvolvimento racional e sadio.

Os países receptores de capitais estrangeiros consideram o respeito ao sigilo bancário como sendo uma premissa ou precondição para que possam ser recebidos adequadamente os recursos externos.

Neste sentido, cabe lembrar a importância da qual se revestiu o sigilo bancário em países como o Líbano, a Suíça e o Uruguai, que pretenderam criar centros financeiros para os quais drenaram os recursos da região.

Podemos até afirmar que, por mais estranho que pareça, temos hoje um centro financeiro internacional brasileiro, que se encontra em Montevidéu, praça na qual o sigilo bancário e a liberdade cambial têm permitido a realização, por empresas brasileiras, de operações que poderiam perfeitamente ocorrer no Brasil, se a nossa legislação o permitisse, seja em todo o País, seja em alguma cidade específica, como seria o caso do centro financeiro do Rio de Janeiro, concebido há mais de um quarto de século e que ora ressurge numa válida campanha nacional de desenvolvimento da nossa economia e de incentivo à retomada da atividade da nossa antiga capital da República.

O Projeto de Lei Complementar trata do sigilo bancário na seção II do capítulo II no artigo 34 que repete no seu *caput* e nos seus seis primeiros parágrafos o disposto no *caput* e nos seis primeiros parágrafos do art. 38 da Lei n.º 4.595/64. Por sua vez, o § 7.º assegura ao Ministério Público a prerrogativa prevista no art. 29 e seu parágrafo único da Lei n.º 7.429/86. Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro — que dá ao Ministério Público a faculdade de

> "sempre que julgar necessário, requisitar a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei."

e acrescenta o art. 29, no seu parágrafo único, que o sigilo bancário não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no mencionado artigo.

Por outro lado, a Lei Complementar n.º 70/91, no seu art. 12, admitiu que a Receita Federal, nos termos fixados pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, possa exigir informações cadastrais dos bancos, e a matéria foi regulamentada pela Portaria Ministerial n.º 144, de 25-3-1992.

Como o Projeto de Lei Complementar do Sistema Financeiro Nacional trata exaustivamente da matéria e não alude ao que dispõe a Lei Complementar n.º 70, deve entender-se que o art. 12 desta estará revogado com a promulgação da Lei Complementar, de acordo com o que dispõe o art. 2.º, § 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil, de acordo com o qual:

> "A lei posterior revoga a anterior ... quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior..."

Por outro lado, a Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro foi considerada, pela melhor doutrina, como um mau exemplo de técnica legislativa, merecendo uma revisão, tanto na sua forma, como no seu conteúdo.

Em relação ao sigilo bancário, por mais que se prestigie o Ministério Público, não parece que se lhe possa atribuir um direito de requisição absoluto, arbitrário e discricionário, que a Lei recusa aos demais Poderes, seja o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário, pois, em relação a todos eles, se exige que haja ou um processo em curso, ou uma Comissão de Inquérito ou relevantes motivos, reconhecidos e ou aprovados pelos órgãos competentes, por maioria qualificada.

Assim sendo, justificar-se-ia, até por isonomia, que as requisições do Ministério Público obedecessem aos mesmos requisitos impostos ao Fisco, ou seja, que somente pudessem ocorrer havendo processo e sendo as informações indispensáveis para apuração da matéria, utilizando-se terminologia análoga à consagrada tanto no § 5.º do art. 38 da Lei n.º 4.595, como do art. 34 do Projeto de Lei da Reforma do Sistema Financeiro.

Pode parecer que essas considerações não passem de meras filigranas jurídicas, mas entendemos que, de acordo com a Constituição vigente, é indispensável preservar o sigilo bancário e não se admitir qualquer brecha no sistema, pois, como lembrava o Padre VIEIRA:

> "Dispensam-se as leis por utilidades e abre-se a porta à ruína universal ...
>
> Persuada-se o princípe que a lei morta não pode dar vida à República, considere que as leis são os muros dela e que, se hoje se abriu uma brecha, por onde possa entrar um só homem, amanhã será tão larga que entre um exército inteiro."

Examinaremos, agora, o conceito e função do sigilo bancário no Direito Brasileiro e a interpretação que se deve dar às normas constitucionais, para verificar até que ponto a atual redação do § 7.º do art. 38

e o art. 12 da Lei Complementar n.º 70 se enquadram dentro do sistema vigente do Estado de Direito.

2. *O conceito e a função do sigilo bancário*

O sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido, na maioria das legislações, uma proteção muito ampla, ensejando até a sua violação, caracterização de crime, como ocorre no Direito Brasileiro, cujo Código Penal, no seu art. 154, define o delito nos seguintes termos:

> "Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem."

Há uma vinculação necessária entre a confiança, que se presume existir, por parte do cliente, no tocante às pessoas que exercem determinadas profissões, como as de advogado, médico ou banqueiro, e a necessidade de manter em sigilo as relações entre eles existentes.

Assim, é preciso reconhecer a existência de uma pluralidade de segredos profissionais, com densidades e conteúdos distintos, algumas vezes protegidos diferentemente pela lei, mas que obedecem a uma mesma razão de ser e que não se limitam a consagrar interesses privados, mas também correspondem a interesses sociais e públicos. O interesse privado tanto é o do cliente como o do profissional, ambos necessitando e merecendo a proteção legal, por motivos diversos. Assim, o cliente não quer divulgar determinados fatos que, hoje, já são reconhecidos como constituindo um reflexo e uma projeção de sua personalidade. O profissional, por sua vez, considera a discrição como elemento do seu fundo de comércio e, por outro lado, os nomes dos seus clientes constituem, em determinados casos, um verdadeiro segredo comercial e integram o seu fundo de comércio. Quanto ao interesse social, consiste em assegurar o bom funcionamento das instituições e o desenvolvimento econômico do país.

Com referência ao banco, que exerce na sociedade contemporânea uma verdadeira missão de serviço público, como tem sido reconhecido pela doutrina,[1] é manso e pacífico que o banqueiro tem não só o direito, mas também o dever de, em princípio, manter sigilo quanto às contas de seus clientes, abrangendo tanto a existência dos mesmos, quanto os dados a eles referentes. Este direito, e dever, é relativo, mas só encontra limites nas exceções legalmente estabelecidas e que devem ser justificadas e não podem ser simplesmente discricionárias, arbitrárias ou generalizadas.

---

1 ARNOLDO WALD, "O papel pioneiro bancário" in *Revista de Direito Mercantil*, 27 pp. 13-25 (1977).

A doutrina lembra que, historicamente, o sigilo bancário tornou-se uma condição *sine qua non* da própria existência dos bancos e do exercício de suas funções, sendo uma instituição secular que criou, inicialmente, um direito costumeiro, mas profundamente integrado na sociedade civil, um verdadeiro direito adquirido, para o cliente, (WOHLERWORBENES RECHT), como lembram os autores alemães,[2] sendo a sua existência indispensável para a manutenção e o desenvolvimento do sistema bancário. Chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui

> "as pilastras do crédito e a garantia de uma economia sadia."[3]

Enquadra-se, assim, o respeito ao sigilo bancário na concepção do Estado liberal e da proteção dos direitos individuais assegurados pelo Estado de Direito, sendo

> "a conseqüência lógica do direito de cada um de obter o respeito de sua esfera de interesses privados."[4]

Os autores que estudaram a matéria salientam que a discrição e a confiança, constituindo a base dos negócios financeiros, os bancos, para exercerem as suas funções, necessitam da confiança do público, assegurando-lhes, em contrapartida, o sigilo bancário que é essencial ao desenvolvimento de qualquer sistema de poupança e sem o qual o mesmo não se pode manter e prosperar.[5]

PIERRE EDDÉ, que presidiu, em outros tempos, a Associação dos Bancos no Líbano, chegou a afirmar "que o liberalismo econômico e o sigilo bancário são os dois bastiões do mercado financeiro".[6]

Na realidade, o sigilo bancário consiste na obrigação de discrição imposta aos bancos e aos seus funcionários, em todos os negócios dos seus clientes, abrangendo o presente e o passado, os cadastros, a abertura e o fechamento das contas e a sua movimentação.

A obrigação de manter o sigilo abrange, assim, todos os aspectos da relação entre o banco e o cliente, presumindo-se, salvo autorização

---

2 J. BARMANN, "Le secret bancaire en Allemagne Fédérale", in *Le Secret Bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, publicação da Universidade de Paris I, Presses Universitaires de France, 1974, p. 17.

3 STEGMEIER, *Bankgehmeimnis und steurliche Betriebsprüfung*, 1958, p. 10 ap. J. BARMANN, artigo e loc. citados na nota anterior.

4 *Apud* RAYMOND FARHAT, *Le Secret Bancaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 59.

5 RAYMOND FARHAT, ob. cit., p. 62.

6 *Ap.* RAYMOND FARHAT, ob. cit., p. 64.

em contrário, a vontade do cliente de manter o sigilo em relação à sua conta bancária e só sendo válida a própria autorização do cliente se não for decorrente de coação, dolo ou outro vício da manifestação de vontade.

Como veremos em seguida, o sigilo bancário encontra proteção constitucional no Direito Brasileiro, dentro dos limites em que se caracteriza como um verdadeiro direito da personalidade, que resguarda os aspectos econômicos do chamado direito à intimidade e à vida privada, como também se fundamenta no direito ao *sigilo de dados* assegurado às pessoas, sem prejuízo das limitações que a lei estabelece — e poderá estabelecer — nos casos especiais de conduta ilegal por parte do depositante.

3. *Da interpretação das normas constitucionais*

3.1. Dos princípios constitucionais (art. 5.º, incisos X e XII, da Constituição Federal)

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5-10-1988, ampliou o rol dos direitos individuais constitucionalmente assegurados, dando-lhes mais ampla proteção, mediante os instrumentos processuais adequados.

No tocante aos direitos individuais garantidos pelo art. 5.º, são relevantes para a proteção do sigilo bancário os incisos X e XII, que têm a seguinte redação:

> "Art. 5.º — 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:
>
> . . . . . .
>
> 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 decorrente de sua violação;
>
> . . . . . .
>
> XII. *é inviolável o sigilo* da correspondência e das comunicações telegráficas, *de dados* e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;." (Grifos do autor.)

Comparando o novo Texto Constitucional com os precedentes, conclui-se que houve importante evolução nos dois incisos, pois, antigamente,

não estavam protegidos pelo texto da Lei Magna, nem a *intimidade,* nem a *vida privada* aos quais alude o inciso X, nem os *dados* sobre as pessoas, mencionadas pelo inciso XII, em complementação ao sigilo de correspendência e das comunicações, inclusive, telefônicas, ao qual se referiam as Constituições anteriores.

A bibliografia brasileira é ainda parca em relação a essas inovações, que são recentes, mas não há dúvida que tanto a proteção da *intimidade* e da *vida privada,* como a de *dados* sobre a pessoa constituem fundamentos constitucionais para garantir o sigilo profissional e, em particular, o sigilo bancário, como em seguida evidenciaremos.

Os comentadores do novo Texto Constitucional vislumbram no direito à intimidade e na inviolabilidade da vida privada o direito do indivíduo de "não ser importunado, devassado, visto por olhos estranhos", [7] ou ainda o *right of privacy* do direito norte-americano. [8] Invoca-se a doutrina norte-americana e a definição que o *Dicionário Jurídico de Black* dá à *privacy,* conceituando-a como "direito de evitar a interferência dos órgãos governamentais no tocante a relações ou atividades pessoais, à liberdade do indivíduo de fazer escolhas fundamentais no tocante a si mesmo, a sua família e suas relações com terceiros". [9] Na realidade, a interferência à qual se refere o direito americano abrange não só a intervenção estatal, mas também o controle e até a simples informação exigida pelo Estado, quando não tenha havido justo motivo no caso concreto.

No direito brasileiro, podemos dizer que a privacidade abrange o direito à intimidade (MILTON FERNANDES), o direito à vida privada (RENÉ ARIEL DOTTI), o direito à vida particular ou ao recato (ORLANDO GOMES e LIMONGI FRANÇA), o direito de estar só (PAULO JOSÉ DA COSTA JR.), o direito à reserva, ao resguardo, a velar a intimidade (PONTES DE MIRANDA). [10] O Código Civil Português se refere ao "direito à reserva sobre a intimidade da vida privada" (art. 80). Como no tocante a todo conceito novo, não tem havido em relação à privacidade um consenso, salientando-se que certos autores a distinguem e outros a identificam com a intimidade, razão pela qual o nosso legislador constituinte preferiu garantir tanto o direito à intimidade, como o direito à vida privada, a fim de incluir todos os elementos que podem estar implícitos em cada um dos conceitos. (Art. 5.º, inciso X).

---

7 JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988,* Forense Universitária, vol. I, p. 527.

8 PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição,* 1º vol., p. 79.

9 PINTO FERREIRA, obra e loc. citados.

10 Sobre as várias conceituações, consulte-se Semy Glanz, *Os direitos da personalidade na jurisprudência brasileira,* tese, Rio de Janeiro, 1984.

O Professor ALAN WESTIN, autor da mais completa monografia sobre o assunto, intitulada *Privacy and Freedom*, bem esclarece os vários aspectos que a privacidade pode revestir, assinalando que um deles e dos mais importantes corresponde à seguinte definição:

> "Privacidade é a pretensão do indivíduo, grupos ou instituições de decidir por si, quando, como e até que ponto uma informação sobre eles pode ser comunicada a outrem." [11]

Na doutrina brasileira, o Professor MILTON FERNANDES inclui na área da privacidade, entre outros elementos, não só o sigilo epistolar, mas também o respeito à intimidade doméstica e o segredo profissional. [12]

Na realidade, com o decorrer do tempo, houve uma expansão do direito da personalidade e de seus desdobramentos, pois vários elementos da intimidade e da vida particular aos quais se refere o inciso X do art. 5.º da Constituição também são repetidos em outros incisos, como o XII, que se refere à inviolabilidade da correspondência e das comunicações e ao direito a manter o sigilo em relação aos dados da pessoa, que são tanto os dados personalíssimos como os econômicos.

Neste sentido, a nova legislação francesa, que assegura o direito da personalidade, tem sido interpretada pelos Tribunais como abrangendo informações econômicas e financeiras, que a pessoa prefere manter em sigilo.

Não há como deixar de reconhecer que a evolução tecnológica, de um lado, e o desenvolvimento das comunicações na sociedade contemporânea, por outro, deram novas dimensões tanto ao direito à vida privada, como às possibilidades de devassa, direta ou indireta, da mesma. Como o direito deve acompanhar os fatos, sob pena de ocorrer "a revolta dos fatos contra o Direito" à qual aludia GASTON MORIN, devemos incluir no direito à vida privada o conjunto dos chamados "direitos da personalidade", que abrangem não só a defesa da honra, do nome e da imagem da pessoa, mas também a incomunicabilidade dos dados pessoais que representam opções sociais, culturais ou econômicas. Assim o direito à privacidade abrange atualmente o de impedir que terceiros, inclusive o Estado e o Fisco, tenham acesso a informações sobre o que se denominou "a área de manifestação existencial do ser humano". [13] Nesta área, cujos limites vão aumentando a cada momento, encontra-se a chamada "liberdade bancária", abrangendo a faculdade de escolher o seu banco e de movi-

---

11 ALAN F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, Atheneum — New York, 1970, p. 7.

12 MILTON FERNANDES, *Proteção Civil da Intimidade*, Saraiva, 1977.

13 CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição de 1988*, em colaboração com IVES GANDRA MARTINS, vol. 2, p. 63.

mentar as suas contas, sem controle, interferência ou conhecimento de terceiros e nem mesmo do Estado, salvo havendo justo motivo.

Podemos, pois, dizer que *o direito à privacidade abrange a indevassabilidade dos dados econômicos* referentes ao indivíduo, aos quais alude expressamente o art. 5.º, inciso XII, da Constituição, embora, tradicionalmente, se tivesse dado maior ênfase, na categoria dos direitos da personalidade, a outros elementos (como o nome, a honra e a utilização da própria imagem) e a intimidade tenha sido considerada tradicionalmente como o direito de estar só. Mas esse direito à solidão significa também a ausência de presença de terceiros, não só no lar, mas também, em todas as projeções econômicas da personalidade, em relação aos quais o titular pode não querer ser objeto de controle devassa ou informações de dados a terceiros.

Na realidade, a grande distinção entre o Estado de Direito e o Estado totalitário consiste na garantia das liberdades e dos direitos individuais, ou seja, no direito de fazer tudo que a lei não proíbe e de só ter que fazer aquilo ao qual está obrigado em virtude de lei. Do mesmo modo que se firmou o princípio da impossibilidade de tributação sem lei em sentido formal *(no taxation without representation)*, também não há possibilidade de restrição à liberdade sem lei específica (art. 5.º, inciso II da Constituição de 1988), que seja compatível com a Constituição.

O que se pretende assegurar, na sociedade democrática, é a liberdade individual sob todos os seus aspectos. Liberdade que não admite a interferência contínua e onipresente do Estado na vida de cada cidadão, nos termos em que a ficção a imaginou nas obras de HUXLEY (*O admirável mundo novo)* e de ORWELL *(1984)* ou, quando se aproximou mais da realidade, no livro de ARTHUR KOESTLER (*O zero e o infinito*), encontrando, todavia, seus aspectos mais sombrios nas ditaduras de direita ou de esquerda, pois a tirania estatal sobrepujou, na realidade, as previsões mais pessimistas da imaginação humana e da própria literatura.

3.2. *A lição do Direito Comparado*

Garantidos os direitos da personalidade pelas Constituições, o aspecto personalístico do sigilo bancário tem sido reconhecido em todos os países e constitui um dos seus principais fundamentos legais.

Assim, na excelente e exaustiva monografia que MAURICE AUBERT, JEAN PHILIPPE KERNEN e HERBERT SCHÖNLE dedicaram ao sigilo bancário, esclarecem, que o mesmo "entendido em sentido amplo e independentemente de toda vinculação contratual, tem a sua fonte no direito de cada um à proteção de sua personalidade". [14]

---

14 MAURICE AUBERT, JEAN PHILIPPE KERNEN e HERBERT SCHÖNLE, *Le secret bancaire suisse*, Editions Staempfli & Cie., Berna, 1976, p. 27.

E acrescentaram, citando decisão do Tribunal Federal suíço, que:

> "A inviolabilidade da vida privada não constitui apenas um princípio moral, mas também uma norma jurídica, um 'bem jurídico' (RECHTSGUT); é um atributo da personalidade que a lei protege." [15]

Finalmente, não têm dúvida os mencionados autores e a jurisprudência suíça de incluir nessa esfera de privacidade, na chamada vida privada, as operações econômicas, que também devem, em princípio, ser indevassáveis.

Ocorre que a proteção dada à vida privada, pela lei suíça, no seu Código Civil, encontra no Brasil a proteção constitucional do art. 5.º, inciso X, devendo, pois, a nossa Lei Ordinária, obedecer ao princípio hierarquicamente superior.

Do mesmo modo, a doutrina alemã vislumbra a fonte do sigilo bancário, nos direitos da personalidade *(Persönlichtkeitrecht)*, [16] chegando até a admitir que não só o cliente é titular do mesmo, mas que até *existiria um direito da personalidade em relação à manutenção do sigilo bancário por parte do banqueiro.*

Neste sentido, escreve o Professor J. BÄRMANN que:

> "Ll faut alors se demander si la justification por le droit de la personnalité accordée au client, droit qui apparaît aujourd'hui incontesté, ne pourrait pas être utilisé pour l'affirmation *d'n droit de la personnalité en faveur du banquier et des banques.* Le client protégé par le droit de la personnalité a un droit individuel, sinon très personnel (au sens strict du mot), à la discrétion des faits qu'il confie aux banques. La question est de savoir si la banque n'a pas, elle aussi, *un droit professionnel permanent, en raison de la garantie de confiance, droit qui sert l'intérêt public et l'économie.* Ce serait donc un droit de la personnalité, en ce sens qu'elle peut refuser de donner des renseignements sur les secrets qui lui sont confiés, jusqu'à la limite contituée par les obligations du C. pén. et du C. proc. pén." [17]

Acentuando o interesse básico e, quase, poderíamos dizer, de sobrevivência do banco em manter o sigilo bancário, o jurista espanhol LUIS MARIA CAZORLA PRIETO acrescenta, na sua monografia sobre o assunto, que:

> "*El Banco* es le demandante de capital particular que para adornar los señuelos de su solicitud, al igual que entrega un tipo

15 Obra citada na nota anterior, p. 28.

16 J. BÄRMANN, art. cit., p. 17.

17 J. BÄRMANN, art. cit., p. 19.

de interés y una serie de servicios, *se obliga a proporcionar la más absoluta reserva en el desempeño de su tarea; reserva que,* fruto de una evolución que hemos intentado aclarar líneas atrás, *no sólo se apoya en la voluntad de la entidad bancaria, sino que ha obtenido una inestimable consagración legal.* Esto es, si más, lo que con otras palabras llama Jiménez de Parge *"El principio de defensa de la clientela, elemento patrimonial de la empresa privada".* Cabría puntualizar que más que defensa de la clientela como constitutiva del bien jurídico protegido, estimamos que *debe hablarse de amparo del capital a través de la reserva, consecuencia de una de las ventajas ofrecidas por las instituciones bancarias."* [18]

No mesmo sentido se manifesta a doutrina francesa, quando afirma que:

> "No plano jurídico e moral, *o segredo dos negócios encontra seus fundamentos na necessidade de garantir o respeito da intimidade da pessoa humana* e uma das armas mais condenáveis da concorrência desleal contitui em violar *o segredo da vida privada dos homens de negócios..."* [19]

Em algumas legislações, admite-se até que o direito à intimidade seja também reconhecido às pessoas jurídicas, para concluir que "o dever de manter o sigilo é um princípio que pesa sobre todos aqueles que vivem na *intimidade* da pessoa ou instituição", incluindo os seus legítimos e necessários confidentes a qualquer título. [20]

Dentro dessa orientação, o Tribunal Federal suíço teve o ensejo de afirmar ainda que:

> "Se se pretendesse admitir como legítimo um interesse geral de obter informações sobre a vida privada das pessoas, desapareceria por completo a esfera privada protegida pelo direito. Só um interesse particularmente relevante pode ser declarado superior ao *direito à uma vida privada sem interferência."* [21]

Também, na Itália, a doutrina reconhece que a inviolabilidade do sigilo bancário é uma garantia decorrente do direito à liberdade individual,

---

18 LUIS MARIA CAZORLA PRIETO, *El secreto bancario,* Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, p. 89.

19 SAMY CHAMAS, "Le secret des affaires, rapport général" in *Le Secret et le Droit,* Travaux de L'Association Henri Capitant de 1974, Paris, Dalloz, 1976, p. 182.

20 *Le Secret et le Droit* cit. na nota anterior, p. 196.

21 *Le Secret et le Droit,* p. 367.

assegurando a atuação de cada um, na sua esfera privada. Salienta-se que a inviolabilidade do sigilo bancário constitui uma liberdade negativa, no sentido de excluir terceiros da área própria, a de atuação exclusiva do indivíduo, é o *ius excludendi alios* em relação a informações referentes à sua vida privada, familiar, econômica, etc...

Os autores italianos substituem a expressão anglo-americana *privacy* pelo direito à *riservatezza*, considerado como significando a "exclusão do conhecimento por parte de terceiros de tudo que se refere à própria pessoa".[22] Tal direito decorre, segundo o entendimento da doutrina e da jurisprudência, do próprio Texto Constitucional italiano, que reconhece e garante a *inviolabilidade do direito da personalidade* (art. 2.º)[23] e da Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, que garante a toda pessoa:

> "o direito ao *respeito de sua vida privada* e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência."[24]

Finalmente, a jurisprudência italiana, em decisão da Corte de Cassação de 30-11-1974, reconheceu que o sigilo bancário tanto protege o cliente como o próprio banco "em virtude de exigência inerente ao desenvolvimento da atividade (bancária) reconhecida como sendo de maior importância social". Acrescentou, o julgado, que a regra de sigilo decorre da tradição histórica e da experiência, apresentando-se, como regra da organização bancária quase inerente à sua estrutura e à função creditícia[25].

Na Bélgica, o sigilo bancário também é considerado como sendo protegido, tanto no interesse social, como no interesse dos clientes dos bancos[26].

Em Portugal, a matéria não tem sido discutida amplamente, mas a Constituição serviu de modelo à nossa, consagrando, em seu artigo 26, o reconhecimento do direito de todos os cidadãos "à reserva da intimidade da vida privada e familiar" (Constituição de 2-4-1976, alterada pelas leis constitucionais posteriores).

Texto análogo encontramos, aliás, na Constituição Espanhola que, no seu art. 18, garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem.

Nos Estados Unidos, a proteção constitucional decorre da 4.ª Emenda que abrange as matérias tratadas em vários dos incisos do art. 5.º da atual

---

22 DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milão, 1959, p. 256.

23 ASTOLFO DI AMATO, *Il segreto bancario*, Napoles, Edizioni Scientifiche Italiano, 1979, pp. 124 e ss.

24 ASTOLFI DI AMATO, ob. cit., p. 123.

25 ENRICO GIANFELICI, *Il segreto bancario*, Roma, Buffetti Editore, 1979, p. 54.

26 RICHARD ZONDERVAN, *Le secret bancaire*, Bruxelles, edição do Centro d'Etudes Bancaires e Financières, 1973, 18 e ROBERT HENRION, *Le secret bancaire en Belgique in Le Secret bancaire dans la CEE* já citado, p. 57.

Constituição brasileira, mas que tem sofrido uma interpretação construtiva e ampliativa por parte dos Tribunais norte-americanos.

Determina a referida emenda que:

> "O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, *papéis* e haveres contra a busca e apreensão arbitrárias não pode ser infringido..."

Por longo tempo, a proteção do sigilo bancário decorreu do sigilo garantido aos documentos (*papers*), enquanto a informação bancária se apresentava sob essa forma, mas chegou a haver discrepâncias nos julgados em virtude da divergência de leis estaduais existentes sobre a matéria.

Em 1970, o Governo Federal decidiu elaborar uma lei para combater e restringir o sigilo bancário (*Bank Secrecy Act* de 26-10-1970, *Public Law* 91-508, 84 *Stat.* 1.114), contendo normas de acordo com as quais o Poder Público poderia obter informações sobre as contas bancárias. As disposições da mencionada lei, que permitiam o acesso às informações referentes às contas bancárias, independentemente da existência de processo judicial, ou procedimento administrativo, foram, todavia, consideradas inconstitucionais por alguns juízes da Corte Suprema norte-americana no caso *Califórnia Bankers Association v. Schultz* (416 US 21, 1974).

Tendo havido, posteriormente, algumas novas divergências jurisprudenciais, o Governo Federal, a fim de cumprir as determinações constitucionais, aprovou, em 1978, o *Right to Financial Privacy Act* (Lei de 10-11-1978, *Public Law* 95-630, 92 *Stat.* 3697), que só permite a requisição e a prestação de informações, por parte das instituições financeiras, nos casos de procedimentos administrativos contenciosos e de ações judiciais, quando então os pedidos deverão ser justificados e considerados relevantes para a solução do caso, devendo o cliente do banco ser previamente informado e podendo se opor ao fornecimento de informações, quando for o caso, ensejando uma decisão judicial específica sobre a matéria.

O *Right to Financial Privacy Act* se enquadra num conjunto de normas legais que permitem, com caráter excepcional, e em virtude da adequada justificação, o acesso do Governo às informações bancárias, vedando, todavia, a requisição das mesmas, sem que haja justa causa (ou seja só a permitindo em virtude de processo ou inquérito em andamento).

A lição do direito norte-americano é importante, pois, como vimos, se fundamenta na Emenda n.º IV, inspirada na Declaração dos Direitos do

Homem, que também integra a nossa Constituição, e que, nos Estados Unidos, ensejou a discussão da inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário, quando não amplamente justificada, provocando uma nova legislação que o consagrou e protegeu amplamente, só admitindo restrições ao mesmo em casos especiais, devidamente evidenciados, com base no princípio do contraditório e do *due process of law*.

Na Argentina, a Lei n.º 18.061, de 1969, consagrou o sigilo bancário, nos seus artigos 33 e 34, que constam, com poucas alterações, na legislação vigente consubstanciada pela Lei n.º 21.256, de 1977, nos seus artigos 39 e 40. Ora, a *Exposição de Motivos da Lei n.º 18.061*, na parte que se referia ao sigilo bancário, *esclareceu que se tratava de decorrência da norma constitucional argentina, que garantia a inviolabilidade da correspondência e dos papéis privados* (art. 18 da Constituição Argentina).

A lei argentina admite exceções nos casos de pedido judicial justificado e de solicitação das autoridades fiscais, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

> *a)* que a informação se refira a um contribuinte determinado, pessoa física ou jurídica;
>
> *b)* que haja um procedimento fiscal em andamento, em relação ao mencionado contribuinte;
>
> *c)* que o mesmo tenha sido cientificado formal e previamente do pedido.

O legislador argentino esclarece que tais requisitos estão vinculados à garantia do devido processo legal, de tal modo que, faltando qualquer dos requisitos, a instituição financeira não deve atender o pedido de informação.[27]

Por sua vez, a doutrina argentina considera que existe um consenso no sentido de incluir a relação entre o banco e o cliente na esfera da intimidade e da vida privada, que são protegidos constitucionalmente por integrarem o direito à inviolabilidade da pessoa.[28]

No Uruguai, o Professor BERNARDO SUPERVIELLE SAAVEDRA, na sua obra clássica sobre depósito bancário, considera o sigilo como um

---

27 LUIZ MUÑOZ, *Contratos y negocios jurídicos financieros, Parte general*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981, vol. 1, pp. 130 a 132 e CARLOS GILBERTO VILLEGAS, *Compendio Jurídico, Técnico y Prático de la actividad bancaria*, Buenos Aires, Depalma, 1986, vol. I, p. 319 e do mesmo autor *Régimen Leal de bancos*, actualización, Buenos Aires, Depalma, 1980.

28 JUAN CARLOS MALAGARRIGA, *El secreto bancario*, Buenos Aires, Abeledo Perro, editor, 1970, p. 30.

elemento necessário da atividade bancária e financeira, sendo inerente à natureza dessa atividade e correspondendo ao próprio interesse da profissão.

Afirma que o sigilo deve ser respeitado:

> "Porque *para que la actividad bancaria pueda ejercerse correctamente se requieren dos condiciones:* en primer lugar, *un conocimiento amplio de muchos aspectos íntimos de la vida comercial* y de la composición patrimonial *del cliente; y* en segundo lugar, *la seguridad, para éste de que pueda confiar todos esos aspectos al banquero sin el temor de que sean divulgados.*
>
> "Es más, debe tener la certeza de que puede plantear sus problemas con amplia libertad, sin reticencias, y que al solicitar un consejo será correspondido con la confianza que ha depositado en la institución y en sus funcionarios." " [29]

O jurista uruguaio justifica o sigilo bancário como proteção da liberdade, equiparando-o à inviolabilidade da correspondência, cuja infração é considerada pela lei uruguaia como delito contra a liberdade individual. E conclui reconhecendo que o sigilo bancário constitui um direito à intimidade, vinculado à própria pessoa. [30]

Se podia haver dúvida no passado, quando as Constituições Brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos *dados* pessoais, é evidente que, diante do Texto Constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da Lei Magna.

Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos *papéis,* de que tratam a Emenda n.º IV à Constituição Americana, a Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência ao sigilo dos *papéis* que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.

Com a revolução tecnológica, os *papéis* se transformaram em *dados* geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder.

---

29 BERNARDO SUPERVIELLE SAAVERDA, *El depósito bancario,* Montevideo, 1960, nº 209, p. 200 e VILLEGAS, *Régimen Legal,* já citado, p. 70.

30 *Ap.* VILLEGAS, *Régimen,* já citado, p. 76.

A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa.[31] Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas, e no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção constitucional em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5.º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5.º da CF, ficou evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente.

3.3. *Da violação do inciso LIX do art. 5.º da Constituição Federal*

Por outro lado, os direitos da personalidade em geral e o direito ao sigilo bancário em particular não são absolutos, mas não podem ser eliminados, por via oblíqua, pela legislação ordinária, mediante regras que venham a admitir a requisição generalizada e injustificada de dados bancários, como bem tiveram o ensejo de decidir alguns juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos em decisão à qual já fizemos referência.

A fixação dos limites do direito ao sigilo bancário, que pode ser estabelecida pela legislação ordinária, obedece ao princípio do equilíbrio que a Constituição determina que deva existir, quando, no próprio artigo 5.º, inciso LIV, dimensiona o grau e as condições da privação da liberdade ao determinar que:

> "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal."

A norma, que se aplica a todos os casos de liberdade individual, também incide em relação ao *sigilo bancário, que só pode sofrer restrições desde que obedecido o "devido processo legal"*, que constitui um freio à arbitrariedade e até ao poder discricionário.

O devido processo legal, ao qual alude o direito argentino quando estabelece limites legais ao sigilo bancário, tem duas acepções, uma de caráter material e a outra de natureza processual.

---

31 ALAN F. WESTIN, ob. cit., p. 158.

Materialmente, o *due process of law* significa a razoabilidade da exigência legal, o fundamento sério e justificado da violação do sigilo bancário, com base em inquérito ou procedimento administrativo, ou em processo judicial, nos quais a quebra de sigilo é condição necessária para a solução do caso.

No tocante à garantia processual, o devido processo legal significa a possibilidade real de defesa do cidadão, ou seja, a ciência do processo e a garantia do contraditório, aos quais também alude o direito argentino.

Efetivamente, o devido processo legal tem as suas origens na Magna Carta de 1215, que assegurava, a todo indivíduo, o direito de ser julgado *per legem terrae* e que foi consagrado pela 5.ª Emenda à Constituição Americana e já agora incorporado à nossa Constituição de 1988 (art. 5.º, inciso LIV).

COOLEY o considera rigorosamente equivalente à expressão *law of the land,* que, inspirada no direito natural, ampliou o seu campo de atuação, ultrapassando a área processual, para se transformar, nos Estados Unidos, numa limitação constitucional dos poderes do Estado. [32]

A Suprema Corte dos Estados Unidos teve o ensejo de afirmar, no caso *Hurtado v. Califórnia,* (110 U.S. 516), que a lei da terra e o devido processo legal:

> "Applied in England only as guards against executive usurpation and tirany, here *they have become bulwarks also against arbitrary legislation.*"

A mais recente doutrina norte-americana fez do *due process of law,* uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a Constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e aceitável conforme entendimento do Poder Judiciário. [33]

Coube ao Juiz RUTLEDGE, no caso *Thomas v. Collins,* definir adequadamente a função de devido processo legal, ao afirmar que:

> "Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina

---

32 SAN TIAGO DANTAS, *Problemas de direito positivo,* Rio, Forense, 1953, pp. 42 e ss.

33 E. S. CORWIN, *The Constitution and what it means today,* 11ª ed. Princeton University Press, 1954, p. 251.

a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha do limite, sempre delicada, é-o, ainda mais, quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda...

Esta prioridade confere a estas liberdades santidade e sanção que não permitem intromissões dúbias. E é o caráter do direito, não da limitação, que determina o *standard* guiador da escolha. Por essas razões, *qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual.*" [34]

Na realidade, o *due process of law* tornou-se um verdadeiro *standard* de acordo com o qual os Tribunais se guiam e "deve aplicar-se, tendo em vista circunstâncias especiais de tempo e de opinião pública em relação ao lugar em que o ato tem eficácia". [35]

A doutrina brasileira, que comenta o art. 5.º, LIV da Constituição Federal, considera que a cláusula constitucional do devido processo legal abrange, entre outros, os seguintes direitos:

"*a*) o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação; *b*) o direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça; *c*) o direito ao procedimento contraditório; *d*) o direito de não ser processado por lei *ex post facto; e*) o direito de igualdade com a acusação; *f*) *o direito de ser julgado mediante provas e evidência legal e legitimamente obtida; g*) o direito ao juiz natural; *h*) o privilégio contra a auto-incriminação; *i*) a indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada; *j*) o direito aos recursos; *l*) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada." [36]

Tentando compatibilizar o disposto nos incisos X e XII com as restrições que o legislador ordinário pode estabelecer, desde que respeitado o devido processo legal consagrado pelo inciso LIV do mesmo artigo, concluimos que *só excepcionalmente, em casos especiais, e com fundamentação específica e adequada, definida por lei, é que pode o sigilo bancário sofrer limitações, o que evidentemente não ocorreu em relação ao disposto no art. 12 da Lei Complementar n.º 70.*

34 323 US 516 (1945) *ap.* LEDA BOECHAT RODRIGUES, *A Corte Suprema e o direito constitucional americano,* Rio, Forense, 1958, p. 272.

35 ROSCOE POUND *ap.* SAN TIAGO DANTAS, ob. cit., p. 43.

36 PINTO FERREIRA, ob. cit., p. 175.

Efetivamente, como vimos, a lei violou, sem qualquer motivo, o sigilo bancário garantido a todos os clientes de bancos, sem que houvesse contra eles qualquer procedimento judicial ou administrativo em curso e sem condicionar ou prever a existência de situações especiais, que justificassem a devassa dos dados pessoais e sigilosos.

Por outro lado, sob o aspecto processual, não assegurou nenhuma defesa prévia, ou direito ao contraditório em relação às pessoas a respeito das quais pedirá informações cadastrais aos bancos, descabendo, aliás, no caso, qualquer citação, defesa ou contraditório, pois nada contra elas se alega e nenhuma suspeita específica há em relação às mesmas.

Assim sendo, é incontestável a inconstitucionalidade tanto do art. 12 da Lei Complementar n.º 70 quanto do art. 29 da Lei n.º 7.492, de 12-6-1986, que está transcrito no § 7.º do art. 38 do Projeto, pelo fato de terem desrespeitado os incisos X e XII do art. 5.º da Constituição Federal, estabelecendo restrições às liberdades individuais incompatíveis com os princípios do devido processo legal também consagrado pela Constituição, no inciso LIV do mesmo artigo.

4. *Conclusões*

Em conclusão, podemos afirmar que:

a) em virtude do que dispõe o artigo 5.º, inciso X da Constituição, a lei não pode cercear, sem justo motivo, a *liberdade bancária, que se inclui no direito individual à intimidade e à vida privada;*

b) o artigo 5.º, inciso XII, considera inviolável o sigilo em relação aos dados pessoais, entre os quais estão os referentes ao cadastro e à movimentação de contas bancárias;

c) o sigilo bancário assegurado pelos incisos X e XII do artigo 5.º inclui toda a relação entre o banqueiro e o cliente, abrangendo, pois, os dados cadastrais e a informação sobre a abertura ou existência de conta;

d) são inconstitucionais as limitações ao sigilo bancário quando não têm destinatários determinados, abrangendo a totalidade dos clientes de bancos, não mencionam ou prevêem casos específicos nos quais as informações poderão ser requisitadas ou quando não há processo ou inquérito em curso, criando-se uma suspeição indevida e humilhante em relação a toda a população brasileira que tem conta em banco;

e) quando não adequadamente motivada, a *violação do sigilo não se compatibiliza com o devido processo legal, ao qual se refere o inciso LIV do artigo 5.º da Constituição.*