



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

PEDRO PINHEIRO DE SOUZA

O SIGILO BANCÁRIO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

FORTALEZA

2014

PEDRO PINHEIRO DE SOUZA

O SIGILO BANCÁRIO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito do Trabalho

Orientadora: Professora Nélida Astezia Castro Cervantes

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

S729s

Souza, Pedro Pinheiro de.

O sigilo bancário nas relações de emprego / Pedro Pinheiro de Souza. – 2014.

59 f. : il. color.,enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito do Trabalho.

Orientação: Profa. Me. Nélida Astezia Castro Cervantes.

1. Direitos fundamentais - Brasil. 2. Sigilo bancário - Brasil. 3. Dano moral - Brasil. 4. Justa causa (Direito) – Brasil. I. Cervantes, Nélida Astezia Castro (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 344

PEDRO PINHEIRO DE SOUZA

O SIGILO BANCÁRIO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito do Trabalho

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Professora Nélida Astezia Castro Cervantes (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professora Beatriz Rego Xavier
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Camilla Karla Barbosa Siqueira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho ao meu amado filho,
que me ensina diariamente o que é o
amor desinteressado, incondicional e
irrestrito.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à minha orientadora, professora Nélide Cervantes, pelo auxílio neste trabalho, mostrando-me sempre o caminho das pedras e dando um suporte sem o qual eu não teria conseguido finalizar a pesquisa e a produção com êxito então apresentado.

À minha família, que mesmo tendo muitos membros distantes, sempre me apoiou e sempre confiou no meu potencial.

Em especial, à minha mãe, que foi essencial para o meu sucesso no vestibular, cinco anos atrás, e que sempre buscou colaborar para facilitar a minha vida acadêmica. *Grazie Madre, ti amo.*

À minha tia Georginha, que nunca saiu do meu pé. Minha segunda mãe. Minha madrinha de formatura. *You'll be here for me, I never doubted it.*

Ao meu pai que mesmo distante, nunca deixou de se interessar pelo meu cotidiano no ambiente acadêmico, sempre buscando me aconselhar e me dar forças para obter êxitos, ao meu irmão Raphael à avó mais linda do mundo, Mariângela. Muito obrigado.

À Professora Beatriz e à Camilla, meu enorme agradecimento por aceitarem meu convite de participar da Banca Examinadora desta monografia. É uma honra tê-los presentes nesse momento tão especial.

Aos meus amigos que me acompanharam durante os vários momentos que tive nesses cinco anos de graduação. Em especial à Sarah Pinheiro, que foi, por muitas vezes, o meu único porto seguro nesse difícil trilhar, serei eternamente grato!

Por fim, a todos meus antigos chefes e colegas de trabalho e de estágio pelos quais tive o prazer de conviver, em especial à Dra. Marcela e ao Dr. Antônio, por terem contribuído substancialmente para o meu crescimento profissional e intelectual.

“God will give me justice” (Edmond Dantés em O Conde de Montecristo de Alexandre Dumas).

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por esteio analisar a eventual quebra do sigilo bancário do trabalhador perpetrada por instituição bancária, ora empregadora, que também acumula a função de prestadora de serviços bancários de seus funcionários, então consumidores. Analisar-se-á o tema sob o prisma dos direitos fundamentais e sociais consubstanciados na Constituição Federal vigente, conceituando-os e pontuando eventuais discrepâncias. Destrinchar-se-á todas as minúcias das relações consumerista e de emprego havida entre as partes de modo que se poderá diferenciar a tais relações havidas concomitantemente entre as mesmas partes, alijando as prerrogativas existentes em decorrência de uma relação da outra. Será primordial observar os limites dos direitos e deveres de cada relação e até os limites a esses limites. Observar-se-á, ainda, como foram julgadas reclamações trabalhistas envolvendo a quebra do sigilo bancário, tendo como resultado um estudo gráfico acerca de tais precedentes. Por fim, verificar-se-á a existência de obrigação civil quanto à reparação do dano moral havido de eventual violação ao sigilo bancário e possibilidade de demissão por justa causa decorrente da quebra do sigilo bancário administrativamente, sem prévia autorização judicial.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Sigilo Bancário. Relação de Consumo. Relação de Emprego. Limites da Subordinação. Dano Moral.

ABSTRACT

This work of completion is mainstay examining whether bank secrecy perpetrated by the bank, now employer, which also builds the function of providing banking services to its employees, then consumers worker. Examine the issue from the perspective of fundamental and social rights embodied in the current Constitution, conceptualizing and scoring discrepancies. Examine every detail of consumption relations and existing employment between the parties so that they can differentiate such existing relationships simultaneously between the same parties, jettisoning the existing privileges due to a relationship of another. Will be crucial to observe the limits of the rights and duties of each relation and to the extent such limits. Will be observed, also, as labor claims involving breach of bank secrecy were tried, resulting in a chart study on such precedents. Finally, verify the existence of civil obligation to repair the moral damage been possible violation of banking secrecy and the possibility of dismissal for cause resulting from the breach of bank secrecy administratively, without prior judicial authorization.

Keywords: Fundamental Rights. Banking secrecy. Consumption Ratio. Employment Relationship. Limits of subordination. Moral damages.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 DIFERENÇAS E RELAÇÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SOCIAIS.....	3
3 SIGILO BANCÁRIO	
3.1 Conceito.....	11
3.2 Privacidade. Direito Absoluto?.....	13
4 RELAÇÃO CONSUMERISTA DO BANCÁRIO E BANCO	
4.1 Princípios da Relação de Consumo.....	18
4.2 Configuração da Relação de Consumo.....	22
5 RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE BANCÁRIO E BANCO	
5.1 Princípios da Relação de Emprego.....	30
5.2 Configuração da Relação de Emprego.....	33
5.3 Empregado Bancário.....	37
6 ANÁLISE DA DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA DECORRENTE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO	
6.1 Limites da Subordinação Jurídica.....	40
6.2 Do dano moral Decorrente da Violação ao Sigilo Bancário.....	49
7 CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso (monografia) tem por escopo análise do respeito à garantia constitucional do sigilo bancário na relação entre instituição bancária empregadora e seus funcionários.

A inspiração para a pesquisa em comento nasceu a partir da análise de um caso prático, em que o discente, em regular exercício das atribuições de estagiário de direito junto ao Ministério Público do Trabalho – PRT 7ª Região, desenvolveu, juntamente com Procurador Regional do Trabalho Dr. Antônio de Oliveira Lima, parecer numa reclamação trabalhista em que se discutia demissão por justa causa decorrente de ato de improbidade descoberta, todavia, após análise dos dados bancários da ex-funcionária administrativamente.

Instigado pela complexidade e relevância do caso prático citado, o discente, malgrado já ter pesquisado incipientemente para elaboração do parecer ministerial, deu continuidade à pesquisa e notou o silêncio dos doutrinadores renomados acerca do caso em tablado (encontrando tão-somente um artigo em sítio virtual jurídico que aborda com completude o tema) e julgados divergentes no Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Em decorrência de tais estudos produziu-se um artigo que foi apresentado na III Semana de Pesquisa Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, em 2012.

Denota-se, pois, a relevância da presente pesquisa na medida em que, malgrado ser pontual (ocorrer tão somente quando instituições bancárias figurarem como empregadoras), o tema envolve várias áreas de estudo do direito brasileiro, tais como Direitos e Garantias Fundamentais Constitucionais, Direito do Consumidor, Direito do Trabalho e Responsabilidade Civil.

A metodologia se resumirá na leitura de livros, teses, artigos, legislação e precedentes jurisprudenciais acerca dos direitos e garantias individuais e sociais, sigilo bancário, relação de consumo e de trabalho, culminando nos limites da subordinação jurídica na relação de trabalho.

Analisar-se-á, pois, os direitos fundamentais, o que concerne ao seu histórico, gerações, eficácia e os conflitos entre si, guardando especial atenção aos direitos individuais fundamentais e os direitos sociais, citando importantes

constitucionalistas brasileiros, inclusive da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, e estrangeiros também.

Em continuidade, veremos em que consiste o sigilo bancário, suas definições doutrinárias, evolução dos limites da garantia de sigilo, mudanças legais ao longo dos anos e a atual regulação, a partir da Lei Complementar nº 105/01. Traremos, outrossim, importante precedente do Pretório Excelso sobre o tema em tablado.

Abordaremos, em sequência, os princípios basilares consumeristas e como vem a se configurar tal relação, nunca se afastando dos ensinamentos doutrinários e dos entendimentos jurisprudenciais dos principais tribunais pátrios. Seguindo a mesma linha de raciocínio, debruçaremos-nos sobre os princípios do Direito do Trabalho e como se configura a relação de trabalho, abordando as peculiaridades desta relação em distinção das demais relações de trabalho.

Em ambas as análises nunca iremos nos distanciar das definições propostas pela doutrina consolidada, assim como desenvolveremos o raciocínio científico a partir da exegese mais pacífica do texto legal vigente.

Por fim, abordaremos o âmago do presente trabalho de conclusão de curso, a demissão por justa causa decorrente de ato de improbidade comprovado após a quebra do sigilo bancário. Analisaremos os limites da subordinação jurídica em coexistência com a garantia constitucional do sigilo bancário. Ainda, analisaremos como o Colendo Tribunal Superior do Trabalho vem julgando casos semelhantes, tecendo pontuais críticas aos fundamentos de tais arrestos.

2 DIFERENÇAS E RELAÇÕES ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SOCIAIS

O conceito de Direitos Fundamentais é objeto de uma verdadeira pluralidade terminológica dentre os doutrinadores. Registram-se, e.g., autores que usam nomes tão díspares quanto “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana” e até mesmo “direitos do Homem”.

Visando o melhor desvelar do presente trabalho de conclusão de curso, determinaremos como mais adequada a nomenclatura “direitos fundamentais”, tendo em vista a Constituição utilizar essa terminologia (Título II).

A partir da leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, podemos concluir que os direitos fundamentais são os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas (Artigo I). São, pois, direitos que compõem o cerne intangível de direitos de todos os indivíduos submetidos a uma determinada ordem jurídica (Artigo II).

Os direitos fundamentais são fruto de uma construção histórica, isto é, a concepção sobre quais são os direitos considerados fundamentais varia de época para época e de lugar para lugar. É pacífico, dentre os doutrinadores constitucionalistas, que tal evolução histórica resultou em, pelo menos, três dimensões.

Os direitos humanos de primeira dimensão dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos ligados diretamente ao valor da liberdade. Tais direitos floream nos diversos sistemas jurídicos, inspirado nos icônicos textos legais Magna Carta de 1215, Paz de Westfália (1648), *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1688), assim como a partir dos levantes revolucionários encabeçados pela burguesia, tais como a Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Revolução Francesa (1789).

Os fatos históricos havidos na primeira metade do século XX propulsionaram uma nova evolução nos direitos fundamentais, fazendo surgir o que a doutrina aponta ser a segunda dimensão. Tendo como embrião a Revolução Industrial, ocorrida ainda no final do século XIX e a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), além de dois importantes documentos, a Constituição de Weimar e o Tratado

de Versalhes (ambos de 1919), solidificaram os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondentes aos direitos de igualdade.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a sociedade foi marcada por profundas mudanças. Houve exponencial crescimento populacional, a tecnologia globalizou as relações comerciais e diminuiu as distâncias físicas e melhorou a condição de vida dos seres humanos. Simultaneamente, novos problemas surgiram, tal como a preservação do meio ambiente e defesa do direito da coletividade (e.g., direito do consumidor). O ser humano, diante de sua inserção em uma coletividade, passa a adquirir direitos de solidariedade. Tratam-se, portanto, dos direitos fundamentais de terceira dimensão.

Outros doutrinadores, malgrado imenso respaldo e consagração na seara constitucionalista, defendem a existência de outras dimensões dos direitos fundamentais.

Norberto Bobbio aponta a existência de uma quarta geração, indicando a necessidade de regulação do direito ao patrimônio genético, decorrente do avanço no campo da engenharia genética, senão vejamos: “[...] *já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo*”.¹

Por sua vez, Paulo Bonavides, em um estudo visionário dos direitos fundamentais², aponta o direito à paz como um direito *sui generis*, razão pela qual prescinde de mais uma dimensão para recepcioná-lo, senão vejamos seus dizeres:

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos.

Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração.

[...]

Epicentro, portanto, dos direitos da mais recente dimensão, a paz se levanta desse modo a uma culminância jurídica que a investe no mesmo grau de importância e ascendência que teve e tem o desenvolvimento enquanto direito da terceira geração.

¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2004. p 06.

² BONAVIDES, Paulo; MORAIS, Germana; ROSAS, Roberto. Estudos em Direito Constitucional em Homenagem a Cesar Asfor Rocha (Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 288-289.

Com esse vasto círculo de abrangência dos direitos fundamentais ainda há espaço para erguer a quinta geração, que se nos afigura ser aquele onde cabe o direito à paz, [...].

Portanto, os direitos fundamentais, como resultado do desenvolvimento político, social, cultural e econômico da sociedade ocidental nos últimos séculos, amalgamam a todo e qualquer indivíduo direitos básicos independentes de sua condição.

Antigamente se tinha os direitos fundamentais incidentes apenas na relação entre o cidadão e o Estado. Denominava-se “eficácia vertical”, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre um poder Estatal superior e um cidadão subordinado.

Surgiu na Alemanha, em meados do século passado, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a sua incidência nas relações privadas, sem participação direta do Estado. Em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal)³.

Os direitos fundamentais são universais, todavia, cada sistema jurídico apresentará restrições a essa universalidade dos direitos fundamentais. Portanto, em tese, podemos apontar como titulares de direitos fundamentais (pessoas físicas): a) brasileiros natos; b) brasileiros naturalizados; c) estrangeiros residentes no Brasil; d) estrangeiros em trânsito pelo território nacional; e) qualquer pessoa que seja alcançada pela lei brasileira (pelo ordenamento jurídico brasileiro)⁴.

Porém, existe ressalva: existem determinados direitos fundamentais cuja titularidade é restringida pelo próprio Poder Constituinte, *e.g.*, garantias contra a prisão arbitrária (direcionado apenas a quem esteja pelo menos em trânsito pelo território nacional); direito à nacionalidade, direitos políticos (apenas aos brasileiros, sejam natos ou naturalizados); e, por sua vez, direito à não-extradição, direito de ocupar determinados cargos públicos (destinados apenas aos brasileiros natos).

³ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁴ STF, HC 94.016/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 16.09.2008.

Conclui-se, então, por uma verdadeira gradação na ordem enumerada supra: os brasileiros natos possuem mais direitos que os brasileiros naturalizados que possuem mais direitos que os estrangeiros residentes e assim sucessivamente.

Os direitos fundamentais são relativos, não havendo qualquer direito fundamental de caráter absoluto.

Tem-se tal concepção por conta dos direitos fundamentais poderem entrar em conflito (aparente) uns com os outros, o que determina que se imponham limitações recíprocas para que haja efetividade na aplicação de tais direitos.

Ainda, porque nenhum direito fundamental pode ser usado como escudo para a prática de atos ilícitos. Com efeito, os direitos fundamentais só protegem o seu titular quando este se move na seara dos atos lícitos, pois seria uma contradição em termos que definir uma mesma conduta como um direito e um ilícito. Logo, se o direito define uma conduta como ilícito, não se pode considerar como justo o exercício de um direito fundamental que leve a essa conduta.

Ora, como nenhum direito fundamental é absoluto, faz-se necessário estudar os mecanismos de limitação desses direitos. Existem, portanto, duas teorias de restrição, quais sejam: a teoria externa e a interna.

A primeira considera que as restrições a direitos fundamentais são externas ao conceito desses mesmos direitos. É dizer: existe um direito à liberdade, que pode sofrer restrições dependendo do caso concreto.

Já para a teoria interna, o conteúdo de um direito só pode ser definido após ser confrontado com os demais: não existem restrições a um direito, mas definições quanto aos limites desse direito.

Uma vez adotada a teoria externa, como parecer ser a tendência do Supremo Tribunal Federal⁵, o conflito entre direitos fundamentais deve ser resolvido com base no princípio hermenêutico da harmonização, ou concordância prática. Ou seja, o conflito de direitos fundamentais não se resolve de forma abstrata, mas sim à luz do caso concreto, sopesando-se os bens jurídicos em conflito para ver qual deles deverá prevalecer, naquele caso.

Diante de um conflito entre o direito à vida e a segurança do Estado, qual deve prevalecer? A resposta vai depender das condições do caso concreto. Em

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, *et al.* Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 291.

condições normais, prevalecerá a vida (é vedada a pena de morte no Brasil), mas em caso de guerra declarada, poderá o direito à vida ceder espaço para a segurança do Estado (única exceção à regra), conforme preconiza o art. 5º, inciso XLVII, alínea 'a' da Constituição Federal vigente: “*não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;*”.

Por isso, nenhum direito é absoluto, nem mesmo a vida. É importante entender, também, que o legislador poderá especificar, delimitar e restringir o conteúdo dos direitos fundamentais, usando da liberdade de conformação. Admitese, em tal caso, a restrição a um direito fundamental, sempre que expressamente outorgada pela Constituição essa tarefa ao legislador ordinário. Nesse sentido, Canotilho⁶ adverte:

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isso significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.

Porém, há casos em que a própria Constituição determina que o legislador regulamente um determinado direito fundamental, especificando-o, desde que o faça por meio de lei. É o caso da chamada reserva de lei (reserva legal).

É preciso, porém, diferenciar a reserva legal simples da qualificada. Realmente, a reserva legal é a determinação constitucional de que um determinado assunto seja tratado apenas por meio de lei em sentido formal (reserva legal simples) – como, por exemplo, quando exige lei para regular o direito de greve dos servidores públicos (Art. 37, inciso VII da CF/88).

A reserva legal qualificada se constitui quando a Carta Magna exige lei específica para tratar de um determinado assunto prévia e incipientemente regulado pelo texto constitucional (como, por exemplo, na quebra do sigilo bancário, em que a Constituição já prevê as possibilidades de quebra).

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2007. p. 291.

Embora os direitos fundamentais sejam realmente limitados, é preciso que essas restrições não sejam tão profundas a pontos de esvaziá-los, abandonando a sua efetividade.

Para garantir que a atividade do legislador ordinário não possa efetivamente esvaziar de conteúdo os direitos fundamentais, surge a teoria segundo a qual as próprias limitações a tal classe de direitos sofrem limitações: é a teoria dos limites dos limites. Persiste a necessidade de respeito ao núcleo essencial desses direitos e a obrigatoriedade de adequação ao princípio da proporcionalidade⁷.

Pois bem, sem demandar de extenuado esforço cognitivo, podemos concluir que os direitos sociais são um gênero dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais, em verdade, pertencem à segunda dimensão de Direitos Fundamentais, que está ligada ao valor da igualdade material. Ao passo em que os direitos de primeira dimensão blindaram os cidadãos do autoritarismo estatal, os direitos sociais, por sua vez, dão azo para que o cidadão exija do Estado condições sociais básicas.

Malgrado a responsabilidade pela concretização destes direitos deva ser partilhada com a família (Art. 227 da CF/88), cabe ao Estado a responsabilidade pelo atendimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, sendo, pois, o sujeito passivo.

O doutrinador André Ramos Tavares⁸ conceitua didaticamente os direitos sociais como direitos *“que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais”*.

⁷ “Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direito – muito embora possa se aplicar, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição do excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.” LARENZ, Karl. Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985. p. 585-586.

⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837.

Noutra senda, o professor Uadi Lammêgo Bulos⁹, esclarece que tais “*prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais*”, e acrescenta que sua finalidade “*é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real*”.

Propostas todas as definições necessárias, volve-se o foco do presente trabalho para o estudo comparativo dos direitos individuais fundamentais (primeira dimensão) e os direitos sociais (segunda dimensão).

Se os direitos individuais visam proporcionar liberdade ao indivíduo, limitando a atividade coercitiva do Estado, os direitos sociais buscam assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas, que apesar de pertencerem a sociedades complexas, possuem prerrogativas que os façam reconhecer-se como membros igualitários de uma mesma organização política.

A declaração de igualdade formal, propiciada com a declaração dos direitos humanos de primeira dimensão, não foi suficiente para proporcionar igualdade de condições no acesso a bens e serviços. Não havia garantia expressa, prevista em Lei ou norma constitucional, a tutelar o acesso ao trabalho, lazer, moradia, saúde, previdência social, dentre outros. A desigualdade econômica criou abismos entre os detentores da riqueza e os pobres; estes não ostentavam condições para desfrutar de prestações mínimas para uma vida digna.

Portanto, cuida-se de direitos com diferentes hipóteses de aplicação. A partir das considerações do excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, conclui-se que ao passo que os direitos individuais (primeira dimensão) serão suscitados como defesa de atos ilegais perpetrados pelo estado (ou terceiros), os direitos sociais fundamentam pleitos diante do descumprimento omissivo das garantias e prerrogativas sociais consubstanciadas na Carta Política de 1988.¹⁰

Os direitos e garantias individuais estão espalhados por todo o texto constitucional, entretanto, aglomeram-se em sua quase totalidade nos incisos do art.

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 789.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

5º (Título II, Capítulo I), enquanto que os direitos sociais estão previstos nos arts. 6º ao 9º (Título, II, Capítulo II).

É importante frisar, entretanto, que malgrado apresentarem as distinções ora apresentadas, tais direitos não se excluem. Um obreiro, por exemplo, que se arvora nas garantias sociais elencadas no art. 7º da CF/88, não perde, por sua condição de trabalhador, os direitos individuais fundamentais elencados no capítulo antecedente da constituição.

Assim, mesmo vinculado ao contrato de emprego, com os direitos e deveres (que serão tratados detidamente adiante) decorrentes dos direitos sociais de segunda dimensão, o empregado não abre mão dos seus direitos e garantias fundamentais, haja vista persistir sua condição de ser humano e cidadão.

3 SIGILO BANCÁRIO

3.1 Conceito

O dicionário jurídico Sitesa¹¹ define o verbete “sigilo” como obrigação de guardar silêncio sobre todos os assuntos sigilosos, ou seja, um segredo, aquilo que não pode ser revelado, divulgado. Portanto, é automático e natural concluir que aquele que tem ciência de um segredo, por força da profissão que exerce, está impedido de revelá-lo. Isto posto, podemos concluir que sigilo de dados tem como bem jurídico tutelado a comunicação privativa e o sigilo bancário, por sua vez, tem como bem jurídico tutelado a vida privada e a intimidade.

O sigilo de dados é direito estabelecido em legislação expressa e específica, Lei Complementar 105/01, e também encontra abrigo nas disposições do art. 5º, XII, da Constituição da República de 1988, a saber, “*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 na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*”.

Uma leitura não contextualizada do texto constitucional pode levar a crer que o sigilo bancário seria na verdade uma subespécie do sigilo de dados e, portanto, a sua quebra, por força da norma constitucional, seria impossível. Ele seria como o sigilo de dados, absoluto e inviolável.

Ocorre que o sigilo bancário não se restringe tão-somente à comunicação de dados. O sigilo de dados é garantia constitucional expressa, enquanto que o sigilo bancário, dado o caráter de acessório de direito fundamental (direito à intimidade e direito à vida privada) e à sua procedência lógica de um princípio constitucional (liberdade), é uma garantia constitucional decorrente, conforme aplicação do § 2º, art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Ressalvada tal sutil diferença, válido apontar a definição clássica, advinda dos cânones civilistas, em especial dos dizeres de Juan Carlos Malagarriga¹², que aponta o sigilo bancário como uma “*obrigação de não revelar a terceiros, sem causa*

¹¹ Disponível no sítio virtual <http://www.sitesa.com.br/dicionarios.html>, acesso em 10/05/2013.

¹² MALAGARRIGA, Juan Carlos. El Secreto Bancario, Abeledo, 1970, p.15.

justificada, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam”.

Em complemento, o doutrinador Sérgio Carlos Covello¹³ arremata ser o sigilo bancário um “*dever de conduta de conteúdo negativo por parte da instituição financeira: abster-se de revelar a terceiros fatos captados por ela no exercício de sua peculiar atividade*”.

Temos, portanto, que o sigilo bancário está protegido pelas normas previstas nos incisos X e XIV do mesmo art. 5º, que rezam:

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:

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;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

As informações do cliente deverão ser protegidas pelo sigilo bancário, pois dizem respeito à sua privacidade. Portanto, tais informações, independente de sua legalidade, não devem ser divulgadas, por atingirem a vida particular, a individualidade do cliente.

Assim, o estabelecimento bancário recebe do cliente informações e deve guardar segredo. Não pode revelá-los. Cuida-se de um dever funcional da instituição financeira, em respeito ao direito fundamental do consumidor correntista.

Por fim, permite-se trazer uma definição completa e mais adequada para a análise científica desenvolvida no presente trabalho monográfico. O sigilo bancário é uma obrigação, um dever de não fazer consistente tanto na abstenção de disponibilizar a terceiros os dados referentes a seus clientes, que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas (consumerista) que os vinculam, assim como na abstenção de utilização desses dados por parte da instituição bancária para fins que não estejam previstos no contrato de consumo previamente firmado.

¹³ COVELLO, Sergio Carlos. O sigilo bancário. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2001, p.89.

3.2 Privacidade. Direito Absoluto?

O sigilo antigamente era absoluto, amplo. O nosso Código Comercial, de 1850, em seu art. 17, revogado em 1938, dispunha:

Art. 17. Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício.

Era uma época em que predominava o liberalismo autêntico, em que o indivíduo se sobrepunha ao coletivo. Hoje, isso não é mais admissível.

Evoluiu-se, ao longo do desvelar do último século, uma batalha entre o intervencionismo estatal, cada vez mais crescente, em face do liberalismo que predominava.

Reflexo dessa mudança se constata na atuação do Estado, que, paulatinamente, mitigou as prerrogativas do sigilo bancário. Por outro lado, o judiciário impõe limitações às restrições ao direito ao sigilo, buscadas pelo Poder Público, a fim de que o referido instituto não perca a sua efetividade.

Não à toa é esse o entendimento esposado pelo Desembargador Convocado Relator João Pedro Silvestrin em despacho de admissibilidade de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, em que reforça o afastamento das prerrogativas de sigilo, apontadas no texto legal colacionado, diante da atribuição do Auditor Fiscal do Trabalho de verificar os registros dos empregados nas empresas fiscalizadas, a fim de reduzir os índices de informalidade, em prol do bem social¹⁴.

Portanto, o instituto do sigilo bancário, antes absoluto, passou a ser relativizado. Por se tratar de uma garantia constitucional, salvaguardada por cláusula pétrea, somente poderá ser afastado por meio de autorização judicial devidamente fundamentada.

Na hipótese, conseqüentemente, temos, de um lado, o direito do cidadão em não ver divulgadas as informações que prestou aos estabelecimentos bancários; do outro, o Estado, por meio do Judiciário, interessado em saber dessas informações para, por exemplo, cobrar tributos, punir criminalmente (sonegadores,

¹⁴ TST. Proc nº AIRR 0150300-89.2008.5.02.0073. Des. Convocado Relator: João Pedro Silvestrin. DJe 01/04/2014.

traficantes de droga, de armas, terroristas, corruptos, etc.) e aplicar medidas repressivas civis (indenização por danos materiais, demissão por justa causa etc.).

Prescinde-se, portanto, de um justo motivo, cabendo somente ao juiz dizer se o sigilo deve ou não ser quebrado. O sigilo bancário, portanto, não é absoluto. Todavia, não podem o Fisco, o Ministério Público ou até mesmo o próprio banco valer-se de informações das operações bancárias do cidadão. Somente o juiz é quem tem a competência, ou não, de se quebrar o sigilo bancário do trabalhador.

Na mesma esteira seguem os julgados do Pretório Excelso acerca do assunto em estudo, tendo em vista o voto do Min. Marco Aurélio no julgamento do MS 21.729-4/DF (cujo inteiro teor segue anexo), vejamos:

A teor do inciso XII do rol das garantias constitucionais – ainda que se despreze a expressão limitativa ‘*no último caso*’, para muitos ligada apenas às comunicações telefônicas – o afastamento da inviolabilidade quando aos dados pressupõe ordem emanada de órgão investido do ofício judicante.

[...]

A preservação de dados ocorre considerada a órbita daquele que a detém, somente sendo afastável, repita-se, via ato emanado, em processo próprio, de órgão investido do ofício judicante. Conforme salientado em decisão monocrática pelo Ministro Celso de Mello, com alusão ao que decidido por esta Corte na petição nº 77, concernente a certa questão de ordem, ‘a quebra do sigilo bancário – ato que se reveste de extrema gravidade jurídica – e cuja prática pressupõe, necessariamente, a competência do órgão judiciário que a determina – só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita, que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação penal realizada pelo Estado’ (reclamação nº 511-9, cuja decisão foi prolatada em 20 de outubro de 1994).

Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. **Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial.** (Grifo nosso).

O jurista Miguel Reale, em parecer sobre consulta formulada pela Febraban¹⁵, após longo estudo sobre a incompetência do Ministério Público para quebra do sigilo bancário, arrematou:

No Estado Democrático de Direito, baseado na Carta de 1988, o sigilo bancário somente pode ser suspenso: a) pelo Poder Judiciário [...]; b) pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, às quais a Constituição, por isso mesmo, confere “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

¹⁵ REALE, Miguel. Questões de Direito Público, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 128.

Portanto, solidifica-se o entendimento de que o sigilo bancário não pode ser quebrado pela autoridade fiscal nem pelo Ministério Público.

O entendimento do Pretório Excelso, como visto, é cristalino: apenas por meio de determinação judicial se pode proceder à quebra do sigilo bancário. Entretanto, persiste a questão acerca da qualidade dos argumentos que fundamentarão a referida determinação judicial.

Pois bem, extraindo-se o que do julgamento da Pet-AgR 2805/DF¹⁶ consta, aponta-se ser necessário indícios suficientes da existência de ilegalidade, senão vejamos trecho do julgado: *“para autorizar-se a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, medida excepcional, é necessário que hajam indícios suficientes da prática de um delito [...]. É necessário que a acusação tenha plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico.”*

Portanto, pode-se concluir que uma declaração constante de matéria jornalística ou até meros boatos de corredores não podem ser acolhidos como fundamento para o afastamento da garantia constitucional fundamental do sigilo bancário.

Outrossim, ante o que dispõe o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, para que o juiz determine a quebra do sigilo bancário, é imprescindível que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência e do impacto negativo que a quebra do sigilo bancário produz na imagem do investigado, somente em circunstâncias excepcionais a providência deve ser deferida sem a oitiva da parte contrária – *inaudita altera pars*.

Os valores envolvidos não autorizam decisões precipitadas. Não se pode presumir de pronto a culpa dos acusados, haja vista reinar no direito brasileiro o princípio da inocência.

A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade – impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da

¹⁶ STF. Pet-AgR 2805/DF. Sessão Plenária. Relator Ministro Nelson Jobim. Data: 13.11.2002 (DJ 27.02.2004).

esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional.

Sem a prévia autorização judicial não pode haver quebra de sigilo. Acerca do tema em tela, foi promulgada a Lei Complementar nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras.

Precipualemente, válido apontar que os bancos devem fiel observância ao *caput* do art. 1º da mencionada legislação, vejamos:

Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

Diante da regra de sigilo dos dados bancários, estipulada pelo trecho legislativo colacionado, a LC nº 105/01 faz previsão mais adiante, no § 3º do mesmo artigo, dos atos que não consistem em violação do sigilo bancário, vejamos:

§ 3º. Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

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;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

Portanto, os bancos devem fiel observância ao sigilo dos dados de seus clientes, todavia, diante de comandos judiciais fundamentados e das medidas de proteção ao sistema financeiro acima descritas, pode-se divulgar os dados bancários em seu poder sem que se cometa um ato ilícito.

Todavia, é válido ressaltar, tal divulgação (quebra do sigilo bancário) deve obedecer um limite e as provas obtidas a partir de então devem estar vinculadas ao ilícito investigado que deu ensejo à ordem judicial.

Em suma, os dados bancários são resultado da relação de consumo havida entre o banco e o consumidor (correntista). Desta feita, o banco somente

poderá se valer de tais dados em razão das cláusulas atinentes ao contrato de prestação de serviço, nunca em razão de uma eventual relação paralela havida entre as partes.

Assim, o sigilo bancário não mais é um direito absoluto, pois o interesse individual não pode prevalecer sempre sobre o público. Para tanto, somente o Judiciário tem competência para determinar sua quebra, a partir de um pleito fundamentado e eivado da fumaça do bom direito – *fumus boni iuris*.

4 RELAÇÃO CONSUMERISTA ENTRE BANCÁRIO E BANCO

4.1 Princípios da Relação de Consumo

Apesar de ter feito parte, durante muito tempo, do Direito Civil, o Direito do Consumidor já se tornou um ramo independente e consolidado na doutrina e no judiciário nacional. Destarte, com a evolução de seus conceitos, muitos princípios foram adequados aos pilares consumeristas, assim como outros princípios nasceram.

Pois bem, diante de tal cenário, vale o estudo pormenorizado de cada princípio que rege o sistema consumerista. Inicia-se pelo Princípio da Boa-fé que detém infraconstitucionalmente uma incumbência de destaque, tal como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III da CF/88) é o mais importante e consagrado no cenário constitucional.

Vale recordar que desde os idos de 1850, com a promulgação do Código Comercial, que o termo “boa-fé” já figurava nos regulamentos e comando normativos do Brasil. Todavia, era uníssono na doutrina e jurisprudência especializada que tal termo deveria ser interpretado apenas em sua faceta subjetiva, indicando tão-somente a ausência de malícia, mera suposição de se estar agindo retamente.

Ao momento de vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990) no ordenamento nacional, mudou-se a exegese anterior da boa-fé, não sendo mais subjetiva e sim objetiva, indicando um comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, honestidade, lealdade, e mútua colaboração exigíveis na relação de consumo em geral e, caso proposta judicialmente, aplicáveis ao caso em concreto.

Tal mudança, advinda com a promulgação do CDC que deu vida ao microsistema consumerista, influenciou os demais sistemas infraconstitucionais, dando novas cores e exegeses ao princípio da boa-fé, que se consolidou no Código Civil vigente.

Entretanto, vale frisar, malgrado a boa-fé consumerista trazer à baila uma conduta objetivamente padrão, ética negocial, não se pode elencar de pronto as hipóteses em que ela se aplica, haja vista reger circunstâncias que variam conforme o caso em concreto. Uma atitude, tomada em uma circunstâncias específica, pode

resultar em completa má-fé, ao passo que essa mesma atitude, tomada em diferente circunstância, pode ser a máxima expressão de boa-fé.

Tal imprecisão torna-se necessária para que, como exemplificado alhures, o intérprete tenha liberdade de estabelecer o sentido e alcance em cada caso e para que o sistema não se torne obsoleto, diante do frenético crescimento e pluralidade da sociedade moderna e, conseqüentemente, de suas relações consumeristas.

Criou-se, para tanto, deveres indissociáveis a qualquer relação de consumo, tais como dever de informar, de cuidado, de cooperação, de lealdade etc., ainda que não expressos no instrumento contratual. Outrossim, deve o credor abster-se de qualquer ato, mesmo lícito, que venha a onerar excessivamente a obrigação do devedor.

Por outra senda, pode-se dizer que a boa-fé visa preservar o direito das partes da relação contratual. Rechaça-se a vantagem excessiva que, diante da mútua colaboração que direciona os negócios jurídicos, não é mais vista como indício de um bom negócio, mas sim indício de um vício contratual. Impende observar que a boa-fé é requisito obrigatório para todo e qualquer negócio jurídico, todavia, conforme varia o caso concreto, seguem a mesma sorte as ações chanceladas pela boa-fé.

Por fim, válida a transcrição da conclusão do doutrinador Sérgio Cavalieri Filho¹⁷, que abordando o princípio em tela, concluiu: “*Resulta do exposto que a boa-fé, como limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo, passou a ser um cinto de segurança da ordem jurídica, além do qual não se pode ir sem incorrer em ilicitude*”.

Em sequência, válido apreciar o Princípio da Confiança que, embora não previsto no CDC, é uma consequência normativa do princípio da boa-fé, consistindo na credibilidade que o consumidor deposita no produto (bem ou serviço) ou no vínculo contratual adequado para obtenção do fim logicamente esperado pelo mesmo.

¹⁷ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011. p. 43.

Violado o referido princípio, cabendo inclusive reparação por danos morais e, eventualmente, materiais, toda conduta que frustrar as legítimas expectativas do consumidor.

Consequência direta do Princípio da Confiança é o esculpido no art. 30 do CDC, que prevê vinculação da oferta, criando obrigação pré-contratual, a fim de que não se macule legítima expectativa a ser criada pelo premente consumidor.

Pode-se afirmar que consectário lógico do princípio em testilha é o respeito ao que foi pactuado, ocorre que o resultado de tal acerto (contrato escrito) pode não corresponder exatamente às expectativas iniciais. Desta feita, torna-se curial análise detida das reais expectativas depositadas na relação consumerista que gerou o instrumento contratual e, em defesa do princípio da confiança, pode o intérprete legal afastar o instrumento contratual formal, fazendo valer os legítimos desígnios dos contratantes.

Não há como agir com boa-fé sem clareza, nitidez, precisão e sinceridade, ou seja, sem transparência. Portanto, não é forçoso apontar o Princípio da Transparência como derivação objetiva do Princípio da Boa-fé, visto alhures.

O Princípio da Transparência tem o condão de gerar, para a relação de consumo, um dever do fornecedor de informar, uma vedação da criação de desnecessárias barreiras à informação ou de ocultações quanto a condições desvantajosas ao consumidor. O fornecedor tem tanto o dever de não fornecer informações enganadoras, assim como informar com inteireza as condições atinentes ao produto ou serviço prestado.

Conclui-se, a partir do princípio em tela, que onde antes o consumidor tinha obrigação de correr atrás das informações, hoje em dia é o fornecedor quem tem o dever de conceder tempestiva e adequadamente todas as informações fundamentais para o consumidor não ter sua decisão maculada por qualquer dos vícios contratuais existentes.

Tal inversão de papéis se deu muito em razão da importância do Princípio da Vulnerabilidade, no caso, do consumidor. Não se pode conceber um sistema de proteção ao consumidor sem a aplicação do princípio em tela. Tal princípio versa acerca do abismo existente na relação de consumo quando confrontados fornecedor

e consumidor, pessoa física. Devem ser acolhidos todos os mecanismos capazes de abolir ou pelo menos amenizar tal fragilidade de uma das partes em relação à outra.

A vulnerabilidade é uma presunção *iuris et iure* do estado de fragilidade de todo e qualquer consumidor pessoa física, independente de sua escolaridade, condição financeira ou experiência prática. Portanto, respeitando-se os limites fundamentais dos fornecedores, pessoa jurídica ou não, deve-se buscar sempre alternativas que favoreçam o consumidor na relação consumerista (interpretação das cláusulas contratuais sempre em favor do consumidor e inversão do ônus da prova, por exemplo).

O tratamento desigual trazido pelo CDC (e também pela CLT no que concerne às relações de trabalho, como visto) não fere o princípio da isonomia. Em verdade, abraçando a definição clássica de Rui Barbosa, inspirada na definição de justiça como igualdade proporcional de Aristóteles, é adequada, ao passo que trata desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. Portanto, a fim de que haja harmonia entre as partes na relação consumerista e paridade de armas quando existente uma lide judicial, curial a proteção do consumidor, ora vulnerável.

No processo consumerista existe também o ente hipossuficiente. Malgrado haver semelhanças semânticas com o termo vulnerável, o hipossuficiente é diferente. Cuida-se de um indivíduo vulnerável (presunção *iuris et iuri*), mas com obstáculos culturais e/ou materiais ainda maiores. É uma condição pessoal, a ser verificada caso a caso, sendo verificada pelo magistrado diante das provas carreadas aos autos da demanda judicial consumerista.

O Princípio da Equidade, consistente em processo hermenêutico capaz de elucidar lacunas legislativas e aplicar o direito na medida correta para se obter efetividade e justiça, é diretamente direcionado pelo princípio da vulnerabilidade.

Diante de uma cláusula que ofenda a boa-fé contratual, ou os demais princípios consumeristas, pode o juiz invalidá-la (total ou parcialmente), deixando de aplicar no caso concreto (Art. 51, inciso IV do CDC), a fim de que se possa perquirir o equilíbrio contratual, preservando o âmago da relação consumerista, calcada na boa-fé.

Isto posto, consectário lógico concluir que os princípios ora examinados direcionam a estrutura, interpretação e controle de todo o microssistema trazido pelo

CDC. As relações de consumo, apesar de decorrente do direito das obrigações (civilista), apresentam características e, portanto, princípios únicos que são essenciais para o desvelar das conclusões a serem tomadas no presente estudo acadêmico.

Os princípios da boa-fé, da confiança e da vulnerabilidade serão essenciais para elucidar, na seara consumerista, o involucrado caso em estudo, haja vista apresentarem incongruências com os princípios da relação de labor, havida concomitantemente e com os mesmo elementos subjetivos.

4.2 Configuração da Relação de Consumo

O CDC foi pioneiro na legislação brasileira no sentido de legitimação dos direitos coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. Dentre os quais, podemos citar a proteção à vida, à saúde e à segurança; liberdade de escolha; proteção contra publicidade enganosa e abusiva; proteção contratual; dentre tantos outros. A relação de consumo é formada pelo consumidor, fornecedor e o objeto da relação (bem ou serviço).

Pois bem, propiciemos pela definição do consumidor, sob o prisma do Código Consumerista, que obtempera:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Portanto, está evidente que o consumidor pode ser tanto pessoa física quanto jurídica, sendo primordial que adquira ou utilize produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, *caput*, CDC). Exclui-se, *e.g.*, aquele que adquire produtos para revenda, afastando-se a incidência do CDC, valendo, para tanto, a regra geral prevista no Código Civil e, eventualmente, a legislação específica pertinente ao caso.

Assim, em literal hermenêutica do CDC, nasceu a doutrina “maximalista” ou objetiva do consumidor, a qual aponta ser consumidor todo aquele que retire do

mercado o bem ou serviço, encerrando objetivamente a cadeia produtiva do referido bem ou prestação de serviço. Nos dizeres do professor João Batista de Almeida¹⁸:

Basta que ele [consumidor] seja o “destinatário final” dos produtos ou serviços (CDC, art. 2º), incluindo aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão, bastando, para tanto, que não haja a finalidade de revenda. [...] Não há razão plausível para que se distinga o uso privado do profissional; mais importante, no caso, é a ausência de finalidade de intermediação ou revenda.

Todavia, tal exegese rasa do texto legal acaba por desvirtuar o princípio de proteção, vulnerabilidade. Não se pode criar uma presunção que admita como consumidor todo aquele (pessoa física ou jurídica), que adquira determinado produto ou serviço, pondo fim à sua cadeia produtiva, sem analisar a sua condição técnica, jurídica e econômica. O jurista Sergio Cavalieri Filho¹⁹ define com precisão e didática o conceito de consumidor dessa corrente finalista (subjetivista), vejamos:

O conceito de consumidor, na esteira do finalismo, portanto, restringe-se, em princípio, às pessoas, físicas ou jurídicas, não profissionais, que visam lucro em suas atividades e que contratam como profissionais. Entende-se que não se há de falar em consumo final, mas intermediário, quando um profissional adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio jurídico.

Portanto, não basta ser o destinatário final do bem ou serviço, devem-se observar outras condições do negócio, assim como do suposto consumidor, para então, em respeito ao princípio da vulnerabilidade, determinar-se o consumidor e acobertá-lo de todas as proteções previstas no CDC.

É esse o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos ementa que segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. SERVIÇO PÚBLICO. INTERRUPÇÃO. INCÊNDIO NÃO CRIMINOSO. DANOS MATERIAIS. EMPRESA PROVEDORA DE ACESSO À INTERNET. CONSUMIDORA INTERMEDIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE NÃO CARACTERIZADA. ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DO PROCESSO. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária *finalista* ou *subjetiva*, de

¹⁸ ALMEIDA, Batista de Almeida. A Proteção Jurídica do Consumidor, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 40.

¹⁹ FILHO, Sérgio Cavalieri. ob. cit. p. 62.

sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (*internet*) e de consultorias e assessoramento na construção de *homepages*, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo. Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância. 3. Todavia, *in casu*, mesmo não configurada a relação de consumo, e tampouco a fragilidade econômica, técnica ou jurídica da recorrida, tem-se que o reconhecimento da responsabilidade civil da concessionária de telefonia permanecerá prescindindo totalmente da comprovação de culpa, vez que incidentes as normas reguladoras da responsabilidade dos entes prestadores de serviços públicos, a qual, assim como a do fornecedor, possui índole objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88), sendo dotada, portanto, dos mesmos elementos constitutivos. Neste contexto, importa ressaltar que tais requisitos, quais sejam, ação ou omissão, dano e nexa causal, restaram indubitavelmente reconhecidos pelas instâncias ordinárias, absolutamente soberanas no exame do acervo fático-probatório. 4. Por fim, com base na análise do conjunto fático-probatório, principalmente das perícias realizadas, cujo reexame é vedado nesta seara recursal (Súmula 07 da Corte), entenderam as instâncias ordinárias que o incêndio que acometeu as instalações telefônicas da concessionária não consubstancia caso fortuito, não havendo que se falar em excludente da responsabilidade civil objetiva da recorrente. 5. Diante do exposto, a manutenção da condenação da empresa concessionária de telefonia é medida de rigor, mesmo que por outros fundamentos, alterando-se tão-somente a qualificação jurídica dos fatos delineados pelas instâncias ordinárias, da responsabilidade consumerista para a dos entes prestadores de serviço público, ante a identidade e comprovação dos elementos configuradores da responsabilização civil, ambas de ordem objetiva, a par de restar comprovada a ausência de qualquer causa excludente da responsabilidade civil. 6. Com efeito, não se mostraria razoável, à luz dos princípios da celeridade na prestação jurisdicional, da economia processual, da proporcionalidade e da segurança jurídica, anular-se todo o processo, equivalente a 05 (cinco) anos de prestação de serviço judiciário, no qual restou exaustivamente discutida e demonstrada a responsabilidade civil da empresa concessionária de telefonia, sob pena de se privilegiar indevidamente o formalismo exacerbado em total detrimento do escopo de pacificação social do processo, mantendo-se situação de instabilidade e ignorando-se por completo a orientação preconizada pelos modernos processualistas. 7. Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp nº 660.026/RJ. Proc. nº 2004/0073295-7, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzinni, Data do Julgamento: 03/05/2005. DJe: 27/06/2005).

Pois bem, sedimentado o que vem a ser consumidor, o legislador consumerista, em seguida, conceitua o segundo elemento básico de qualquer relação de consumo: o fornecedor. O Art. 3º, *caput*, do CDC assim dispõe:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

De início percebemos que o fornecedor, assim como o consumidor, pode ser tanto pessoa física quanto jurídica, havendo inclusive possibilidade de ser, além de privada, pública. Assim o legislador submete também os fornecedores de produtos e serviços públicos, estatais, ao amparo e tutela do CDC, conforme fica claro ao observarmos o teor do art. 22, *caput*: *“Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”*.

Fornecedor consiste, nas palavras do professor José Geraldo Brito Filomeno, em “todo aquele que propicie a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo, de maneira a atender as necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar a que título”²⁰.

A análise do conceito de fornecedor disposta no CDC deve partir primordialmente do trecho “que desenvolvem atividades de” (art. 3º, *caput*, CDC), momento no qual o legislador deixa claro que para ser considerado fornecedor é necessário que a pessoa física ou jurídica exerça uma das atividades citadas em seguida, o que exclui da configuração de fornecedor pelo CDC, por exemplo, a venda esporádica que pode ocorrer entre duas pessoas físicas.

Por fim, podemos apontar uma última diferença conceitual, existente entre os fornecedores de produtos e os prestadores de serviço. Tal diferença, entretanto, consiste na diferenciação do objeto da relação de consumo, o tema a ser analisado a seguir.

²⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 39.

O objeto de relação jurídica de consumo é, nos dizeres do doutrinador Sérgio Cavaliéri Filho, “a prestação à qual tem direito o consumidor e à qual está obrigado o fornecedor, em razão do vínculo jurídico que os une”²¹.

Essa obrigação pode consistir em duas modalidades: fornecimento de produto ou prestação de serviço. Destarte, vejamos o que consiste da uma das modalidades e suas peculiaridades.

O fornecimento de produto é conceituado pelos dizeres do art. 3º, §1º do CDC, vejamos: “art. 3º. [...]: § 1º. *Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial*”.

Sendo assim um produto é um bem, que pode ser classificado como móvel, imóvel, material e imaterial.

A primeira das definições, bem móvel, consiste, nos dizeres do Código Civil Brasileiro, em capazes de se locomover (sozinho ou por força alheia), sem alteração substancial de seu valor e destinação, ou aqueles bens expressamente definidos em lei, senão vejamos:

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:
I - as energias que tenham valor econômico;
II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;
III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

A segunda espécie de bem, imóvel, faz contrassenso à espécie vista alhures. Enquanto o bem móvel pode se locomover, mantendo sua destinação e valor, o bem imóvel amalgama-se ao solo, mantendo-se incorporado a este. Senão vejamos o CC/02 acerca do tema:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:
I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;
II - o direito à sucessão aberta.

²¹ FILHO, Sérgio Cavaliéri. ob. cit. p. 74.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Os bens materiais, por sua vez, compreendem as coisas corpóreas, constituídas de matéria física, existentes no mundo físico, e que podem ser tangidos pelo homem. Por sua vez os bens imateriais são aqueles de existência ideal ou abstrata, que não são constituídos de matéria física, não ocupando lugar no mundo físico, conforme conceituou Caio Mário Pereira da Silva²².

Por fim, o CDC faz sutil diferenciação de bens, entre os duráveis e não duráveis (art. 26, incisos I e II). Bens duráveis são, como nome mesmo indica, bens feitos para durar e serem utilizados várias vezes, apenas suscetível ao desgaste natural com o passar do tempo. A *contrario sensu*, os objetos não duráveis são aqueles bens tangíveis de se destruírem com o seu uso regular, além do desgaste do tempo.

O segundo parágrafo do Art. 3º do CDC, dispõe sobre a segunda modalidade do objeto da relação consumerista, prestação de serviço, senão vejamos: “art. 3º. [...]: § 2º *Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*”.

Portanto, a partir do excerto legal colacionado, conclui-se que o serviço é uma atividade fornecida por uma pessoa física ou jurídica (pública ou privada) dentro do mercado de consumo, mediante remuneração – excluindo-se, portanto o serviço gratuito da tutela do CDC.

A ressalva relativa às relações de trabalho teve como escopo evitar conflitos com a referida seara, haja vista tutelar especificadamente suas relações, como veremos adiante.

Além das relações privadas, o CDC também alberga a prestação de serviço envolvendo órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, senão vejamos o texto normativo:

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 256.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Por fim, quanto às atividades bancárias, financeiras e de crédito, foco da presente monografia, o STF pacificou a questão – ADI nº 2591 – determinando a sujeição de tais atividades às regras do CDC, vejamos:

EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura ---

no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade. (ADI 2591, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481).

Portanto, a partir de tal precedente jurisprudencial, não restam dúvidas quanto à qualidade de relação de consumo (tutelada pelo CDC) das atividades bancárias, financeiras e de crédito havidas com pessoas físicas e jurídicas hipossuficientes em relação à instituição bancária fornecedora dos serviços (vide teoria subjetivista do consumidor).

5 RELAÇÃO TRABALHISTA ENTRE BANCÁRIO E BANCO

5.1 Princípios da Relação de Emprego

No tocante aos princípios da relação de emprego, malgrado cada doutrinador enumerar quantos princípios entende razoável, o presente trabalho acadêmico irá focar apenas nos princípios mais basilares e uníssonos dentre os autores justrabalhistas.

Pois bem, realiza-se a análise de um dos princípios mais recorridos na práxis trabalhista, qual seja, princípio da proteção, que consiste na aplicação dos mais variados institutos jurídicos sempre a proteger o hipossuficiente na relação de emprego. Ao contrário do que ocorre no Direito Comum, onde se busca a todo custo a igualdade das partes, o legislador trabalhista teve grande preocupação em estabelecer maior amparo a uma das partes, ou seja, objetivou a proteção do trabalhador. Busca-se, portanto, corrigir ou pelo menos atenuar, no plano jurídico, as desigualdades, diante de sua condição hipossuficiente.

Esse princípio norteia todo o Direito do Trabalho, influenciando em toda a estrutura e características próprias da justiça especializada em tablado, sendo, outrossim, de suma importância para as conclusões a serem tomadas mais adiante acerca do tema do presente trabalho de conclusão de curso.

Um das primeiras influências mais perceptíveis na práxis forense da proteção ao obreiro é a presunção do *in dubio pro operario (misero)*. Cuida-se de uma previsão na qual, havendo indefinições acerca de qualquer questão da relação de trabalho, deve-se concluir pela vertente que melhor beneficie o trabalhador, hipossuficiente na relação de labor.

Demais consectários do Princípio da Proteção, registram-se os princípios da Norma mais Favorável e Condição Mais Benéfica, que são, em suma, especializações do princípio tutelar da proteção.

O Princípio da Norma Mais Favorável é hermenêutico, pois direciona o operador do direito laboral para a regra que mais favorecer o obreiro, ante a existência de várias aplicáveis. Deve-se aplicá-lo desde o momento da concepção do texto legislativo, ao confrontá-la com outra norma no caso concreto, respeitando apenas a hierarquia constitucional, assim como ao momento de realizar sua exegese, apontando o sentido que melhor favorecer o obreiro.

O doutrinador e Ministro do Colendo TST, Maurício Godinho Delgado²³ resume com maestria a aplicação do referido princípio, vejamos:

Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras e de interpretação consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho.

O Princípio da Condição mais Benéfica, por sua vez, prevê a garantia da preservação das cláusulas contratuais mais vantajosas ao trabalhador, prevalecendo estas sempre que diante de dispositivos contratuais concorrentes.

Vale frisar que enquanto o anterior princípio cuida das normas atinentes à relação de trabalho, o presente aborda também as cláusulas contratuais.

Consignado no Art. 468 da Norma Consolidada e pacificado na jurisprudência pátria (Súmulas nº 51, I e nº 288 do Col. TST), tal princípio obtempera que cláusulas contratuais benéficas ao trabalhador somente serão alteradas caso substituídas por cláusula posterior mais favorável. Caso haja adição de cláusula menos vantajosa, persiste a mais benéfica por força do direito adquirido (Art. 5º, inciso XXXVI da CF/88).

A partir de tal princípio, podemos concluir pela vedação à alteração contratual que venha a lesar o trabalhador, protegido juridicamente na relação de trabalho. A legislação trabalhista consolidada é incontestante:

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Portanto, reina no direito laboral pátrio a presunção de inalterabilidade contratual lesiva, cabendo apenas alterações favoráveis, sempre que observado o mútuo consentimento, em regra.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012, pág. 195.

Também extraído do princípio *mater* da Proteção, o princípio da Intangibilidade Salarial versa acerca da blindagem à contraprestação recebida pelo empregado pela cessão de sua força laboral – salário. Cuida-se, o salário, de verba de caráter alimentar, haja vista ser, não raro, a única renda do cidadão capaz de manter suas necessidades básicas essenciais.

É justamente a partir de tal princípio e do caráter de verba alimentícia da contraprestação salarial que fica vedada a redução salarial que se obstam descontos efetuados diretamente pelo empregador ou por terceiros, credores em relações contratuais diversas da relação de emprego, ou até mesmo por decisões judiciais, em caráter liminar ou definitivo.

Entretanto, tal salvaguarda à verba salarial não é absoluta. O empregador ou terceiros credores podem efetuar descontos, caso o próprio obreiro formalize, de forma irrevogável e irretratável, sua concordância com tais descontos (e.g. empréstimos consignados, conforme art. 1º da Lei nº 10.820/03), assim como no caso de decisões judiciais que vise prestação de caráter alimentar (art. 649, § 2º do CPC).

Princípio da Primazia da Realidade faz com que a prática hodierna se sobreponha ao estipulado primitivamente no contrato de labor. Cuida-se de uma transcendência da regra civilista do *pacta sunt servanda*, na qual os contratantes vinculam-se necessariamente ao firmado primitivamente.

Os contratos pactuados alteram-se conforme se altera a prestação do serviço e as vontades das partes, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes sem que necessariamente se altere o instrumento contratual anteriormente firmado. Tais alterações, vale frisar, devem guardar obediência aos limites que a proteção conferida aos trabalhadores pela legislação vigente, do contrário, não farão os efeitos desejados, mantendo o *status quo ante* favorável ao obreiro.

Válido trazer à tona, ainda, o princípio da Continuidade da Relação de Emprego, que aponta pelo interesse teleológico do Direito Trabalhista pela persistência do vínculo empregatício indeterminadamente.

A partir de tal princípio, podemos concluir que os contratos de trabalho são, em regra, por prazo indeterminado, assim como a resolução do vínculo laboral

por parte do empregador deve ser expressa. Portanto, não havendo manifestação no sentido de dar cabo à relação de emprego, persistem intangivelmente todas as condições do contrato de trabalho então vigente.

Como toda relação jurídica prescinde de boa-fé, a relação de trabalho não foge à regra. O princípio da Boa-fé é imprescindível para persistência da relação de emprego, haja vista que quando ausente, estaremos diante de pelo menos uma das hipóteses de dispensa por justa causa, tanto pelo empregado como pelo empregador (previstas nos arts. 482 e 483 da CLT, respectivamente).

Acerca do princípio em testilha, o professor Eduardo Milléo Baracat²⁴ ensina:

O princípio da boa-fé objetiva é decorrente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da confiança. Está relacionado à solidariedade, à eticidade, à lisura, à lealdade, à probidade, à honestidade e à sociabilidade que devem conduzir a conduta humana em qualquer esfera. Não se confunde com a boa-fé subjetiva, que pressupõe um estado de ignorância do sujeito, que se supõe titular de um direito sem sê-lo. Trata-se de cláusula geral, positivada nos artigos 113 e 422, do Código Civil, mas que deve ser critério norteador de todo o ordenamento jurídico, inclusive do Direito do Trabalho - que tem no Direito Comum uma de suas fontes (artigo 8º, CLT). Tem conteúdo impreciso, aberto, a ser preenchido pelo operador jurídico no caso concreto, relacionado a deveres laterais e acessórios do contrato. É um modelo de conduta social, arquétipo jurídico que deverá ser apreciado subjetivamente, conforme a realidade concreta.

Portanto, pode-se concluir que toda a organização do Direito Trabalhista parte do princípio da proteção, diante do caráter eminentemente intervencionista da justiça especializada em testilha, que remonta à Revolução Francesa e Industrial, em meados do século XIX. Juntamente com os demais consectários lógicos do princípio da proteção, evidencia-se a distinção da relação de trabalho das demais relações civis.

5.2 Configuração da Relação de Emprego

Preliminarmente às considerações doutrinárias acerca da definição e critérios da relação de emprego, debruçar-se-á sobre a distinção desta com a relação de trabalho.

²⁴ BARACAT, Eduardo Milléo. A boa-fé no direito individual do trabalho. São Paulo, LTr, 2004. Pág 278.

A relação de trabalho é uma expressão genérica, englobando todas as relações jurídicas que envolvam obrigação de fazer que trate de mão-de-obra do ser humano. Nas sábias palavras do jurista Maurício Godinho Delgado²⁵:

Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). **Traduz, portanto, gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.** (Grifo nosso).

Por outra senda, a relação de emprego será uma das espécies do gênero relação de trabalho, de modo que toda relação de emprego será uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho será uma relação de emprego.

Serão necessários requisitos e condições para que uma relação de trabalho venha a ser também uma relação de emprego, distinguindo-se das demais espécies de trabalho. Primeiramente, válido apontar que o texto legal consolidado (art. 3º, CLT), nos traz os requisitos e as características dos empregados, singularizando-os dos demais trabalhadores, vejamos:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

A partir do texto legal consolidado supracolacionado, os doutrinadores Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante²⁶ definem com simplicidade, valendo-se do comando legislativo acima colacionado, o que viria a ser um empregado, senão vejamos:

Empregado é toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art. 3º, *caput*, CLT). Dessa forma, não deve haver distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhadores, nem entre trabalho intelectual, técnico e manual (art. 3º, parágrafo único, CLT, art. 7º, XXXII e XXXIV, CF).

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª Ed. São Paulo: LTr Editora, 2012. p. 279.

²⁶ NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 231.

Por outro lado, colacionando agora o esboço de ensino do ex-ministro da Corte Superior obreira, Arnaldo Süssekind²⁷, analisa-se como a Norma Consolidada (Art. 2º) define o que seria empregador:

Empregador é a pessoa natural ou jurídica que utiliza e dirige a prestação de serviços de um ou mais trabalhadores, numa relação jurídica em que estes ficam subordinados ao seu poder de comando e dele recebem os correspondentes salários.

Tomando como norte os clássicos entendimentos ora esposados, nos quais resta clara a posição dos contratantes (empregador e empregado), volvemos o foco do presente estudo para análise dos requisitos que, necessariamente juntos, fazem com que possamos distinguir com clareza um contrato de emprego dos demais contratos de trabalho.

Cuidam-se da Subordinação Jurídica, Pessoaalidade, Não-Eventualidade, Onerosidade e Trabalho por Pessoa Física. É necessária a presença de todos os cinco critérios de caracterização. Sem qualquer das características estaremos diante de uma relação de trabalho diversa, que não a de emprego.

Presente em qualquer definição doutrinária e amplamente relacionado na jurisprudência pátria, a subordinação jurídica é imprescindível para o desvelar da relação contratual na qual o empregador (empresário) passa a assumir total risco de sua atividade (Art. 2º da CLT).

Ao se desincumbir do ônus de qualquer risco, o obreiro deverá subordinação ao seu patrão, detentor de todos os riscos da exploração econômica da atividade que motivou a contratação de sua mão-de-obra. Portanto, deverá o empregado deixar seu labor ser conduzido nos moldes daquele que irá sofrer diretamente com as consequências do sucesso ou fracasso de sua atividade, o empregador.

Caracterizada a subordinação jurídica, não se pode mais falar em relação de trabalho autônomo. Com o grande desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, as empresas passaram a exercer o controle de seus subordinados por meio de aparelhos de telemática e informatizados, fazendo com que a distância e o

²⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho, Editora Renovar, 3ª Ed., Rio de Janeiro, 2010. Pág. 211.

labor fora das dependências da empresa não mais diminuam o liame de subordinação existente.

Verificamos tal mudança a partir da alteração no texto legal da Norma Consolidada, havida em decorrência da Lei nº 12.551/11, vejamos:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011).

A Pessoaalidade aponta pela prestação de trabalho com caráter infungível, no que concerne ao obreiro. O contrato de trabalho é de caráter *intuitu personae* com relação ao trabalhador, sendo vedada a constante alteração por outro (s) indivíduo (s).

Por outro lado, caso haja mudança na figura do empregador, a presunção é de manutenção da relação de emprego. Existe, em realidade, uma despersonalização (fungibilidade) da figura do empregador. Haverá em verdade uma sucessão trabalhista, regulada pela CLT (arts. 10 e 448), vigorando, ainda, o contrato de trabalho anteriormente firmado.

O requisito da continuidade da relação de emprego, não eventualidade, defende a persistência indefinidamente do contrato de trabalho, salvo condição posterior que force o término da relação de emprego ou cláusula estipulando termo (contrato por tempo determinado).

Busca-se, portanto, alijamento do labor esporádico, eventual. Sem buscar adentrar às discussões doutrinárias acerca da amplitude de tal requisito diante das inúmeras e diversas relações de trabalho existentes, conclui-se pela necessidade de continuidade da prestação de serviços para, juntamente com os demais requisitos, confirmar-se pela relação de emprego.

O Requisito da onerosidade é simples: a mão-de-obra, serviços prestados devem resultar em contraprestação, em regra, pecuniária. O dever do empregado é prestar sua força laboral, seguindo as ordens de seu empregador e o dever do empregador é pagar pela mão-de-obra e subordinação de seu empregado. Cuida-se de um contrato bilateral, sinalagmático e, necessariamente, oneroso.

A conclusão acerca do teor do presente critério não demanda extenuado esforço cognitivo: toda prestação de serviço, disposição de mão-de-obra, deve ser paga onerosamente. Em regra, a contraprestação paga ao obreiro deverá ser em caráter pecuniário, todavia, a Norma Consolidada aceita o pagamento *in natura* (alimentação, habitação, vestuário, etc.), contanto que não englobe a integralidade da contraprestação, conforme disposto no seu art. 458. O labor voluntário, portanto, não configura uma relação de emprego, haja vista não se fazer presente o requisito da onerosidade.

Por fim, vale ressaltar que apenas pessoas físicas poderão ser empregado. A prestação de serviços por meio de pessoas jurídicas jamais consistirá em relação de emprego (ou até mesmo qualquer outra modalidade de relação de trabalho), será sempre um contrato de serviços regulado pelas normas civilistas e, eventualmente, por normas consumeristas, comerciais, administrativas etc.

No que concerne ao empregador, tanto faz, para definição da relação de emprego, serem pessoas físicas ou jurídicas. Apenas é imprescindível a presença de pessoa física, natural no posto de empregado, haja vista o Direito do Trabalho apenas tutelar bens exclusivos das pessoas físicas, jamais podendo ser usufruídos pelas ficções jurídicas que são as pessoas jurídicas.

Portanto, existentes todos os requisitos acima apresentados necessariamente concomitantes, estaremos diante de uma autêntica relação de emprego.

5.3 O Empregado Bancário

A Norma Consolidada (arts. 224 a 226) trata especificadamente do obreiro bancário, apontando direitos e deveres adstritos à categoria em testilha. Por sua vez, o doutrinador Segadas Vianna²⁸ aborda tal relação de emprego, obtemperando:

As peculiaridades do exercício das atividades bancárias, propriamente ditas, colocam-nas sem a menor dúvida, entre as profissões penosas extenuantes. A complexidade das operações, as responsabilidades no manuseio de grandes somas até a posição de trabalho curvado sobre a

²⁸ VIANNA, Segadas *et alii*. Instituições de Direito do Trabalho, volume II, 19ª Ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 1034.

mesa provocam, ao fim de curto tempo, o extenuamento do empregado bancário.

Cuida-se como visto, de uma relação de emprego que se destaca dentre as demais relações, prescindindo, para tanto de legislação específica e especial atenção por parte do judiciário ao analisar demandas envolvendo tais obreiros.

Uma das peculiaridades que se estuda na presente monografia constrói-se no momento em que o banco – administrador da conta bancária – assume a função de empregador do correntista (consumidor), assumindo este também a condição de empregado, tendo ambas as partes duas relações, assumindo diferentes papéis conforme estas se alteram: empregado/empregador (relação de emprego) e consumidor/prestador de serviço (relação consumerista).

Desta feita, as prerrogativas atribuídas às partes, em função de uma das relações, não se aproveita para a outra. Portanto, a Instituição Bancária empregadora não pode, valendo-se da subordinação jurídica do seu empregado (decorrente da relação de emprego), vasculhar as contas bancárias deste sob o seu resguardo (prerrogativa da relação consumerista).

Verificar-se-á, assim, um patente abuso da subordinação jurídica, assim como um total desrespeito às normas contratuais da relação de consumo e vilipêndio ao direito constitucional de sigilo bancário.

Portanto, conclui-se que em nenhuma hipótese há autorização para a Instituição Bancária se valer dos dados bancários sem o exposto consentimento do correntista ou autorização judicial.

O texto legal em vigor prevê que poderá ser decretada a quebra sempre que necessária para a apuração de ocorrência de qualquer ilícito. Malgrado não haver expressa previsão, é cediço o entendimento de apenas residir no judiciário a competência para decretar o afastamento da referida garantia constitucional fundamental.

Diante de todo o exposto, arremata-se que o direito ao sigilo bancário está protegido constitucionalmente, impondo uma obrigação de não fazer por parte da instituição bancária detentora dos dados bancários.

6 ANÁLISE DA DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA DECORRENTE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

6.1 Limites da Subordinação Jurídica

A Subordinação Jurídica é um dos cinco elementos que junto a outros caracterizam a relação de emprego, distinguindo-a das demais relações de trabalho (no caso, trabalho autônomo).

A subordinação jurídica se justifica pelo fato de o empregador assumir o ônus do risco da atividade econômica (art. 2º, *caput*, CTL), necessitando se valer da subserviência de seus empregados, que deixarão o seu labor ser conduzido nos moldes do empregador, quem efetivamente irá sofrer diretamente com as consequências do sucesso ou fracasso de sua atividade.

Não existem, entretanto, condutas e situações que deverão guiar com exatidão o correto exercício da subordinação em todas as relações de labor. São inúmeras e muito distintas entre si as relações de emprego existentes no mercado de trabalho atualmente, demandando, para tanto, cada vez mais atenção e regras específicas para cumprimento da justiça e ordem social.

Para tanto, é válida a colação da definição trazida pelo professor Perez Botija²⁹, o qual aponta com maior completude o que vem a ser a subordinação jurídica em sua obra, vejamos:

Dependência significa que uma pessoa está submetida à vontade da outra, porém, não através de uma submissão psicológica, de uma vinculação social, de uma obediência pessoal cega, ao justo capricho subjetivo do quem manda, senão por meio de uma submissão funcional, em virtude da qual se unificam ou coordenam atividades diversas.

É um poder de disposição sobre homens livres. O trabalhador não abdica da sua condição de cidadão. Por outra parte cumpre notar que as possíveis limitações à liberdade nunca ensejam um poder total e ilimitado.

Desta feita, malgrado o empregado dever subordinação ao seu contratante, haja vista deter o risco da atividade econômica, não se pode presumir que tal subordinação é irrestrita, plena.

A Constituição Federativa Brasileira salvaguarda diversos direitos e garantias que jamais deverão ser afastados em decorrência de relações laborais e até mesmo civilistas, como visto alhures. Porém, a dignidade da pessoa humana,

²⁹ BOTIJA, Perez. Curso de Derecho Del Trabajo, Ed. Tecnos. 2ª Ed. Madrid, 1950, págs. 31 e 33.

fundamento consubstanciado na CF/88 (Art. 1º, inciso III), assume destaque especial, devendo sempre ser salvaguardada diante de excessos vinculados a subordinação jurídica.

O obreiro deve subordinação ao seu empregador, todavia apenas objetivamente, assumindo o compromisso de obedecer às decisões de ordem empresarial no que concerne apenas ao modo de realização da sua prestação de serviços, não sobre a pessoa do trabalhador.

A fronteira entre a subordinação jurídica objetiva (requisito essencial das relações de emprego) e a subjetiva (incidente sobre a pessoa do empregado) apresenta diversas peculiaridades em razão das mais diversas modalidades de emprego existentes no mercado de trabalho, havendo, por vezes, distinção quase imperceptível entre a subordinação jurídica justa e a abusiva, razão pela qual o judiciário trabalhista é inundado de reclamações tendo como objeto o abuso de autoridade patronal, assim como, por outro lado, em razão de indisciplina do trabalhador.

É justamente neste não pacífico e movediço cenário que se insere a relação de emprego foco do presente estudo monográfico, qual seja: limite da subordinação jurídica de relação de emprego entre Instituição Bancária e seus funcionários.

A Instituição Bancária normalmente mantém duas relações concomitantemente com o obreiro: relação de emprego e relação consumerista. Malgrado o empregado poder receber seu salário no banco em que lhe convir³⁰, raro encontrar um funcionário de determinada instituição bancária recebendo seu salário por meio de outro banco, haja vista existirem certas facilidades (e.g., menores taxas de juro, de manutenção de conta corrente etc.) que a Instituição Bancária empregadora proporá ao seu empregado para que contrate os serviços bancários dela mesma.

Portanto, a Instituição Bancária atuará não só como empregadora, mas também como prestadora de serviços bancários de seus empregados, amalgamando a si prerrogativas de ambas as relações que, se confundidas, serão potencialmente lesivas aos direitos e garantias individuais dos subordinados.

³⁰ Art. 1º, da Resolução nº 3402/06 do Banco Central do Brasil – BACEN.

Assim sendo, como consequência da relação consumerista, toda a movimentação bancária/financeira dos obreiros está à disposição de seus empregadores. Questiona-se, portanto, se é válido o banco se valer desses dados a fim de controlar as atividades de seus obreiros, visando descobrir eventual ato de improbidade e, conseqüentemente, demitir por justa causa³¹.

Até a publicação da Lei nº 12.347, em 10 de dezembro de 2010, não persistia dúvida: era prerrogativa da instituição bancária empregadora a fiscalização, pelos meios ao seu alcance, às vistas de comprovar faltas contumazes de pagamento de dívidas legalmente exigíveis, conforme expresso no art. 508 da CLT, “Art. 508 – Considera-se justa causa, para efeito de rescisão de contrato de trabalho do empregado bancário, a falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis”.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho, calcado no entendimento do Ministro Ives Gandra Martins Filho, apresentava entendimento que coadunava com o referido texto normativo: “*Tendo o banco total conhecimento da movimentação bancária de seus correntistas, impossível se torna a materialização do ilícito de quebra de sigilo em relação ao próprio banco*”, senão vejamos a seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO - NÃO CONFIGURAÇÃO – AUSÊNCIA DE DANO MORAL - PROVIMENTO. 1. O sigilo bancário, na definição da doutrina, é a obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados pertinentes a seus clientes, que, como consequência das relações jurídicas que os vinculam, sejam de seu conhecimento. Confunde-se, nesse sentido, com o dever de segredo profissional e constitui desdobramento do direito à privacidade, amparável pelo art. 5º, X, da CF e pela Lei 4.595/64. 2. Pretendeu-se conferir ao sigilo bancário dimensão constitucional específica, com proposta de emenda (PEC 139/84) que previa alteração do art. 153, § 9º, da Constituição Federal de 1967/69, com a seguinte redação: “É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base oponível para a tributação”. No entanto, foi a proposta rejeitada, permanecendo sob o pálio da tutela genérica do direito à intimidade, prevista na Carta Política de 1988. 3. Ora, o sigilo bancário tem por guardião o próprio banco, que registra as informações de

³¹ Arnaldo SÜSSEKIND define ato de improbidade como “prática, por ação ou por omissão, reveladora de falta de honestidade, caráter e honradez”. Continua: “O ato faltoso de improbidade, de inegável gravidade, capaz de caracterizar, de logo, a falta grave cogitada pelo art. 493 da CLT, requer intenção dolosa, sendo desnecessária sua repetição para quebrar, definitivamente, a confiança que deve existir entre as partes do contrato de trabalho. Outrossim, não se faz mister que o empregado tenha praticado em serviço ou em virtude do seu trabalho, nem que haja afetado o patrimônio da empresa.” (Curso de Direito do Trabalho, Editora Renovar, 3ª Ed., Rio de Janeiro, 2010. Págs. 349/50).

movimentações feitas pelos seus correntistas, às quais seus gerentes e funcionários têm acesso pelo simples exercício de suas funções. 4. Assim, a quebra desse sigilo só pode se referir a pedido de acesso a informações bancárias formulado por entidade não bancária. E, como decorrência lógica, o ilícito só se dará se o banco fornecer os dados de que dispõe sem a necessária autorização judicial. Daí que, se o banco tem total conhecimento da movimentação bancária de seus correntistas, impossível se torna a materialização do ilícito de quebra de sigilo em relação ao próprio banco. Apenas se houver exteriorização da informação é que a quebra se materializará. 5. “In casu”, o TRT registrou que o pedido de indenização por dano moral formulado pela Reclamante decorreu de ter a instituição financeira monitorado os seus extratos bancários e emitido advertências escritas sob o fundamento de que o empregado utilizou-se de procedimento irregular denominado “adiantamento a depositantes”. Consignou, outrossim, a decisão recorrida que a instituição financeira não poderia se utilizar das informações de seu cliente, em detrimento da sua atuação como empregado da empresa, não estando amparado pelo art. 508 da CLT, implicando violação ao direito de personalidade e privacidade do trabalhador, o que rende ensejo à reparação dos danos morais daí decorrentes, mesmo não tendo havido divulgação desse fato e dos valores da conta corrente do empregado a terceiros. Esta última circunstância fática conduz à conclusão de que não houve quebra do sigilo bancário, já que a instituição financeira não revelou a terceiros (entidades ou pessoas que não pertençam à instituição financeira) o conteúdo dos extratos, o que afasta o direito à pretendida indenização. Recurso de revista provido. (TST – RR Proc nº 110600-06.2009.5.23.0003, 7ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Data Julgamento: 20/09/2011, DJe 07.10.2011).

Entendia, portanto, o membro do Colendo TST pela inexistência de quebra do sigilo bancário quando a instituição financeira (empregadora) não revela a terceiros (entidades ou pessoas que não pertençam à instituição financeira) o conteúdo dos extratos bancários, afastando assim o direito à pretendida indenização.

Tal matéria gozava de pacífica aceitação, muito em função da exegese do texto normativo (art. 508 da CLT) que justificava a violação de sigilo bancário sem necessidade de mandado judicial, sob a égide de proteção contra fraude e improbidade.

A revogação do referido texto legal teve como objetivo a proteção do trabalhador, hipossuficiente na relação trabalhista (vulgo ‘*misero*’). A prerrogativa concedida pelo texto legal, ora revogado, à Instituição Financeira empregadora acabava por impor ao obreiro uma condição abusiva de subordinação, haja vista o obrigar a abrir mão de seu direito individual fundamental, o sigilo bancário, sem o devido processo legal.

Sendo assim, válido trazer à tona a conclusão proposta no presente estudo científico acerca do sigilo bancário (Capítulo 2.c), que nada mais é do que

um dever de não fazer consistente tanto na abstenção de disponibilizar a terceiros os dados referentes a seus clientes, que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas (consumerista) que os vinculam, *assim como na abstenção de utilização desses dados por parte da instituição bancária para fins que não estejam previstos no contrato de consumo previamente firmado.*

Em verdade, não se verifica a presença de terceiros quando o banco, como empregador e prestador de serviços, vale-se dos dados bancários do obreiro com fim de, comprovado o justo motivo, demitir o funcionário.

Todavia, a instituição financeira, ao se utilizar dos dados bancários de seu obreiro para fundamentar sua demissão sem prévia autorização judicial, faz uso não autorizado pelo contrato de serviços previamente firmado, em completo arrepio à segunda parte da definição ora colacionada.

Verifica-se, portanto, não apenas um desrespeito às cláusulas do contrato consumerista, mas também um abuso da subordinação jurídica a que o empregado está submetido.

Conclui-se, portanto, que o empregador, mesmo que instituição financeira, deve igual observância ao sigilo das informações bancárias de seus empregados, não podendo, a pretexto do exame de possível ato de improbidade, fazer verificações, acompanhamentos ou pesquisas não autorizadas na conta do trabalhador.

Em nenhuma outra espécie de relação de emprego se poderia encontrar instituto semelhante que, diante da situação proposta, crie tal discrepância, claramente desfavorável ao trabalhador. Estar-se-ia, em verdade, invertendo o princípio da proteção que, como visto, objetiva atenuar as diferenças entre o empregador e o empregado, presumivelmente hipossuficiente (ainda mais diante de instituições bancárias que, no Brasil lucram, anualmente, cifras bilionárias³²).

Óbvio que tal situação é absolutamente descabida de amparo constitucional, haja vista o afastamento da inviolabilidade dos dados pressupor ordem emanada de órgão investido do ofício judicante, havendo para tanto o devido processo legal e respeitada a ampla defesa.

³² Informação obtida no sítio virtual: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/02/lucro-somado-de-4-bancos-brasileiros-e-maior-que-o-pib-de-83-paises.html>>. Acessado em 05.05.2014.

Pratica inequívoco ato ilícito, portanto, o empregador que ofende o direito ao sigilo bancário do trabalhador mediante práticas tais como: exigência de vistos extravagantes em cheques apresentados para depósito; interpelações habituais acerca do uso de numerário; monitoramento de depósitos de valores além do salário, dentre outros.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional obreiro da 3ª Região, em caso similar, em que a instituição bancária quebrou o sigilo bancário de seu então empregado para comprovar justa causa, senão vejamos:

SIGILO BANCÁRIO - INSTITUIÇÃO BANCÁRIA EMPREGADORA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DO EMPREGADO. ATO ILÍCITO. DANO MORAL. O sigilo bancário é direito estabelecido em legislação expressa e específica, Lei Complementar 105/01, e também encontra abrigo nas disposições do art. 5º, X, da CR, a saber, "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". O empregador, mesmo que instituição financeira, deve igual observância ao sigilo das informações bancárias de seus empregados; não pode, a pretexto do exame de possível "lavagem de dinheiro" ou da justa causa capitulada no art. 508 da CLT, fazer verificações, acompanhamentos ou pesquisas não autorizadas na conta do trabalhador. O dano moral, portanto, é decorrência direta do ilícito patronal, impondo-se a correspondente reparação na forma disposta no mesmo art. 5º, X, da CR, e ainda nos art. 186 e 927 do CC. (TRT 3ª R Décima Turma 01017-2007-032-03-00-7 RO Recurso Ordinário Rel. Desembargadora Deoclécia Amorelli Dias DEJT 15/06/2010 P.123).

O Colendo TST, através de sua Seção de Dissídios Individuais I, vem alterando o seu entendimento acerca do caso em comento, alijando-se do anterior entendimento – proposto pelo Min. Ives Gandra Martins Filho, conforme exposto alhures.

Sustenta-se que a análise dos extratos bancários dos empregados, efetuada pela instituição bancária empregadora, durante auditoria interna, importa em quebra do sigilo bancário do obreiro, mesmo que sem divulgação para terceiros, vejamos:

EMBARGOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não se pronuncia a nulidade quando se divisa a possibilidade de julgamento favorável ao Recorrente no mérito. Aplica-se a regra do art. 249, § 2º, do CPC. DANO MORAL - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELO EMPREGADOR - VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE - ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. A questão discutida nos Embargos consiste em verificar se o exame do extrato bancário de empregado, efetuado por seu empregador, instituição bancária, durante auditoria interna, importa quebra ilegal de sigilo

bancário a ensejar indenização por danos morais. 2. Embora não seja expressamente previsto na Constituição da República, o sigilo bancário decorre da proteção constitucional à intimidade e à privacidade. A violação desses direitos fundamentais assegura à vítima, inclusive, o direito à indenização por danos morais e materiais, conforme previsto no art. 5º, X, da Constituição. 3. Dada a sua relevância constitucional, o sigilo bancário é regulamentado pela Lei Complementar nº 105/2001, que dispõe expressamente sobre as situações nas quais as informações podem ser prestadas sem que se viole o dever de sigilo e estabelece que a sua quebra, em hipóteses não previstas, constitui crime. 4. Assim, tanto a Lei Complementar nº 105/2001 quanto o inciso X do art. 5º da Constituição da República impõem a todos uma conduta omissiva. **O simples fato de o Banco ter invadido a privacidade do empregado, por si só, viola o direito fundamental e as normas infraconstitucionais que a regulam, ensejando o direito à indenização por danos morais.** Embargos conhecidos e parcialmente providos. (EDRR- 61100-06.2003.5.12.0029, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 22/09/2008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 10/10/2008).

RECURSO DE EMBARGOS - DANO MORAL - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DE EMPREGADO DE BANCO - AUDITORIA INTERNA - AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DOS DADOS - CONFIGURAÇÃO OBJETIVA DO DANO. O sigilo bancário integra o direito personalíssimo das pessoas relativamente à inviolabilidade da sua intimidade e da sua vida privada, de que trata o item X do art. 5º da Constituição Federal. O simples fato de o empregado manter vínculo com instituição bancária não autoriza o empregador a invadir a sua privacidade e ter acesso às suas movimentações bancárias, para fim estranho e não autorizado pelo ordenamento jurídico, qual seja realizar auditoria interna para verificar a saúde financeira dos empregados. O art. 508 da CLT e a legislação que resguarda o sigilo bancário (Lei Complementar nº 105/2001) não autorizam tal prática, configurando dano moral passível de indenização. É de se notar que a caracterização do dano moral, no caso, é objetiva e independe da comprovação de lesão ou sofrimento psíquico, sendo irrelevante o fato de o banco não ter dado publicidade a terceiros dos dados bancários do seu empregado. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (ED-RR-118700-19.2002.5.12.0029, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 19/05/2008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 30/05/2008).

Observa-se, portanto que a atitude correta a ser tomada, caso haja suspeita de ação de improbidade de funcionário de Instituição bancária, é, primeiramente, solicitar ao judiciário a quebra do sigilo bancário do suspeito, respeitando sempre o devido processo legal e o direito de ampla defesa do acusado.

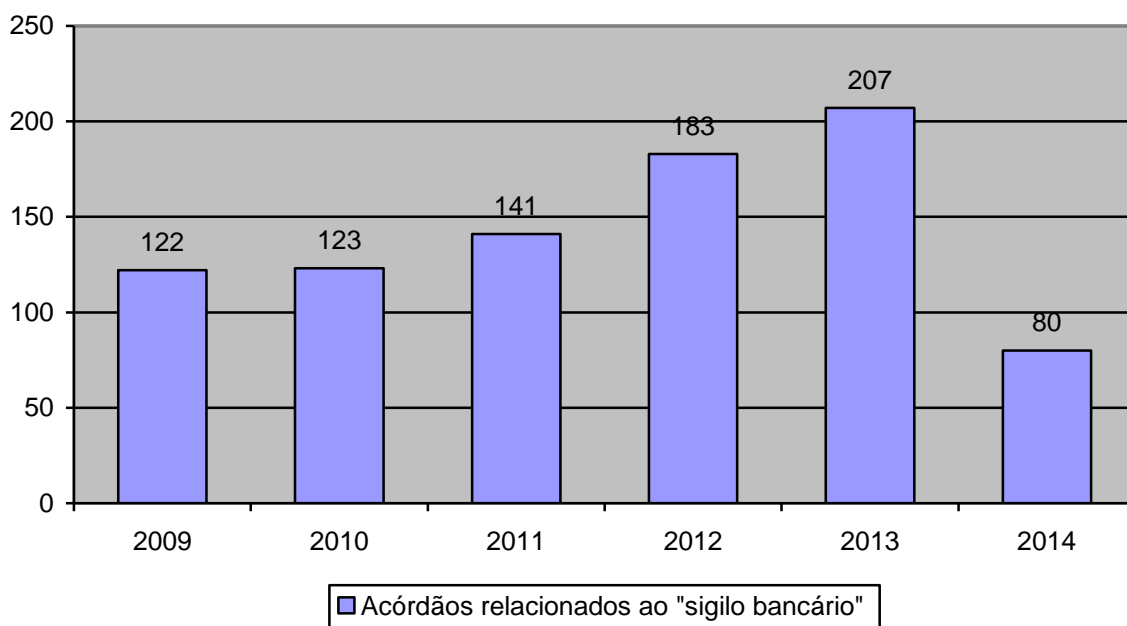
Agir privativamente, sem a vênua judicial e condenar administrativamente o funcionário sem respeito às prerrogativas fundamentais ora mencionadas jamais deverá ter resguardo legal, mesmo que ao final se conclua pela existência ato de improbidade.

Todavia, em atenção ao disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 105/01, a Seção de Dissídios Individuais I do TST formulou entendimento no sentido de que não importa em quebra do sigilo bancário o monitoramento indiscriminado de contas-salário de todos os empregados de instituição financeira, se observados os limites da legislação vigente acerca da obrigatoriedade de prestação de Informações, por parte das instituições bancárias, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e ao Banco Central do Brasil. Vejamos:

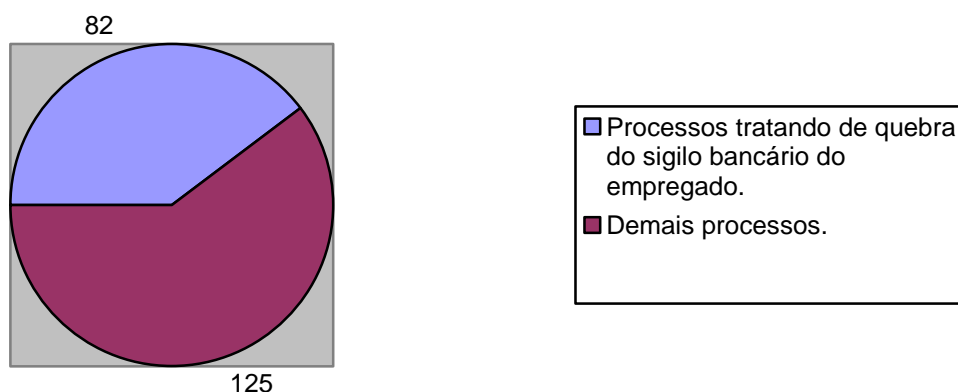
DANO MORAL. EMPREGADO BANCÁRIO. MONITORAMENTO DE CONTA-SALÁRIO. VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE. QUEBRA ILEGAL DE SIGILO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. O monitoramento indiscriminado de contas-salário de todos os empregados de instituição financeira não constitui violação ilícita do sigilo bancário, se observados os limites da legislação vigente acerca da obrigatoriedade de prestação de informações, por parte das instituições bancárias, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e ao Banco Central do Brasil — Lei nº 9.613/1998 (alterada pela Lei nº 12.613/2012) e Lei Complementar nº 105/2001. 2. Nessas circunstâncias, o empregador confunde-se, em razão de previsão legal expressa, com a autoridade a quem o sistema normativo incumbe o direito-dever de guardar o sigilo bancário e, ao mesmo tempo, prestar aos órgãos de controle informações acerca do conteúdo das movimentações de todos os correntistas, o que inclui seus próprios empregados. Não dispõe o Banco, em face desse quadro, da alternativa de não monitorar as contas correntes dos clientes, dentre os quais figuram seus empregados. 3. Ao meramente atender determinação legal, o Banco empregador não lesiona o patrimônio moral dos empregados. Inexistência de afronta ao direito fundamental à privacidade. 4. Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento. (TST-RR-1517-92.2010.5.03.0030, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 07/01/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 14/03/2013).

Calha, outrossim, trazer ao presente trabalho uma breve exposição dos precedentes do Colendo TST que, nos últimos 05 (cinco) anos, julgou um total de 626 (seiscentos e vinte e seis) processos relacionados à matéria do sigilo bancário, já tendo, inclusive, julgado outros 80 processos nos cinco primeiros meses do corrente ano (até 13 de maio de 2014). A partir do número total de processos ora apresentados, pode-se apresentar um panorama gráfico mostrando o crescimento do número de acórdãos prolatados relacionados à matéria em tela³³, vejamos:

³³ Conforme data de julgamento dos acórdãos. Fonte: consulta virtual unificada disponibilizada pelo sítio virtual do TST: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/index.jsp>>.

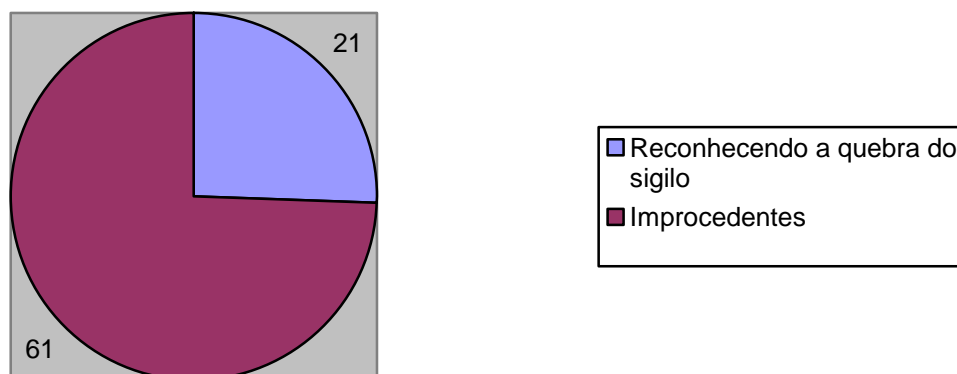


Analisando pontualmente todos os 207 (duzentos e sete) julgados de 2013, constatou-se que, apesar de constar na pesquisa virtual unificada de jurisprudência da Corte Superior obreira, nem todos os processos cuidam de violação do sigilo bancário do trabalhador supostamente perpetrada pela instituição bancária empregadora. O resultado da pesquisa jurisprudencial pode ser resumida no elucidativo e didático gráfico que segue:



Dando continuidade ao estudo analítico da jurisprudência do TST acerca da quebra do sigilo bancário do empregado, verifica-se que dos 82 (oitenta e dois) processos que cuidam da quebra perpetrada por instituição bancária empregadora,

apenas em 25,6 % (vinte e cinco vírgula seis por cento) destes a egrégia corte obreira entendeu pela existência do vilipêndio à salvaguarda constitucional em estudo, condenando, em consequência, a instituição empregadora ao pagamento de indenização por danos morais, relação que será visto detidamente a seguir. Registrou-se, assim, a seguinte situação:



Portanto, acertado o atual entendimento da Subseção I Especializada e, Dissídios Individuais ao se posicionar pelo simples fato de que o empregado ao manter vínculo com instituição bancária não autoriza o empregador a invadir a sua privacidade e ter acesso às suas movimentações bancárias, visando escopo estranho e não autorizado pelo ordenamento jurídico. Ressalvado o fato do monitoramento indiscriminado de contas bancárias de todos os empregados de instituição financeira não constituir violação ilícita do sigilo bancário, se observados os limites da legislação vigente acerca da obrigatoriedade de prestação de informações, por parte das instituições bancárias, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e ao Banco Central do Brasil.

6.2 Dano Moral Decorrente da Violação ao Sigilo Bancário

Desta feita, evidenciada a quebra do sigilo bancário por parte do banco empregador, ocorrerá, em consequência, a ocorrência de uma mácula ao princípio da boa-fé e confiança havida entre as partes da relação de consumo (banco e correntista). Desta atitude ilegal, decorre dano moral, passível de reparação por

meio de pagamento de indenização. Vejamos, portanto, em que consiste o dano moral e as condições necessárias para a obrigação civil de reparação.

A Constituição Federal de 1988 elencou em seu art. 5º, incisos V e X, os direitos subjetivos privados relativos à integridade moral (direito à honra, direito à liberdade, direito ao recato, direito à imagem, direito ao nome, dentre outros). Colaciona-se:

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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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;

Isto posto, urge transcrever estudo de Inocêncio Galvão Telles³⁴, que traz excepcional definição do que venha a constituir dano moral, senão vejamos:

Dano moral se trata de prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afetado: nem passa a valer menos nem deixa de valer mais. Há a ofensa de bens de caráter imaterial - desprovidos de conteúdo econômico, insuscetíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objetiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjetivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral. Violam-se direitos ou interesses materiais, como se se pratica uma lesão corporal ou um atentado à honra: em primeira linha causam-se danos não patrimoniais, *v.g.*, os ferimentos ou a diminuição da reputação.

A jurisprudência dos tribunais pátrios assim como os doutrinadores civilistas aponta para a existência de uma condição excepcional que prejudica a incidência do dano moral. Cuida-se da análise, *in loco*, da gradação do dano moral, a fim de que se afaste sua incidência diante de situações que configurem meros dissabores, não exacerbando a normalidade dos fatos cotidianos.

Desta feita, calha colacionar recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca de tal exceção à incidência do dano moral, vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. RELACIONAMENTO BANCO/CLIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE SAQUE.

³⁴ TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. Coimbra: Coimbra Editora, 6ª edição, 1996. p. 375).

MERO DISSABOR. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA/STJ. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO N. 182 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESPROVIDO. I - Nesta instância, a pretensão recursal que não prescinde do reexame dos fatos da causa esbarra no enunciado n. 7 da súmula/STJ. II - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, "mero receio ou dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige". III - Se o agravo interno não traz argumento hábil a reformar a decisão impugnada, mantém-se o desprovimento. (STJ - AgRg no REsp: 489187 RO 2002/0157388-4, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 13/05/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23/06/2003 p. 385).

Tal entendimento também ecoa no Colendo Tribunal Superior do Trabalho, senão vejamos:

RECURSO DE REVISTA. 1. INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA DE MERO DISSABOR. O cerne da controvérsia está em saber se caracterizaria dano moral a conduta da Diretora Geral da Fundação, que, ao arrepio do previsto no parágrafo único do artigo 53 da Lei nº 9.394/96, demitiu 41 professores sem a interveniência do reclamante, diretor de ensino, a quem, de forma colegiada e conforme referido dispositivo legal, cabia tal competência. A situação gerada pela dispensa dos professores pode ter causado constrangimento ao reclamante em razão de os demitidos, talvez, pensarem que este tenha sido responsável pela demissão. **No entanto, tais fatos não transbordam os limites do mero dissabor, sendo insuscetíveis de gerar dano moral. Na hipótese, houve, em tese, ilegalidade no exercício de uma competência, que poderia gerar a nulidade do ato, mas não mais que isso. Recurso de revista conhecido e provido.** [...] Recurso de revista não conhecido. (TST – RR Proc. nº 13800-65.2009.5.03.0004, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de Julgamento: 31/08/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/09/2011).

Podemos concluir, portanto, que o âmago conceitual do dano moral reside no sentimento interior do indivíduo para com ele mesmo e para com a sociedade. Assim sendo, toda lesão não patrimonial que extrapole a naturalidade dos fatos da vida, transbordando os limites do mero dissabor e cause fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige se constitui em dano moral.

Pois bem, posto o que vem a ser o dano moral e suas peculiaridades, volvemos o foco do estudo para a obrigação civil de reparação pelos danos morais sofridos.

Desta feita, aliado ao texto constitucional ora colacionado, calha apontar a regulação promovida pelo novo Código Civil Brasileiro de 2002, que prevê nos arts. 186 e 187 o que vem a ser ato ilícito e, mais adiante, no art. 927 a obrigação de reparação, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Os pressupostos para a emergência da responsabilidade civil são quatro, a saber: conduta, *animus* (que se divide em culpa e dolo), dano e nexo de causalidade. Para maior elucidação do exposto, calha colacionar a lição do mestre Fredie Didier Jr.³⁵:

A causa de pedir na ação de responsabilidade civil subjetiva é composta. O substrato fático que autoriza a incidência do art. 186 do CC – 2002 compõe-se de quatro elementos: conduta, culpa nexo de causalidade e dano. Só terá direito à indenização (responsabilidade civil; efeito jurídico) aquele que conseguir demonstrar a existência destes quatro requisitos (fato jurídico composto). A falta de um deles implica a impossibilidade de obter-se o efeito jurídico pretendido, pela insubsistência do fato tido por jurídico. Não incidirá a norma pela falta de um dos elementos do suporte fático.

Sendo assim, é de se reconhecer que, faltando ao menos um dos requisitos acima mencionados, não se pode admitir a ocorrência de responsabilidade civil.

Propiciemos nossa abordagem dos elementos ensejadores da responsabilidade civil com a conduta humana, que é o comportamento (ação ou omissão) da pessoa que gera um prejuízo a outrem. Tal conduta, à luz dos arts. 186 e 187 do CC/02, será ilícita.

Todavia, não se constituem como ilícitos os atos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; assim como aqueles que provocam a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente (conforme o art. 188, incisos I e II, do CC/02).

³⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Volume I, 13ª Edição, Salvador: JvsPodivm. p. 431.

Mais adiante, vemos a necessidade do espírito anímico do suposto causador do dano moral. Prescinde-se, portanto, de pelo menos um dos requisitos do *animus*, quais sejam: dolo ou culpa.

Dolo, portanto, é toda ação ou omissão conscientemente má. O agente ou bem deseja as efeitos maléficis (dolo direto), ou bem assume o risco de produzi-las (dolo eventual).

Por outro lado, na culpa a intenção de lesar não existe. Atua com culpa quem age com imprudência, negligência ou imperícia. Em suma, o causador do dano não busca o resultado (dano), mas sim os atos que, mesmo sem seu desígnio, causarão o dano.

Imprudência é a responsabilidade, o risco excessivo e desnecessário, cujas consequências nefastas não são visualizadas, mas deveriam sê-lo. Vê-se que a imprudência se aproxima do dolo eventual, dele se diferenciando, entretanto, pela falta de consciência em relação ao resultado danoso.

Negligência é o descuido, a desatenção com relação às medidas preventivas ou de segurança que evitariam a ocorrência do resultado danoso. Se tais medidas preventivas se constituírem dever legal do autor do dano, estaremos diante de uma omissão dolosa.

Imperícia também caracteriza culpa, embora não esteja, expressamente, prevista no Código Civil. Somente poderá agir com imperícia o perito, ou seja, a pessoa que deveria conhecer as normas técnicas ligadas ao ato que esteja praticando.

Na realidade, não impende a diferenciação ora feita, haja vista o Código Civil não distinguir, em se tratando de responsabilidade civil, se o autor do ato ilícito agiu com culpa ou dolo. As consequências serão as mesmas, ou seja, o culpado deverá indenizar a vítima se houver prejuízos. Todavia, nos casos de fato exclusivo de terceiro, caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima, afasta-se a culpabilidade, haja vista o autor não ter qualquer participação volitiva para o resultado danoso.

Em sequência o nexo de causalidade pode ser conceituado como vínculo (relação causa-efeito) entre a conduta do agente e o prejuízo havido pela vítima.

Portanto, a conduta do agente deve estar coordenada com o dano moral sofrido pela vítima.

Sem o nexo de causalidade, apenas teremos um ato ilícito e, eventualmente, um dano moral sem qualquer vínculo fático, estranhos entre si (sendo o dano proveniente de outro ato ilícito e o ato ilícito causador de um outro resultado danoso).

Por fim, o dano é exatamente a lesão ocasionada pelo agente a um bem protegido pelo direito, seja este interesse material ou moral (art. 5º, inciso X, CF/88).

Conclui-se que inexistindo dano (*e.g.*, mero dissabor), a ninguém pode ser atribuído o dever de indenizar, isto é, a nenhuma pessoa pode ser imposta a responsabilidade civil, haja vista não ter nada o que se reparar. Assim, configurada a ofensa a atributo da personalidade, pode o dano moral emergir do inadimplemento de obrigação contratual.

O dano moral é, em verdade, um conceito em construção. A sua dimensão é a dos denominados direitos da personalidade, que são plúrimos, em razão da própria complexidade do homem e das relações sociais. Ainda mais com o desenvolvimento social e a conseqüente evolução dos direitos da personalidade, o conceito de dano moral tende a ser ampliado, para alcançar situações hoje ainda não consideradas.

Portanto, configurados a conduta dolosa ou culposa ilícita do agente (quebra do sigilo bancário sem prévia anuência do judiciário), o dano, no caso, moral (vilipêndio ao direito à privacidade) e o nexo causal (quebra do sigilo bancário perpetrado pela instituição bancária sem a anuência do judiciário feriu o direito à privacidade de seu empregado/consumidor), não restará outra opção a não ser conferir a existência do dano moral, passível de reparação indenizatória, independente de se comprovar a existência do ato de improbidade investigado pela empregadora, a fim de não deixar passar *in albis* a conduta inconstitucional do empregador.

7 CONCLUSÃO

Podemos concluir, inicialmente, que os direitos fundamentais e sociais, malgrado apresentarem as distinções então abordadas, não se excluem. Assim, um obreiro que se vale das garantias sociais elencadas no art. 7º da CF/88, não perde, por sua condição de trabalhador, os direitos individuais fundamentais elencados no capítulo antecedente da constituição.

Pois bem, a relação consumerista havida entre o banco e o cliente correntista³⁶, é pautada primordialmente pelos princípios basilares da boa-fé e da vulnerabilidade, os quais cumprem papel flagrante a fim de amenizar as diferenças naturais havidos entre as partes, seja técnica, econômica ou socialmente, guardando, ainda, grandes semelhanças com os princípios da relação de emprego.

Em detrimento dessa relação, deve a instituição bancária o dever de não fazer consistente tanto na abstenção de disponibilizar a terceiros os dados referentes a seus clientes, que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas (consumerista) que os vinculam, assim como na abstenção de utilização desses dados por sua parte para fins que não estejam previstos no contrato de consumo previamente firmado. Cuida-se do direito ao sigilo bancário.

O sigilo bancário é um exemplo cristalino de direito fundamental individual, não podendo ser subjulgado em detrimento das obrigações advindas pela regulação das relações sociais, *in locu*, a relação de emprego.

Mesmo que em razão da relação de emprego, o obreiro deve subordinação ao seu empregador. Ocorre que tal submissão se opera apenas objetivamente, obrigando-se a obedecer às decisões unicamente de ordem empresarial, objetivando apenas como deverá ser realizada a sua prestação de serviços, afastando-se da subordinação sobre a pessoa do trabalhador.

A fronteira, pois, entre a subordinação jurídica objetiva (requisito essencial das relações de emprego) e a subjetiva (incidente sobre a pessoa do empregado) apresenta diversas peculiaridades em razão das mais diversas modalidades de emprego existentes no mercado de trabalho, havendo, por vezes, distinção quase imperceptível entre a subordinação jurídica justa e a abusiva.

³⁶ Vide Ementa do julgamento da ADI nº 2591/STF.

Observa-se, no caso em estudo, uma contumaz peculiaridade na relação de emprego havida com instituição bancária, haja vista que não apenas atua somente como empregadora, mas também como prestadora de serviços bancários de seus empregados, amalgamando a si prerrogativas de ambas as relações que, se confundidas, serão potencialmente lesivas aos direitos e garantias individuais dos subordinados.

Assim sendo, como consequência da relação consumerista, toda a movimentação bancária/financeira dos obreiros está à disposição de seus empregadores.

Ocorre que, malgrado dever obediência jurídica (dever social relacionado à relação de emprego), o empregado bancário não perde os seus direitos fundamentais individuais. Assim, mesmo que possa a instituição bancária acessar facilmente todos os extratos bancários de seus empregados, o cometimento de tal ato vai de encontro com o resguardo constitucional a essas informações.

Portanto, em caso de suspeita de cometimento de qualquer ilegalidade, a ser comprovada com os extratos bancários do obreiro, deve o empregador solicitar prévia autorização judiciária, do contrário, estaria ele mesmo cometendo ilícito, passível de indenização por danos morais.

Conclui-se pela responsabilidade civil de reparação, mesmo que se venha a comprovar o cometimento do ilícito investigado por parte do trabalhador, porque restaram configurados a conduta dolosa ou culposa ilícita do agente (quebra do sigilo bancário sem prévia anuência do judiciário), o dano, no caso, moral (vilipêndio ao direito à privacidade) e o nexo causal (quebra do sigilo bancário perpetrado pela instituição bancária sem a anuência do judiciário feriu o direito à privacidade de seu empregado/consumidor).

Por fim, calha trazer à baila exceção ao disposto acima, resumido no entendimento da Seção de Dissídios Individuais I do Colendo TST, que constitui quebra de sigilo bancário do empregado a análise dos seus extratos e transações bancárias, disponíveis em razão da relação consumerista, sem prévia autorização judiciária, exceto se se tratar de monitoramento indiscriminado de contas-salário de todos os empregados de instituição financeira, se observados os limites da legislação vigente acerca da obrigatoriedade de prestação de Informações, por parte

das instituições bancárias, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e ao Banco Central do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Batista de Almeida. **A Proteção Jurídica do Consumidor**, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2004.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BONAVIDES, Paulo; MORAIS, Germana; ROSAS, Roberto. **Estudos em Direito Constitucional em Homenagem a Cesar Asfor Rocha (Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição)**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.
- BOTIJA, Perez. **Curso de Derecho Del Trabajo**. Ed. Tecnos. 2ª Ed. Madrid, 1950.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano e Indenização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**. 38. ed. Ribeirão Preto: Saraiva, 2013.
- COVELLO, Sergio Carlos. **O Sigilo Bancário**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2001.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume I, 13ª Edição, Salvador: JvsPodivm.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.

- FURLAN, Fabiano Ferreira. **Sigilo Bancário**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- LARA, Victor Emanuel Alves. **Comentários à Lei do Sigilo Bancário**. São Paulo: LTr, 2006.
- LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MALAGARRIGA, Juan Carlos. **El Secreto Bancario**. Madrid: Abeledo-Perrot, 1970.
- MANZI, José Ernesto. **Danos morais por quebra indevida do sigilo bancário do trabalhador ou pelo abuso na efetivação de débitos**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21366>>. Acesso em: 07 out. 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MEOTTI, Priscila Tentardini. **A relativização do Direito Constitucional ao sigilo bancário**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/22929>>. Acesso em: 07 out. 2013.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NETO, Francisco Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- NETO, Tourinho. **O Sigilo Bancário**. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/02/sigilobancario.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2013.
- NETTO, Domingos Franciulli. **O Processo e a Quebra do Sigilo Bancário**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/309/O_Processo_e_a_Quebra_do_Sigilo.pdf?sequence=4>. Acesso em: 07 out. 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- REALE, Miguel. **Questões de Direito Público**, São Paulo: Saraiva, 1997.
- SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 2ª edição, São Paulo: Lejus, 1997.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**, Editora Renovar, 3ª Ed., Rio de Janeiro, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Coimbra Editora, 6ª edição, 1996.

VIANNA, Segadas *et alii*. **Instituições de Direito do Trabalho**, volume II, 19ª Ed. São Paulo: LTr, 2000.