

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 687
Tel. — (011) 607-2433 Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 — São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

DOCTRINA

- O regime jurídico da comunhão de debenturistas e as condições de validade e oponibilidade das deliberações assembleares — Arnaldo Wald 5
- Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro — Luís Fernando Schuartz 13
- Sociedade por quotas — Quotas preferenciais — José Alexandre Tavares Guerreiro 28
- A regulamentação do art. 192 da Constituição Federal. A independência do futuro Banco Central do Brasil — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 35
- Incorporação de companhia controlada — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 87

ATUALIDADES

- Da evolução legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro em matéria de sigilo bancário — Arnaldo Wald 97
- O sistema judiciário japonês — Luiz Felizardo Barroso e Aloysio de Moraes 103
- O direito do consumidor e os contratos financeiros — Waldírio Bulgarelli 126

JURISPRUDÊNCIA

- Duplicata não aceita — Execução — Protesto — Maria do Céu Marques Rosado 130

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTA NÚMERO

ALOYSIO DE MORAES

Advogado e Tradutor Público Juramentado-RJ

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Professor Assistente e Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo e Brasília

LUÍS FERNANDO SCHUARTZ

Advogado; Mestre em Direito pela Universidade de Frankfurt e Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFRJ

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

MARIA DO CÉU MARQUES ROSADO

Advogada em São Paulo

WALDÍRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tullio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

ATUALIDADES

DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DO DIREITO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE SIGILO BANCÁRIO

ARNOLDO WALD

No direito brasileiro, o sigilo bancário mereceu inicialmente a proteção genérica dada, pelos artigos 17 a 20 do CCom., aos comerciantes em geral e pelo art. 144 do CC, com referência aos depoimentos na Justiça, que salvaguardou o segredo profissional, sem prejuízo das normas penais já citadas e de outras regras de caráter processual (CP, art. 154; CPC, art. 347; CPP, art. 207).

Comentando a matéria na década de 40, afirmou o Min. Nelson Hungria, nos seus *Comentários ao Código Penal*, que "Paupérrimos são, entre nós, a doutrina e a jurisprudência sobre o sigilo bancário".

Decorrido quase meio século, a afirmação continua válida, embora haja atualmente, algumas decisões judiciais sobre a matéria, quer anteriores ou posteriores à legislação vigente.

Mesmo antes de 1964, já se tinha firmado a orientação dos julgados no sentido de só se admitir a violação do sigilo bancário em virtude de requisição judicial ou administrativa, havendo processo ou inquérito em curso.

Mas foi a Lei 4.595/64 que regulamentou adequadamente a matéria no seu art. 38 que tem a seguinte redação: "Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados; § 1.º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas

instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma; § 2.º. 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; § 3.º. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal da ampla investigação (art. 53 da CF e Lei 1.579, de 18.3.52), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil; § 4.º. Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2.º e 3.º 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; § 5.º. 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; § 6.º. O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autori-

dades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente; § 7.º. A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de 1 a 4 anos aplicando-se, no que couber, o CP e o CPP, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Posteriormente, a Lei 4.728/65 reconheceu, em seu artigo 4.º, o poder atribuído ao Banco Central para examinar a escrita dos bancos nos seguintes termos: “Art. 4.º. No exercício de suas atribuições, o Banco Central poderá examinar os livros e documentos das instituições financeiras, sociedades, empresas e pessoas referidas no artigo anterior, as quais serão obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos solicitados pelo Banco Central.”

Finalmente, a Lei 7.492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional definiu o crime de violação de sigilo bancário e determinou que o Banco Central e a CVM informassem ao Ministério Público da ocorrência de crime previsto pela mencionada lei autorizando-o, outrossim, a requisitar informações e documentos, sempre que necessário, para a prova de existência de crime, o que pressupõe a existência de inquérito ou de processo criminal.

Resumindo a posição adotada pelo Banco Central na matéria, um dos seus mais ilustres advogados, Dr. Carlos Alberto Hagstrom, chegou a escrever que: “A interpretação do art. 38 da Lei 4.595, ao longo dos anos, levou à fixação, no âmbito do Banco Central, de alguns princípios fundamentais: 1. A norma determina, como regra, a manutenção do segredo; estabelece, no entanto, exceções e tipifica uma conduta criminosa; deve, pois, por tudo isso, ser interpretada de modo estrito; 2. Tais normas não podem, ser interpretadas

isoladamente, devendo ser tomadas em seu conjunto; 3. O rigor da punição estabelecida para o crime (“quebra” de sigilo) e a explicitação das exceções não permitem interpretações “liberalizantes”.

É verdade que o Código Tributário (Lei 5.172, de 25.10.66) posterior à legislação da Reforma Bancária mas anterior à nova Constituição, deu nova regulamentação à matéria, nos seus arts. 105 e 197 que tem a seguinte redação: “Art. 105. Para os efeitos da legislação tributária, não tem aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los”. “Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: I — (*omissis*); II — os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras; III a VI — (*omissis*); VII — quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo, em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão”.

Embora possa parecer que haja contradição entre as disposições do direito tributário e os da lei bancária, a jurisprudência, de modo manso e pacífico, conciliou as disposições aparentemente conflitantes, considerando que as informações só serão dadas, no caso de sigilo bancário, ocorrendo as hipóteses previstas no art. 38 da Lei 4.595, como se verifica pelas decisões tanto do Supre-

mo Tribunal Federal (RE 71.640-BA) como do antigo Tribunal Federal de Recursos (AC 47.875-MG).

O entendimento manso e pacífico da jurisprudência acabou, pois, no sentido apontado pelas seguintes ementas: "O texto legal (art. 38, § 5.º da Lei 4.595) é claro. Somente quando houver processo instaurado é que poderá o fisco proceder a exame de documentos, livros e registros. Embora a existência de processo instaurado, seja condição necessária para a ação do fisco, ela, por si só não é suficiente. A lei exige também, que os exames dos documentos, livros e registros de contas de depósito, sejam considerados indispensáveis pela autoridade competente. (...)". "Sigilo Bancário — Notas Promissórias rurais — Art. 38 da Lei Federal 4.595/64, e art. 67, da Lei estadual 9.590/66 — Obrigação de franqueamento à fiscalização se houver processo instaurado e se o exame for considerado indispensável pela autoridade fiscal — Manifestação do Supremo Tribunal Federal. (...)". "A informação bancária, em tal conjuntura, só é feita em casos excepcionais, tais como a hipótese em que a mesma é requisitada por um cliente do Banco, que lhe nega oferecer elementos de sua conta ou, na hipótese de demanda, onde uma das partes, como elemento de prova, por intermédio do Juiz, requisita informações sobre a outra parte. (...) Na recusa de informações sobre negócios de seus clientes, o Banco cumpre um dever e, nisso, defende o seu próprio direito, como o de toda a clientela, que opera sob a garantia legal de um recato, salvo os casos legais, quando desvincula dessa obrigação que é de ordem pública. (...)".

São no mesmo sentido, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, recusando-se a permitir a devassa das contas do ex-Min. Antonio Rogério Magri, por falta de indicação precisa das acusações e provas que contra ele pesam no inquérito aberto, e da Justiça Federal

no Rio de Janeiro, concedendo liminar em mandado de segurança a titular de cartão de crédito, para evitar que informações a seu respeito sejam transmitidas pela empresa operadora à receita federal (liminar concedida pelo e. Juiz e hoje Des. Federal Carreira Alvim).

Embora os textos constitucionais de 1988 não tenham sido discutidos na jurisprudência referente ao sigilo bancário, é evidente que as conclusões dos julgados sempre mantiveram o respeito à chamada "liberdade bancária", só admitindo a violação ou levantamento do sigilo bancário em casos excepcionais previstos em lei.

Na realidade, a compatibilização pela jurisprudência das normas da Lei 4.595 com as do Código Tributário comprova que, para evitar uma inconstitucionalidade, os Tribunais interpretaram a lei posterior como somente sendo aplicável com as restrições estabelecidas na lei anterior, respeitando assim o princípio constitucional de acordo com o qual, havendo várias interpretações possíveis da lei, deve prevalecer a compatível com a Constituição, mesmo contrariando a letra e quiçá o espírito da lei ordinária.

Verificamos, pois, que a evolução legislativa e jurisprudencial comprova que sempre foi obedecido o princípio da inviolabilidade do sigilo bancário, ressalvadas as exceções legalmente previstas, mesmo quando o texto constitucional era menos explícito e claro do que o atualmente vigente. *A fortiori*, impõe-se a manutenção deste entendimento quando o texto constitucional vigente reforçou a proteção dada à privacidade e aos dados pessoais.

A Portaria 144, sendo baseada em lei inconstitucional, como acabamos de verificar, é por sua vez inconstitucional e conseqüentemente nula de pleno direito, não sendo pois exigíveis as informações pelo Diretor do Departamento da Receita Federal.

Acresce que não obstante ser inconstitucional o art. 12 da LC 70, por ter violado os incs. X e XII do art. 5.º da CF, poderia, em tese, o Poder Executivo invocar a delegação legislativa parcial para estabelecer condições adequadas para o levantamento do sigilo bancário, que fossem compatíveis com o devido processo legal, só o admitindo em casos especiais e justificados e com ciência prévia dos interessados e eventual direito da defesa dos mesmos.

Efetivamente, o art. 12 poderia, à primeira vista ensejar tal regulamentação, dentro dos limites em que se referiu ao direito de requisitar informações às instituições financeiras e ao dever destas de fornecê-las “nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento”.

Assim, poder-se-ia conceber que o legislador tivesse fixado o princípio da quebra de sigilo em caráter excepcional, o que seria constitucional. delegando ao Poder Executivo a complementação da lei para que fixe as condições básicas em que poderia ocorrer.

Ocorre, todavia, que além da discussão geral existente em relação aos limites da delegação de poderes, especialmente nos casos em que se cria um dever para as pessoas físicas e/ou jurídicas (que só pode decorrer de lei em sentido formal — art. 5.º, II da CF), essa delegação não era admissível no caso: a) por não permitir o art. 68, § 1.º da CF que haja delegação em relação à matéria reservada à lei complementar; b) por considerar a Constituição que só pode haver delegação em favor do Presidente da República no caso de leis delegadas (art. 68).

Assim, determina o art. 68 da Constituição que trata das leis delegadas que: “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional; § 1.º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclu-

siva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais políticos e eleitorais; III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2.º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

Ora, é evidente que, se a matéria de lei complementar não pode ser objeto nem mesmo de lei delegada, muito menos seria admissível tratar da mesma em Decreto do Poder Executivo, regulamentando a lei, e *a fortiori* em simples portaria ministerial.

Há pois, na portaria, três vícios: a) a inconstitucionalidade por falta de competência do Ministro de Estado para criar ou complementar um dever legal (art. 5.º, inc. II), inconstitucionalidade que decorre, aliás, da contaminação da portaria pelos vícios da própria lei; b) ilegalidade formal, pois a lei não pode ser regulamentada por Portaria Ministerial, devendo sê-lo, em tese, por Decreto do Presidente da República (art. 87, IV da CF) e não por instruções ministeriais (art. 87, parágrafo único, inc. II da CF) não se admitindo que a matéria possa ser objeto de simples portaria; c) ilegalidade material, porque a lei, ao determinar, ao Ministro, que fixasse os termos nos quais as instituições financeiras e outras deveriam fornecer informações à Receita Federal, presumiu que o Ministro estabelecesse casos e condições nos quais o fato poderia ocorrer e não se limitasse a generalizar a obrigação, fazendo-a incidir em relação a todos os depositantes de bancos, sem qualquer motivação ou justificação. Na realidade, o Ministro não fixou os ter-

mos ou seja as condições e situações jurídicas nas quais a requisição e o conseqüente dever de fornecimento poderiam ocorrer, mas determinou o Ministro a requisição de todas as informações e concedeu competência ao Diretor do Departamento da Receita Federal para tanto.

A lei estabeleceu uma norma geral que não é auto-executável, pois limitou-se a determinar que as pessoas jurídicas por ela referidas fornecessem informações, sem esclarecer quando ou como, ou seja, em que casos específicos as informações serão exigíveis. Havia, assim, necessidade de regulamentação que só poderia ser feita por Decreto do Poder Executivo e não mediante Portaria Ministerial.

É incontestável, na doutrina e na jurisprudência, que o poder regulamentar deve ser exercido pelo Presidente da República, mediante decreto, pelo qual, se complementa a lei, nas matérias que ela não tratou e sem afetar as garantias e os direitos individuais. Trata-se, de acordo com a CF (art. 84, IV) de *competência privativa* do Presidente da República (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 16.^a ed., 1991, p. 108).

Quando a lei prevê uma regulamentação, a mesma se torna *conditio juris* da atuação normativa do diploma legal e, no caso, havia previsão de regulamentação, que, com a devida vênua, não podia ser do Ministro, mas tão-somente, do Presidente da República.

Por mais que se tenha discutido uma intervenção ministerial no poder regulamentar, a melhor doutrina reconhece que não é dado aos Ministros competência para estabelecer regras gerais que venham afetar ou restringir os direitos de terceiros, limitando-se a sua competência à regulamentação da organização e do funcionamento dos serviços dos Ministérios dos quais são titulares.

Cabe pois, distinguir entre os regula-

mentos externos, que criam deveres para terceiros, e que só podem decorrer de Decreto, e os regulamentos internos, também denominados regimentos e instruções e ainda existentes sob outras formas, que se destinam tão-somente aos funcionários e podem decorrer de decisão ministerial.

Essas destinações não são meras filigranas jurídicas mas decorrem da própria existência do Estado de Direito, que pressupõe o respeito à hierarquia das normas, cuja violação implica em verdadeira e completa "subversão da ordem jurídica" como bem salientou Victor Nunes Leal. Efetivamente, conclui o eminente jurista, numa frase que tanto se aplica ao Chefe de Estado, como aos seus ministros que, a violação da hierarquia das normas jurídicas teria as mais nefastas conseqüências pois: "O sistema da legalidade, o Estado de Direito, terá desaparecido entre nós e o Presidente da República estaria equiparado aos imperantes das antigas monarquias absolutas: *Principis legibus solutus est*. Essa conseqüência repugna, porém, não só a consciência jurídica moderna, como ainda ao próprio texto constitucional".

A portaria é definida como ato administrativo interno pelo qual a autoridade expede determinações para seus subordinados ou designa funcionários para funções ou cargos. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, consagraram o entendimento de acordo com o qual: "As portarias não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública".

Dentro da mesma orientação e interpretando o sentido das "instruções" às quais se refere o inc. II do parágrafo único do art. 87 da CF, no qual se fundamentou a Portaria ministerial, o Prof. José Cretella Junior esclarece que: "As instruções não ultrapassam os limi-

tes das repartições atuando com eficácia interna, dirigindo-se a um determinado grupo de funcionários...”

É acrescenta o i. Professor paulista, ao caracterizar as instruções: “Endereço certo — agentes internos da administração pública, objeto incontestável — harmonia e unidade dos serviços públicos, eis duas notas sobre as quais não divergem os tratadistas que estudam o assunto”.

Ora, no caso, a portaria no seu art. 2, determina que as instituições prestem as informações com bases nos cadastros de 1.1.92 e transforma a determinação abstrata da lei, condicionada à regulamentação, em norma específica de comando em relação a terceiros, pessoas jurídicas que deverão prestar as informações.

Há, assim, incontestável ilegalidade, decorrente não só da falta de competência da autoridade, que baixou o ato, regulamentando a lei, o que só poderia ser feito, em tese, por ele, mas eventualmente, por Decreto, como também ilegalidade em virtude do uso da portaria para criar deveres para terceiros, quando se trata de instrumento inviável para tal fim.

Considerando-se que, no Estado Democrático, o indivíduo pode fazer tudo que a lei não veda e só deve fazer o que a lei determina que seja feito, é evidente que o legislador, ao restringir a chamada liberdade bancária, que consiste no direito ao sigilo bancário, o fez com caráter excepcional, delegando — embora não pudesse fazê-lo — ao Ministro da Economia a definição das condições nas quais o sigilo poderá ser levantado. E o ministro não fixou essas condições, generalizando indevidamente o dever de informação a respeito das

contas bancárias e regulamentando tão-somente a data-base e definindo a autoridade competente. Salvo melhor juízo, dentro do espírito da Constituição e da lei, não era essa a função delegada ao ministro, ao qual cabia definir os termos nos quais as requisições deveriam ser feitas e que deveria obedecer a um modelo análogo ao que consta no art. 38 da Lei 4.595, que especifica as hipóteses de levantamento do sigilo bancário.

Diante de uma lei de caráter excepcional, não se pode considerar suscetíveis de levantamento do sigilo bancário, todas as contas do depósito em bancos, sob pena de estar desobedecendo aos próprios princípios consagrados pela Constituição Federal e que, presumidamente, norteariam também a atuação do legislador ordinário.

Conclui-se, assim, que a Portaria 144:

a) é inconstitucional por regulamentar lei inconstitucional (art. 12 da LC 70);

b) é inconstitucional, pois importa em regulamentação de lei complementar, o que só poderia ser feito por lei ou, no máximo, por decreto do Poder Executivo (art. 84, IV da CF);

c) é ilegal por criar deveres para terceiros não funcionários, quando a portaria não tem essa função limitando-se a dar instruções aos funcionários ou a designá-los para ocupar determinadas funções ou cargos;

d) é ilegal por violar a lei dentro dos limites em que não estabeleceu, como devia fazê-lo, as condições excepcionais que justificariam a requisição e o fornecimento das informações às quais alude Lei e que a mesma deixou para serem regulamentadas pelo Ministro do Estado (embora coubesse à própria lei fazê-lo sob pena de inconstitucionalidade).