

PAULO DE RAMOS

***O SIGILO DOS DADOS ECONÔMICO-FINANCEIROS E A FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE***

BACHARELADO EM DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURITIBA - 2004

PAULO DE RAMOS

***O SIGILO DOS DADOS ECONÔMICO-FINANCEIROS E A FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE***

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Professor Dr. José Antonio Peres Gediel.

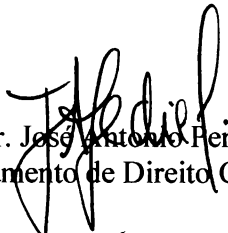
CURITIBA - 2004

TERMO DE APROVAÇÃO

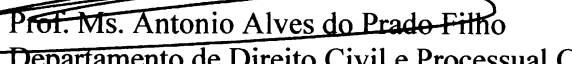
PAULO DE RAMOS

O SIGILO DOS DADOS ECONÔMICO-FINANCEIROS E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:  Prof. Dr. José Antonio Heres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processual Civil – UFPR


Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Departamento de Direito Civil e Processual Civil – UFPR


Prof. Ms. Antonio Alves do Prado Filho
Departamento de Direito Civil e Processual Civil - UFPR

Curitiba, 21 de outubro de 2004

DEDICATÓRIA

A Deus, meus Pais, minha esposa e filhos, pelo apoio, incentivo e confiança.

Estabelecerás juízes e escribas em cada uma das cidades que Iahweh teu Deus vai dar para as tuas tribos. Eles julgarão o povo com sentenças justas. Não perverterás o direito, não farás acepção de pessoas e nem aceitarás suborno, pois o suborno cega os olhos do sábio e falseia a causa dos justos. Busca somente a justiça, para que vivas e possuas a terra que Iahweh teu Deus te dará. (BÍBLIA, V.T., Deuteronômio, 16:18-20).

AGRADECIMENTOS

A todos os professores do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em particular ao Professor Dr. José Antonio Peres Gediel pela orientação e paciência para com este autor. Agradecimento especial a todos os servidores e funcionários desta casa que permitem a continuidade e gratuidade da universidade pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – DOS DADOS ECONÔMICO-FINANCEIROS	6
1. Considerações Iniciais	6
2. A universalidade dos direitos e as desigualdades sociais	7
3. Do objeto de estudo	10
4. Do sigilo bancário	12
5. Sigilo bancário: titularidades e interesses	14
CAPÍTULO II – REVISITANDO OS DIREITOS DE PERSONALIDADE	16
1. O direito de personalidade na doutrina	16
2. O direito de personalidade como direito constitucional	19
3. O sigilo dos dados econômico-financeiros como direito de personalidade	21
4. O sigilo dos dados econômico-financeiros na jurisprudência	24
CAPÍTULO III – A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	28
1. Da propriedade ao direito de propriedade	28
2. O direito de propriedade e os direitos da personalidade	32
3. A função social da propriedade na doutrina e na legislação brasileira	34
4. A função social da propriedade na ordem econômica e social	39
5. Reflexos pontuais do descumprimento da função social da propriedade na ordem econômica e social	41
6. O princípio da proporcionalidade X o sigilo dos dados econômico-financeiros e a função social da propriedade	48
CAPÍTULO IV - CONCLUSÕES	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

RESUMO

O presente trabalho procura tratar dos institutos jurídicos do direito de propriedade e sua função social e do direito à privacidade, vida privada e sigilo de comunicação de dados, analisados sob o ângulo do direito constitucional e civil.

Motivou a escolha do tema o sempre presente conflito, nos tribunais, entre o direito ao não devassamento dos dados bancários contra o interesse público em investigá-los, seja para fins criminais ou tributários.

A fundamentação majoritária colhida da jurisprudência e mesmo da doutrina nacional sempre acentuam mais o aspecto referente ao direito pessoal de não sofrerem intervenção em seus dados econômico-financeiros sob o argumento de invasão à sua intimidade, vida privada e sigilo de comunicação de dados (CF/88, art. 5º, X e XII). Eventual quebra do sigilo bancário normalmente é deferida ressaltando que o interesse público deve prevalecer sob o interesse privado. Acreditamos que tal discussão é enriquecida ao explorar um novo ângulo do problema: a função social da propriedade.

Neste sentido, a monografia desenvolve-se ao explorar aspectos antagônicos entre o direito personalíssimo ao sigilo e a função social que os dados mercedores de tutela jurídica devam cumprir perante a sociedade, mesmo porque os dados bancários são espécie de propriedade, sujeitos, portanto, ao regramento constitucional previsto nos artigos 5º, XII, XIII e 170, II e III da CF/88. Argumenta-se que a desobediência a este comando constitucional implica em afronta não só ao princípio da função social da propriedade, mas também em outros princípios fundamentais, tais como a livre concorrência e a redução das desigualdades sociais.

Conclui-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução deste conflito de princípios constitucionais e ressaltando o quanto seria proveitoso à jurisprudência e à doutrina se agregássemos mais este importante instituto jurídico na análise destes casos: a função social dos dados econômico-financeiros.

PALAVRAS-CHAVE

SIGILO BANCÁRIO. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. VIDA PRIVADA. SIGILO DE COMUNICAÇÃO DE DADOS. SIGILO DOS DADOS ECONÔMICO-FINANCEIROS. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL. PROPRIEDADE. DADOS BANCÁRIOS. DADOS ECONÔMICO-FINANCEIROS. FUNÇÃO SOCIAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. DIREITOS REAIS. DIREITOS DE PROPRIEDADE. PRINCÍPIOS. COLISÃO DE DIREITOS. COLISÃO DE PRINCÍPIOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

INTRODUÇÃO

Percebemos, nos dias de hoje, uma certa passividade perante certos mitos e construções jurídicas, das quais pouco ou raramente temos um debate aprofundado ou um questionamento razoavelmente científico. Esta monografia pretende analisar sob o aspecto fático e jurídico, ou seja, no mundo real e no mundo das leis, do dever ser, um tema que está muito em voga e popularmente conhecido como “sigilo bancário”.

Num primeiro momento, pode parecer que este assunto está perfeitamente definido e restrito ao direito tributário. Ledo engano, pois temos por convicção que não é suficiente pensar-se apenas como um estudioso dos meandros tributários e tratar algo tão relevante como os dados econômicos apenas sob este ângulo. Como demonstraremos, o tema merece e deve ser estudado noutros aspectos, e principalmente neste ora proposto, quiçá mais apropriado e desafiador.

É necessário ter em mente que não iremos aqui discutir questões tributárias, “*strictu sensu*”, apesar de levemente tecermos alguns comentários, mas o enfoque principal é o relacionamento forte existente entre o direito à privacidade e intimidade e o direito de propriedade e sua função social. O enfoque principal é dado ao direito constitucional e ao direito civil.

De início, é importante deixar claro que preferimos a locução “sigilo dos dados econômico-financeiros”, pois além de ser mais adequada ao tema proposto, é fato que o sigilo dos dados, estes representando uma propriedade móvel, não fica circunscrito àqueles registrados em estabelecimentos bancários, podendo perfeitamente abranger outros, tais como administradoras de cartões de crédito, empresas on-line que operam apenas pela internet e mesmo simples lojas comerciais ou de departamentos. Sendo assim, não obstante o termo “sigilo bancário” ter ampla aceitação e divulgação, é incontroverso que este é espécie do gênero sigilo dos dados econômico-financeiros. A menção de sigilo bancário neste trabalho pode ser aceita como espécie ou gênero, sem perda nenhuma de referência, visto estar perfeitamente contextualizada.

Veremos, na seqüência que, apesar da doutrina e da jurisprudência passarem ao largo do princípio constitucional da função social da propriedade e ater-se

exclusivamente a questão da intimidade e privacidade quando tratam dos dados econômico-financeiros, preponderantemente os dados bancários, o objeto do estudo será largamente enriquecido e proveitoso se adicionarmos ao ponto este outro parâmetro.

Esta questão pode parecer irrelevante, afinal os tribunais sempre têm permitido a quebra do sigilo bancário quando se demonstra que há um confronto entre o chamado interesse público com o interesse privado. É pacífico na jurisprudência que, quando devidamente comprovado em juízo a imperiosa necessidade de acesso aos dados econômico-financeiros, é conferido ao requerente o direito de conhecer seu conteúdo, afastando o direito à privacidade de que é titular o investigado. Neste sentido, despicando discutir a relatividade existente entre os direitos fundamentais constitucionais, pois de longa data a doutrina e a jurisprudência afastaram o caráter absoluto¹ outrora existente. Partamos então do entendimento que os direitos são relativos, submetendo-se, em determinadas situações de confronto, a serem reduzidos ou afastados seus efeitos.

Mas é necessário espantar quaisquer dúvidas já no início deste trabalho. Não é interesse imediato e muito menos objeto de estudo se determinada autoridade do Poder Executivo, Legislativo ou Ministério Público pode ter acesso aos dados econômico-financeiros por requisição direta ao investigado ou somente por intervenção do Poder Judiciário. Reitero, não é disto que estamos tratando. Para este estudo, pouco importa se os dados constantes de determinada conta corrente ou de aplicação financeira sejam obtidos diretamente pela autoridade administrativa ou mediante permissão judicial.

O que é sim de interesse e de questionamento é o fundamento pelo qual foi permitido ou negado o acesso aos dados bancários. A questão do sigilo bancário deve ser debatida não apenas sob o ângulo de lesão a eventual direito de personalidade (intimidade, privacidade ou vida privada).

¹ RE 219780/PE; Relator:Min. CARLOS VELOSO; Publicação: DJ 10/09/99, p.23; julgamento: 13/04/99 – Segunda turma. “I. Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege no art. 5º, X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. (grifo nosso)

Antecipa-se aqui que é visível o conflito de direitos constitucionais: de um lado o direito à intimidade e a vida privada; de outro o direito de propriedade e sua função social. Em outras palavras, densifica-se esta colisão de direitos fundamentais, extrapolando a discussão do plano meramente tributário para o plano constitucional e civil.

É verdade que existem decisões emanadas pelos tribunais que chegam a estabelecer uma conexão entre o próprio sigilo bancário e aquilo que ele protege - entre o invólucro e o objeto, mas quanto a faz, fundamenta este liame não sob a égide de direito real e função social da propriedade, ou seja, uma afirmação principiológica, mas baseando-se muitas vezes em leis infraconstitucionais, em sua grande maioria de caráter tributário e no amplo e difuso conceito de interesse público.

É propósito chegarmos a vislumbrar uma relação, mesmo que tênue, mas existente, entre o direito de não ter seus dados econômico-financeiros expostos a terceiros sob o argumento de que é um direito personalíssimo e o objeto que se pretende proteger. Este objeto, este dado bancário, qualificativo dum direito de propriedade, portanto direito real, deve estar conformado com todos os requisitos pertinentes a esta categoria jurídica, principalmente naquilo que se refere à função social da propriedade.

Em outras palavras, prestigia-se a forma em detrimento do conteúdo. Há casos em que toda a discussão jurídica concentra-se apenas na validade ou não de se adentrar na esfera privativa do sujeito, passando ao largo se aqueles dados que estão sendo objeto de investigação, cumprem com sua função social, eis que é incontestado que são bens suscetíveis de tal avaliação.

O perigo que tal limitação interpretativa acarreta é de grandes proporções. Se argumentação da defesa for extremamente convincente e perspicaz, por mais que o conteúdo protegido tenha deixado de exercer a função que a sociedade espera, em conformidade com o ordenamento jurídico, mesmo assim, a contragosto, tal dado ficará ao largo de toda discussão.

Não obstante a discussão teórica que se apresenta nesta monografia, é salutar podermos encontrar decisões recentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,

como a reproduzida abaixo, que mesmo “*en passant*”, começa a tender pelos princípios aqui discutidos, ainda que não expressamente fundamente sua decisão na ofensa ao princípio da função social da propriedade conforme disposto em nossa Constituição Federal.²

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
 APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003.70.00.012284-4/PR
 RELATOR : DES. FEDERAL DIRCEU DE ALMEIDA SOARES
 REL. ACÓRDÃO : Des. Federal DIRCEU DE ALMEIDA SOARES
 APELANTE : RICARDO SABOIA KHURY
 ADVOGADO : Roberto Bertholdo e outros
 APELADO : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : Dolizete Fátima Michelin

EMENTA

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO À INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS.

PROPORCIONALIDADE. CASUÍSTICA. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA MUITO SUPERIOR À RECEITA BRUTA DECLARADA. QUEBRA DE SIGILO AUTORIZADA.

1. O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF), é direito fundamental sob reserva legal, podendo ser quebrado no caso previsto no art. 5º, XII, *in fine*, ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior. Neste último caso, a solução do impasse, mediante a formulação de um juízo de concordância prática, há de ser estabelecida através da devida ponderação dos bens e valores, in concreto, de modo a que se identifique uma ‘relação específica de prevalência’ entre eles.

2. No caso em tela, contudo, os elementos fáticos constantes dos autos militam contra o impetrante. A considerável discrepância verificada entre a receita bruta declarada na Declaração do Imposto de Renda e a movimentação financeira do contribuinte, no mesmo período, autorizam a decretação da quebra de sigilo por este Juízo Colegiado. (grifo nosso).

Por óbvio que possa parecer, ao se tratar de quebra do sigilo bancário, a primeira coisa que vêm à mente de qualquer estudioso do direito é que se trata de um direito inerente à privacidade. Por certo; mas será correto ou mesmo adequado sob determinadas circunstâncias materiais, ou como se diz, no caso concreto, que se concentre ou limite-se a discussão, a argumentação apenas sob um único paradigma?

Esta é a proposta: oferecermos um novo paradigma, uma outra visão. Com toda a certeza é gratificante sairmos da mesmice e descobrirmos novos horizontes, ainda

² CF/88. 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:

.....

XXII- é garantido o direito de propriedade.

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

que este pareça tão distante e irreal, tão contra toda a corrente esmagadora, contra a unanimidade indiscutível.

Mas este é nosso trabalho, e espera-se que o leitor encontre aqui o mesmo prazer e desafio que este autor teve ao escolher tão difícil e inusitada abordagem.

Em nossa apresentação, iniciamos o capítulo I contextualizando os dados econômico-financeiros, delimitando os sujeitos, objetos e situando-os frente ao mundo real em que vivemos, bem como expondo uma noção do que seja sigilo bancário.

O capítulo II está reservado para um pequeno, mas fundamental enfoque dos direitos de personalidade, razão pela qual o denominamos de “revisitando os direitos de personalidade”. Discutiremos aqui a questão do sigilo dos dados econômico-financeiros frente a seus aspectos constitucionais e sua concepção majoritária, tanto da doutrina, como da jurisprudência, como direito de personalidade.

No capítulo III trataremos da função social da propriedade, o confronto que se estabelece entre estes dois direitos fundamentais, o direito de personalidade e o direito de propriedade, e a solução advinda pelo uso do critério da proporcionalidade.

O capítulo IV é dedicado exclusivamente para a conclusão que decorre de toda esta análise, apontando para a necessidade de se conceber uma nova interpretação no devassamento dos dados econômico-financeiros frente a terceiros, bem como os efeitos e repercussões relevantes decorrentes de todo este confronto de princípios. Como corolário, apresenta-se um novo paradigma: a função social dos dados econômico-financeiros.

CAPÍTULO I – DOS DADOS ECONÔMICO-FINANCEIROS

1. Considerações Iniciais

Ao tratar de tema tão espinhoso, precisamos deixar claro, num primeiro momento, qual é o nosso público e a quem interessa que tão obscuro assunto permaneça ainda mais obscuro e confuso.

É sabido, nos meios acadêmicos e profissionais, que as questões tributárias em geral estão envoltas numa bruma de mistério e quase que sacralidade, afinal trata-se de tema só acessível a iniciados nestas ciências jurídicas, não a meros advogados ou pobres mortais. Conhecer direito tributário revela não só um conhecimento além do normal mas também um exercício de poder e *status*, colocando o advogado tributarista em indisfarçável superioridade perante seus demais colegas que são obrigados a cuidar de coisas menos interessantes, tal como direito penal, trabalhista, de família, etc.

Contribui para esta falsa visão não só a questão social ou consuetudinária, mas também a atabalhoada legislação tributária brasileira, que obrigou o saudoso Alfredo Augusto Becker, há mais de 40 anos atrás, em sua obra monumental³ a referir-se como verdadeiro manicômio jurídico tributário. Além disto, podemos verificar que os próprios operadores do direito e doutrinadores reforçam este conceito.

Mas este status, este poder, esta selva impenetrável que dizem ser o direito tributário e suas questões afins não é em vão; tem sua finalidade e sua razão de ser, ainda que não concordemos sob hipótese alguma nestas premissas, quais sejam - conhecer direito tributário é sinônimo de poder e magnitude profissional. Não nos cabe discutir aqui estas razões pelas quais o direito tributário brasileiro vive esta verdadeira orgia legislativa, mas é sob estado de coisas que vige tranqüilamente o “sigilo bancário” e por longos e longos anos estará aí repousando, enquanto não abalarmos suas estruturas, ainda que de forma tímida e isolada.

³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. pág. 6. No Brasil, como em qualquer outro país, ocorre o mesmo fenômeno patológico-tributário. E mais testemunhas são desnecessárias, porque todos os juristas que vivem a época atual – se refletirem sem orgulho e preconceito – dar-se-ão conta que circulam nos corredores dum manicômio jurídico tributário....E a mais confusa e ridícula das mentalidades pseudojurídicas é a que predomina no Direito Tributário; neste campo ‘há burrices que, de tão humildes, chegam a ser pureza e têm algo de franciscano. Outras há, porém, tão vigorosas e entusiásticas, que conseguem imobilizar por completo o nosso espírito para a contemplação do espetáculo’.

2. A universalidade dos direitos e as desigualdades sociais

Para a grande maioria da população brasileira, discutir os impactos decorrentes do direito a privacidade e intimidade ou função social da propriedade incidentes, no caso concreto, em determinados dados bancários protegidos pelo sigilo é irrelevante, algo sem sentido, pois sequer tem capital, propriedade, conta corrente bancária ou mesmo comida em suas mesas. Estes são os milhões de brasileiros que vivem à margem da sociedade, e cuja discussão revela-se totalmente descabida ou inócua.

Segundo dados do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁴, a população brasileira do último censo (2000) situa-se por volta de 170 milhões de brasileiros. Destes, 83 milhões representam a população economicamente ativa. Dos 83 milhões, aproximadamente 75 milhões encontravam-se ocupados em 2000.

Do mesmo IBGE, coletamos os dados relativos ao rendimento nominal, das pessoas com mais de 10 anos de idade, estabelecidas em classes por salário mínimo (correspondente a R\$ 151,00 da época). Esta amostra corresponde a 136,91 milhões pessoas. Destes quase 137 milhões de pessoas, 121,56 milhões (88,79%) situam-se dentro da faixa de isenção do imposto de renda pessoa física, correspondente naquele ano a R\$ 900,00 mensais, equivalente a 5,96 salários mínimos. O restante, 15,35 milhões (11,21%) de pessoas, estariam, em tese, sujeitas a incidência do imposto de renda pessoa física.

Para se ter uma idéia da pirâmide social, a população com renda superior a 20 salários mínimos corresponderia a 2,24 milhões de pessoas, 1,32% de uma população de quase 170 milhões de habitantes. Com renda superior a 30 salários mínimos, o número cai para 1,24 milhões, equivalente a 0,73% da população total do Brasil. Os números apresentados, apesar de serem apenas estatísticas, revelam uma brutal concentração de renda e um baixo rendimento bruto da grande maioria da população brasileira.

⁴ Dados extraídos do site do IBGE – www.ibge.gov.br - link Brasil em síntese. Acesso em 28/07/2004.

Utilizando-se agora dos dados da Secretaria da Receita Federal, com ênfase apenas na questão tributária, verificamos, para o ano de 2000, que 13,91 milhões de pessoas físicas apresentaram declaração de imposto de renda.

Prosseguindo nesta panorâmica fiscal, dos quase 14 milhões de declarantes, 12,64 milhões apresentaram rendimentos sujeitos à tributação, mas de fato, **apenas 5,19 milhões (3,06%)** de declarantes tiveram imposto devido, isto é, pagaram de fato imposto de renda pessoa física⁵. Os demais, apesar de apresentaram rendimento tributável, situaram-se na faixa de isenção (até R\$ 900,00 por mês ou R\$ 10.800,00 por ano, na época).

Confrontando os dados do IBGE com os da Receita Federal e, considerando que os dados daquele instituto contêm uma margem de erro significativa para menos, haja vista que as classes estatísticas (de 05 a 10 SM e de 10 a 15 SM) contêm intervalos não correspondentes à faixa de isenção do imposto de renda (acima de 5,6 SM), observamos que os 15,35 milhões de possíveis declarantes contra 13,91 milhões de contribuintes que de fato apresentaram declarações de rendimentos, representam razoavelmente o universo aqui pesquisado.

Resumindo: de uma população de 170 milhões de habitantes, aproximadamente 14 milhões apresentam declaração de imposto de renda (8,19%); dos declarantes, pouco mais que cinco milhões efetivamente pagam algum imposto de renda pessoa física, o que representa apenas 3,06% do universo considerado. Ou seja, a elite que declara e paga imposto de renda é representada por todos os brasileiros que ganhavam pouco mais que R\$ 900,00 por mês. Considerando o lapso de quatro anos entre os dados estatísticos com a época atual e, *ceteris paribus*, podemos perfeitamente aproveitar as informações e considerá-las atuais e fidedignas.

Estamos, portanto, falando de direitos cujo público é definido, é limitado, é conhecido e que não representa a imensa maioria da sociedade brasileira, o que não significa de forma alguma que os excluídos deste universo não sejam titulares deste direito; pelo contrário, o são com todas as garantias constitucionais, mas apenas não

⁵ Fonte: Estudos Tributários – Consolidação da Declaração do Imposto de Renda das Pessoas Físicas 2001, editado em outubro de 2002 pela Secretaria da Receita Federal – Coordenação Geral de Política Tributária.

podem exercê-lo porque não detêm capital suficiente cuja intromissão indesejada por parte de terceiros represente uma afronta a estes direitos fundamentais.

Tenho por certo que é proposital e útil que determinados mitos ou ícones jurídicos permaneçam estáticos, afinal eles se prestam aos mais variados interesses. Não é objeto deste estudo analisar quais sejam estes interesses, mas é fato que muitas vezes eles não se coadunam com o desejo da sociedade brasileira.

Sobressai-se, portanto, que, qualquer análise feita do tema não pode descuidar desta dicotomia: direitos constitucionais atualmente afetos a uma parcela muito restrita da população, ainda que sua abrangência, em tese, beneficie toda a sociedade. Em outras palavras, somente aqueles que passem a fazer parte deste seleto clube, desta elite econômica brasileira é que, de fato, sentem-se incomodados ou articulam teses no sentido de restringir a interpretação dos institutos jurídicos aqui estudados.

Na tentativa de melhor entender este aspecto, o primeiro ponto que chama a atenção é que, devido a intensa concentração de renda existente no País, por óbvio que um direito fundamental que deveria ter abrangência a toda a população brasileira, passe por força das circunstâncias a atender apenas a parcela que detenha maiores recursos financeiros.

Um segundo ponto, também interessante, é que mesmo aqueles enquadrados nesta elite econômica brasileira, aproximadamente 80,00% não detêm renda que despertem interesse imediato do estado, seja para fins criminais ou tributários. Restam apenas 2,00% da população brasileira, estes sim pertencentes às camadas sociais mais abastadas e que, de fato, qualquer intromissão estatal a fins de verificar o correto cumprimento de suas obrigações tributárias ou a origem destes recursos, em outras palavras, se esta riqueza vêm cumprindo com sua finalidade social, é que defendem, de forma intransigente e resoluta, chegando até a mais alta corte judicial brasileira, que a mínima presença do estado para determinação de seus patrimônios individuais, à luz do artigo 145, §1º da CF/88, constitui um ato grave de atentado ao direito sagrado da intimidade, vida privada e sigilo de comunicação de dados.

Questiona-se, mais no aspecto moral do que jurídico, a validade ou mesmo, se determinadas leis, sua interpretação ou aplicabilidade não estariam eivadas de uma “inconstitucionalidade material”, mesmo que formalmente apresentem-se perfeitas.

Fica aqui o alerta do fundamento social e político que o tema desperta, ou mesmo conduz, em algumas situações, determinados julgados e manifestações emblemáticas, por parte da imprensa escrita, falada e televisionada, em defesa de algo que esconde, em seu âmago, uma forte carga ideológica e coberta de interesses particulares que não vêm ao encontro do que espera os milhões de brasileiros que não fazem parte da elite econômica do País.

3. Do objeto de estudo

Convém determinar precisamente o objeto de nosso estudo para espancar qualquer sombra de dúvida.

Trataremos primordialmente da inter-relação entre os direitos constitucionais de obrigação de sigilo e direito de propriedade. A análise abordará aspectos constitucionais, civis e tributários destes institutos, primando pela tendência atual jurisprudencial e doutrinária em detrimento dos institutos propriamente ditos, eis que as polêmicas entre estes, regra geral, foram superadas e não apresentam maiores dificuldades de assimilação e estudo.

Não nos interesse tratar exclusivamente do que é o sigilo dos dados econômico-financeiros ou o direito de propriedade, mas sim a pertinência de um, de outro, ou de ambos, tanto no aspecto abstrato e filosófico quanto no caso concreto.

Da forma como se desenvolverá a monografia, procurar-se-á demonstrar que o sigilo dos dados econômico-financeiros funciona como um manto protetivo, uma capa, uma redoma, tal qual uma concha, que protege ou situa-se numa fase preliminar do verdadeiro objeto de estudo, que no caso é a propriedade móvel que ela representa. Afastar este manto e revelar o que se esconde atrás dele, muitas vezes de forma obstinada e temerária, é nossa intenção.

O sigilo dos dados não pode ser visto como um objeto em si mesmo, como auto-suficiente, cujo exercício esgota qualquer discussão posterior. Ele não existe por si próprio, mas em função de algo. Este algo, esta causa, é a propriedade móvel, que em sua maioria é representada por títulos financeiros, contas correntes bancárias ou de aplicações financeiras, registros de ativos, etc.

Esta premissa, do direito ao sigilo dos dados econômico-financeiros como um fim em si mesmo, que vem reiteradamente sendo utilizada de forma enfática, incorre no erro de privilegiar a forma e não o conteúdo, pois sem uma devida análise do conteúdo utilizando-se como pressuposto apenas a existência de sigilo bancário faz com que sejam emitidos provimentos judiciais acobertando recursos financeiros de origem ilícita, tal como a contravenção (jogo do bicho), tráfico de drogas, contrabando de armas, sonegação fiscal, terrorismo, pedofilia, etc.

Pouco importa saber se o Estado, particularmente o Fisco, tem direito ou não ao acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário, pois isto não tem relevância no caso presente. O que realmente interessa é determinar a motivação fundamental, a relação jurídica, ou até meta-jurídica, que subsiste neste conjunto - sigilo de dados e direito de propriedade. Até que ponto um direito que a doutrina e a jurisprudência afirmam ser um direito de personalidade pode se opor ao direito de propriedade ?

Figurativamente, o direito de propriedade seria o miolo, o conteúdo, que se não exercido em conformidade com o ordenamento jurídico, em particular exercendo sua função social, contamina todo o corpo, deixando vazia a função meramente protetiva do direito ao sigilo. Desta forma, o sigilo dos dados econômico-financeiros seria apenas uma casca recobrimo um direito viciado, desnaturado em sua origem e, portanto, não suscetível à tutela de direito pessoal.

Em suma, nosso estudo abrangerá o conhecido “sigilo bancário”, doravante entendido como uma espécie do sigilo de dados econômico-financeiros e a função social da propriedade, aqui entendida como propriedade móvel, haja vista sua intrínseca relação com os dados a serem protegidos.

4. Do sigilo bancário

Segundo a pesquisa desenvolvida pela Dra. Melissa FOLMANN (2003, p.76), não se sabe ao certo a origem do sigilo bancário. Uma corrente identifica seu surgimento conjuntamente com as atividades bancárias efetuadas nos templos religiosos da antiguidade. Outra o situa como ligado à ética protestante e ao espírito capitalista na visão weberiana.

Independentemente de qual corrente se adote, o instituto do sigilo veio a favorecer e incrementar o investimento capitalista, pois a garantia e segurança dos investimentos, nos primórdios do capitalismo, dependiam em grande parte de que as operações fossem efetuadas sob segredo absoluto, pois não havia, a época, um aparato que desse segurança aos investidores e aos banqueiros, contra roubos, assaltos e pilhagens, tal qual se dispõe hoje em dia no qual imperam as transações eletrônicas.

A doutrina costuma justificar a existência do sigilo bancário, afora seu conteúdo sociológico e histórico, com dez principais teorias, quais sejam⁶:

- Teoria contratualista – O que fundamenta o sigilo bancário é o contrato firmado entre o cliente e o banco. Independentemente da existência de cláusula expressa, cabe ao banco, por dever de contrato, manter sigilo das operações de seus clientes.
- Teoria da responsabilidade civil – Essa doutrina fundamenta o sigilo bancário no dever geral de não causar dano a outrem, sob pena de responsabilização pelo dano, considerando, desta forma, a violação do sigilo como ato ilícito.
- Teoria consuetudinária – Para esta corrente, o sigilo advém dos usos e costumes, os quais vieram a integrar os contratos bancários na medida do desenvolvimento das relações comerciais.
- Teoria do segredo profissional – o sigilo bancário figura como espécie do gênero segredo profissional e em face das atividades inerentes ao seu ramo

⁶ FOLMANN, Melissa. *Interpretação Constitucional Principiológica & Sigilo Bancário*. Págs. 81-89.

de negócios, o banqueiro, por dever profissional, é obrigado a guardar segredo dos dados de seus clientes.

- Teoria da boa fé ou do dever de lisura – nesta corrente, o que rege o instituto do sigilo bancário é o caráter fiduciário da atividade bancária; a solidariedade corporativa entre as partes, que engloba o interesse do cliente na reserva de seus dados bancários e o interesse contratual, representado pela ausência de lesões de um contratante para outro.

- Teoria legalista – o sigilo bancário fundamenta-se apenas na lei, seja pela interpretação literal ou pela interpretação extensiva ou analógica. Nesta visão simplista, o fundamento do sigilo bancário decorre de sua positivação, não abarcando sistemas jurídicos nos quais o instituto não contém disposição expressa.

- Teoria do direito à intimidade dos bancos – para esta teoria, o banco enquanto empresa possui o direito à intimidade, do qual o sigilo bancário é decorrente, fazendo analogia ao segredo científico e industrial.

- Teoria mista – para os defensores desta corrente, o sigilo bancário fundamenta-se na teoria contratualista, pois decorre de uma obrigação acessória entre o cliente e o banco e na teoria legalista, pois antes de haver o contrato, a lei por si só já obriga o banco ao sigilo.

- Teoria do direito à liberdade – Na visão de Pontes de Miranda, o sigilo bancário representa uma manifestação do direito à liberdade de não emitir o pensamento ou o que se sabe.

- Teoria do direito à personalidade – Esta teoria funda-se na doutrina alemã dos círculos concêntricos, considerando o sigilo bancário como manifestação do direito à intimidade e por decorrência lógica, da personalidade humana.

Temos acima um breve resumo das principais correntes que pretendem fundamentar o direito ao sigilo bancário, cuja intenção é apenas situar o leitor e deixar patente que apesar das inúmeras tendências surgidas ao longo das últimas décadas, a

doutrina brasileira e a jurisprudência focam o sigilo dos dados econômico-financeiros primordialmente como direito de personalidade, cujo estudo mais aprofundado é objeto dos pontos seguintes.

5. Sigilo bancário: titularidades e interesses

Diferentemente de outros direitos nos quais os titulares possuem uma relação dualista, assim entendida o titular do direito e a outra parte, o terceiro que pode ser um indivíduo qualquer ou mesmo a sociedade, o que percebemos na questão do sigilo de dados é que podemos ter, além desta relação bilateral, uma outra relação, que confere um caráter de triangulação: de um lado o titular do dado econômico-financeiro, do outro a instituição depositária deste dado (banco ou administradora de cartão de crédito, por exemplo) e na outra ponta aquele que muitas vezes deseja ter acesso a estes dados, em grande parte o Estado, seja na figura das administrações tributárias, dos tribunais e conselhos de contas, das polícias constituídas quando houver interesse criminal, dos ministérios públicos ou mesmo do poder legislativo no caso de Comissões Parlamentares de Inquérito. Este terceiro também pode ser uma instituição privada, tal como um instituto de pesquisa, uma grande loja de departamentos ou um conglomerado financeiro.

Distinguem-se portanto, três sujeitos: o titular do direito de propriedade móvel e do direito de sigilo; o depositário e o terceiro interessado em ter acesso a estes dados.

Do exposto acima, percebe-se que o depositário nem sempre é figura essencial, eis que os dados do titular não necessariamente estão em contas gráficas da instituição depositante. Necessário sim a existência do titular e do terceiro interessado.

Quanto ao titular dos dados e respectivos direitos incidentes, é fato que este exercendo sua vontade, poderá livremente dispor de tais direitos, tanto o acesso aos dados como a alienação dos bens que representam.

O depositário somente poderá permitir o acesso dos dados do titular a terceiro interessado sob expressa autorização do titular ou por determinação legal, seja decorrente de ato judicial ou previsão em lei. Fora destas hipóteses não há

possibilidades de acesso ou transferência dos dados para terceiros sem incorrer em ato ilícito, passível de tipificação penal e/ou ressarcimento de danos civis.

Quanto ao terceiro interessado, estando do outro lado da relação jurídica, somente terá acesso aos dados ou deles se apropriar se o titular assim o permitir ou por determinação legal, seja decorrente de ato do Poder Judiciário ou por expressa disposição em lei.

Em realidade, a relação primordial é aquela oposição de interesses que se estabelece entre o titular do direito e o terceiro ou entre o depositário e o terceiro, visto que a grande totalidade dos casos abarca a quebra do sigilo contra o titular a favor do Estado figurando como terceiro, quando este demanda contra o próprio titular ou contra aquele que detém os dados que necessitam serem investigados (o depositário).

Estabelecidos os conceitos iniciais, passemos desde logo ao estudo do tema.

CAPÍTULO II – REVISITANDO OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

1. O direito de personalidade na doutrina

Direitos de personalidade, como o próprio nome revela, dizem respeito à pessoa, ao ser humano. O vocábulo pessoa advém do latim *persona* e primitivamente significava máscara. Os atores da antiguidade romana adaptavam ao rosto uma máscara, provida de disposição especial destinada a dar eco às suas palavras. A máscara era uma *persona* porque fazia ressoar a voz do ator⁷. Intuitivamente podemos concluir que os direitos de personalidade dizem respeito àquilo que existe de mais íntimo em toda pessoa.

Civilistas do porte de Silvio Rodrigues⁸, ao tratar do direito de personalidade, ressalta que estes são inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligada de maneira perpétua e permanente. Entre eles podemos incluir o direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem, sua honra, sua vida privada, etc.

Uma característica marcante dos direitos de personalidade é que, por estarem tão ligados à pessoa humana, escapam de qualquer conotação patrimonial, sendo, portanto, via de regra, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Neste sentido, é de uma clareza ímpar o Código Civil de 2002 que em seu artigo 11 afirma textualmente: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Sobressai-se no estatuto civil pátrio a preocupação de resguardar os direitos da personalidade de qualquer influência externa, podendo-se exigir que cesse a ameaça ou lesão ao direito, com direito a reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções legais (artigo 12 do Civil de 2002).

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. Pág. 56.

⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*. Pág. 81.

No magistério de Sílvio de Salvo Venosa,⁹ apoiando-se na doutrina de Antonio Chaves (*in* Tratado de Direito Civil, São Paulo – Revista dos Tribunais, 1982), os direitos de personalidade ou personalíssimos relacionam-se com o direito natural, constituindo o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade. Diferem dos direitos patrimoniais, eis que o conteúdo econômico destes direitos é absolutamente secundário. Os direitos de personalidade são inatos ao próprio homem desde o nascimento. Repete os atributos característicos de tais direitos, quais sejam: irrenunciabilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade e inova ao afirmar que não têm cunho patrimonial, mas pertenceriam ao patrimônio moral da pessoa humana.

Evidencia-se que os principais civilistas brasileiros convergem nos mesmos aspectos fundamentais dos direitos de personalidade, demonstrando que tais direitos são indisponíveis, isto é, seu titular, no caso a pessoa humana, não pode exercer livremente sua vontade sobre tais direitos, não podendo, mesmo sob sua conveniência e acordo, renunciar, transigir, alienar ou deixar de exercer os chamados direitos de personalidade, eis que estes não estão sob a esfera da vontade individual de cada detentor, mas são atributos da própria personalidade humana, deles fazendo parte desde o nascimento e até mesmo depois da morte.

Na doutrina lusitana, o jurista Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁰ caracteriza os direitos de personalidade como gerais (acessíveis a todos), extra-patrimoniais (embora as suas violações possam originar uma reparação em dinheiro, não têm, em si mesmos, valor pecuniário) e absolutos. Destaca que estes direitos constituem um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa. Da maneira idêntica aos doutrinadores pátrios, ensina que:

V - Os direitos de personalidade são inalienáveis e irrenunciáveis, dada a sua essencialidade relativamente à pessoa, da qual constituem o núcleo mais profundo. Constituem o mínimo necessário e imprescindível da personalidade. Neste sentido podem dar-se-lhe hoje as consabidas denominações da escola do direito natural racionalista: 'direitos inatos' e 'direitos originários'.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – parte geral*. Pág. 141.

¹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Pág. 207, 211.

Podemos fazer um contraponto em toda esta unanimidade, visto que ela foi construída e consolidada em época em que tais direitos diziam respeito unicamente à pessoa física, ao ser como pessoa.

Hodiernamente tem se procurado ressaltar que também as pessoas jurídicas são detentoras de determinados direitos de personalidade, principalmente os relativos à imagem e ao nome comercial, pois se lesionados podem a vir acarretar danos irreparáveis.

Ora, é inconteste que tanto patrimônio quanto a personalidade das pessoas físicas e jurídicas são distintas, não se confundindo em nenhum momento. Recorde-se os artigos 2º e 45¹¹ do código civil pátrio para afastar qualquer dúvida. Sendo assim, pretender tratar os direitos de personalidade como um todo conciso e indivisível é no mínimo de uma imprudência ímpar.

O artigo 52 do nosso Código Civil literalmente dispõe que se aplica às pessoas jurídicas, **no que couber**, a proteção dos direitos de personalidade. Se a própria lei excetua a aplicação uniforme dos direitos de personalidade, não poderá o doutrinador ou jurista esquivar-se deste comando.

Extraí-se, portanto, que não é correto afirmar-se que o sigilo dos dados econômico-financeiros, tratados como direitos de personalidade, estejam uniformemente abrangidos pelos princípios constitucionais da intimidade, privacidade e vida privada. Não consigo vislumbrar que a pessoa jurídica seja detentora de uma intimidade ou vida privada tal qual uma pessoa física. No máximo, sua “vida privada” ou privacidade fica restrita aos atos negociais e comerciais, afora isto, nada há que caracterize uma profunda invasão de sua intimidade que venha a ferir um direito personalíssimo, tal qual seria na pessoa física que detém informações acerca de atos íntimos, tais como hábitos, relações pessoais, enfermidades incuráveis, etc.

Demonstra-se que a proteção constitucional aos direitos de personalidade previstos nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição tem aplicação relativa,

¹¹ CC/2002. Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inserção do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações porque passar o ato constitutivo.

principalmente em se tratando de dados econômicos, cuja titularidade atribuída a uma pessoa física ou jurídica obriga a que os conceitos de intimidade e vida privada não tenham alcance ou interpretação única.

2. O direito de personalidade como direito constitucional

A discussão sobre o tema merece e deve ser levantada sob o aspecto constitucional. Dar status constitucional aos direitos de personalidade representam, sobretudo, uma garantia e uma vitória da humanidade, principalmente após longos períodos de afronta e desrespeito aos direitos mais básicos, advindos de sociedades totalitárias, déspotas e tiranos das mais variadas estirpes.

Não é objeto deste trabalho desenvolver o tema da teoria dos direitos constitucionais fundamentais. Basta dizer que é incontroverso na doutrina e na jurisprudência, que os direitos de personalidade compõe o núcleo dos direitos fundamentais.

Estes direitos assumem diversas denominações, o que não impede de se afirmar que os direitos fundamentais do homem inseridos na constituição representam situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

José Afonso da Silva¹² tece alguns comentários a respeito das principais características dos direitos fundamentais, destacando sua origem jusnaturalista (que nesta visão tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis e imprescritíveis). Afastando a conotação jusnaturalista, o eminente jurista afirma que tais direitos são titulares dos seguintes atributos;

- Historicidade – são históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Neste aspecto ressalta que o caráter histórico rechaça toda a fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

¹² SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. Pág. 185.

- Inalienabilidade – são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Por terem extensão universal e irrestrita, são direitos indisponíveis;
- Imprescritibilidade – Como direitos personalíssimos, nunca deixam de ser exigíveis. Neste ponto faz um paralelo com os direitos patrimoniais, que se não exercidos em determinado lapso de tempo, perdem sua exigibilidade;
- Irrenunciabilidade – Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite que sejam renunciados.

Convém ressaltar a estreita e íntima relação entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais constitucionais à luz da doutrina nacional.

É de primordial importância saber da posição do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, eis que fundamenta a grande maioria dos doutrinadores brasileiros, não obstante a pedra fundamental do seu trabalho ter origem na escola germânica.

Para Canotilho, os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, naquilo que denominou de dimensão jusnaturalista-universalista. Os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. O mestre lusitano situa, portanto, os direitos do homem num plano filosófico e social. A concretização e positivação destes direitos nos ordenamentos jurídicos vigentes seriam os chamados direitos fundamentais.

Ao tratar propriamente dos direitos de personalidade, começa afirmando que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Prossegue o mestre¹³ em sua explanação:

“Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (p.ex. direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física,

¹³ CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Pág. 396.

direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir (vir a ser)”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.”

3. O sigilo dos dados econômico-financeiros como direito de personalidade

É corolário de toda a argumentação feita até agora que o sigilo dos dados econômico-financeiros é tratado pela jurisprudência e pela doutrina como direito de personalidade. No plano constitucional insere-se entre os direitos fundamentais constantes do artigo 5º.

Em quase a totalidade dos autores brasileiros e estrangeiros, o sigilo bancário está sob a égide do direito à intimidade e à privacidade. No que concerne à doutrina nacional, tal posicionamento revelou-se fortemente embasado após a previsão constitucional deste instituto nos artigos da constituição federal de 1988, como podemos verificar abaixo:

“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;

.....

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

Alexandre de Moraes¹⁴ ao comentar a previsão constitucional dos direitos acima, destaca que intimidade e vida privada, apesar de possuírem pontos em comum, não devem ser tomados como sinônimos. A intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Pág. 72.

a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.

O mesmo autor, ao tratar do sigilo de comunicações, aqui expressamente incluídos o sigilo bancário, prega que esta proteção constitucional deve ser sempre analisada sob os princípios da intimidade e vida privada, sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, que pretende assegurar ao indivíduo sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político¹⁵.

Podemos extrair do pensamento do Alexandre de Moraes que o mesmo é defensor ferrenho de que o sigilo bancário está inserido no direito à privacidade, pois textualmente afirma em sua obra que¹⁶:

“Com relação a esta necessidade de proteção à privacidade humana, não podemos deixar de considerar que as informações fiscais e bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos congêneres do Poder Público, constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica”. (grifo nosso)

José Afonso da Silva¹⁷, ao tratar do tema prefere incluir no gênero direito à privacidade, as espécies insertas no inciso X do artigo 5º da CF/88, quais sejam, o direito à intimidade e o direito à vida privada. Entende por privacidade o “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. Trás à baila que a doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooley, em 1783, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*. “O *right of privacy* compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, *o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada*”.

¹⁵ Vide artigo do prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 1, 1992.

“sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos”.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Pág. 83.

¹⁷ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. Pág. 209.

Como se pode facilmente perceber, embora José Afonso da Silva não o diga textualmente, da forma como colocada no parágrafo anterior, o direito à privacidade pode ser inserto num direito maior: o direito de liberdade.

Avançando ainda mais neste raciocínio, é corrente que a nossa constituição federal está assente num princípio maior, princípio este que segundo a doutrina não pode ser afastado sob nenhuma hipótese, sob pena de ruir todo o arcabouço de nossa sociedade. Este princípio é o princípio da dignidade humana, para onde convergem todos os outros¹⁸. Não por acaso, este princípio está contemplado no Título I – Dos Princípios Fundamentais, inciso III de nossa carta magna.

Uma abordagem que intenta justificar a inclusão do sigilo bancário como direito à intimidade é a da doutrina alemã com a teoria dos círculos concêntricos¹⁹. Durante a sua existência, o homem enquanto ser social possui quatro esferas de manifestação de sua personalidade, as quais vão se reduzindo conforme o nível de relações estabelecidas: público, privacidade, intimidade e sigilo.

A esfera pública refere-se aos relacionamentos com o mundo em geral, sem qualquer distinção entre as pessoas que se relacionam com o indivíduo. No círculo seguinte, da privacidade, as situações, informações, ações e atos tornam-se mais restritas, atingindo um grupo mais íntimo, onde a confiança, a troca de informações, testemunhos e sentimentos passam a fazer parte destes relacionamentos – caracteriza este grupo o círculo social familiar. No círculo relativo à intimidade, onde aqui se encaixa o conceito defendido pelo Juiz americano Cooley, o sujeito passa a ter o direito de ser deixado em paz. Nesta esfera, a do encontro consigo mesmo, seus problemas, alegrias, limitações e problemas mais profundos dizem respeito apenas a ele e a mais ninguém.

Por derradeiro, a esfera do sigilo. Aqui o sujeito detém o direito de não revelar informações sobre si mesmo ou de outros para terceiros, que não advenha de foro

¹⁸ De acordo com Eros Roberto GRAU (A Ordem econômica na Constituição de 1988, págs.175-176). “85. A dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como *fundamento* da República Federativa do Brasil (art. 1º,III) e como *fim* da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput* – ‘a ordem econômica...tem por fim assegurar a todos existência digna’)...Embora assumida concreção como direito individual, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.”

¹⁹ FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. Pág. 106

próprio (do exercício de sua própria liberdade) ou de alguma norma legal. Neste aspecto desponta o sigilo profissional; aquele no qual o dever de não revelar informações dos clientes tem origem não apenas em normas legais positivadas, mas também em princípios do ordenamento jurídico, tais como o da boa-fé, da confiança, do *pacta sunt servanda*, etc.

O gênero sigilo comporta várias espécies, como por exemplo: sigilo de correspondência, sigilo bancário, sigilo profissional do médico, dentista, advogado, do pecador ao sacerdote, etc.

Independente da classificação doutrinária adotada, o que se deve ter em mente é que o sigilo dos dados econômico-financeiros (ou popularmente conhecido como sigilo bancário) é tratado pela doutrina como direito de personalidade, mais especificamente como direito à intimidade (ou privacidade, como preferem alguns) e à vida privada.

4. O sigilo dos dados econômico-financeiros na jurisprudência

Quase que a unanimidade da jurisprudência, ao decidir sobre intervenções na esfera privada dos particulares, via de regra decorrentes de quebra do sigilo bancário pelo estado para fins tributários ou investigação criminal, mantém a mesma postura da doutrina, ressaltando, *prima facie*, que a lesão principal dá-se por violação do direito à intimidade, sem adentrar no mérito ou na questão da função social da propriedade, isto é, se o direito violado merece a tutela jurídica pleiteada.

Veja-se, por exemplo, parte do voto do Ministro do STF, Dr. Marco Aurélio, relator do Mandado de Segurança nº 21.729-4 de 05/10/95, (Banco do Brasil S/A X Procurador Geral da República). Diga-se, de passagem, ser este mandado de segurança paradigmático na questão relativa ao sigilo bancário.

“Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob a proteção no disposto dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial.” (grifo nosso).

No mesmo mandado de segurança, o voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa traça um resumo histórico de todo o instituto do sigilo bancário, justificando sua inclusão

como direito de personalidade. A seguir, transcrevo os principais pontos relativos a este voto, os quais podemos resumir da seguinte forma:

- No Brasil, o sigilo bancário era norma consuetudinária recebida do Direito Imperial;
- A primeira norma de direito positivado sobre a questão do sigilo bancário é o artigo 17²⁰ do Código Comercial de 1850;
- Somente a autoridade judicial tem o poder de devassar o sigilo bancário, através do devido processo legal, sendo tal acesso impedido às demais autoridades;
- O sigilo bancário não é absoluto. Citando o Desembargador Nelson Hungria – *“já não há que falar no segredo profissional como um dever absoluto. Todo dever tem sua razão e limite na utilidade social e não pode deixar de ser, portanto, relativo. A noção do dever de silêncio é tudo quanto há de menos absoluto..... a inviolabilidade do segredo, mesmo o confiado aos chamados confidentes necessários, é de ordem pública eminentemente relativa.”* (grifo nosso);
- Os bancos são organizações de caráter coletivo. Apesar de sua finalidade comercial, não podem desenvolver suas atividades de maneira anti-social;
- Com o passar do tempo, atenuou-se o caráter absoluto outrora concedido ao sigilo bancário, pois em suas palavras, “o ladrão que depositasse o dinheiro furtado em um banco teria o produto do crime resguardado da apreensão pelo poder público e da reivindicação da vítima”.

O ponto nevrálgico levantado pelo Ministro Maurício Corrêa e que reflete a posição da mais alta Corte Judicial do País é que, indiscutivelmente, o direito ao sigilo bancário pertence à categoria maior do direito à privacidade, destinado exclusivamente a proteger o indivíduo. Não visa proteger operações bancárias fictícias – que não têm

²⁰ 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.

privacidade a ser juridicamente protegida – nem pode ser invocado para acobertar crimes ou outros ilícitos, sejam administrativos ou civis.

Prevalece o entendimento de que a proteção constitucional visa tutelar apenas as decorrentes de operações lícitas, em conformidade com o ordenamento jurídico. Em nossa visão, apenas aquelas que cumprem sua função social.

Poderíamos apresentar inúmeras decisões judiciais que retificam a linha jurisprudencial adotada. Limitamo-nos a reproduzir a ementa de recente decisão do TRF da 4ª Região, datada de 17/07/2004.

TRF 4ª REGIÃO – 8ª TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA nº 5437

DECISÃO EM 30/06/04 – DJU EM 14/07/04

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. PERMISSÃO LEGAL. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, X E XII DA CF. INOCORRÊNCIA.

1. **Não há no sistema constitucional brasileiro direito ou garantias individuais de caráter absoluto.** As liberdades previstas no artigo 5º da Lei Maior devem ser interpretadas à luz do princípio da razoabilidade, devendo ceder quando está em jogo, principalmente, o interesse público. Assim, o sigilo bancário e/ou fiscal – extensão do direito à vida privada estabelecido no inciso X do referido dispositivo legal – também deve submeter-se a esse regramento, sob pena de ocorrer indevida supremacia do interesse particular frente ao coletivo. Para evitar possíveis abusos por parte dos órgãos estatais no tocante à privacidade e intimidade das pessoas, qualquer procedimento visando a quebra de sigilo deve ser devidamente fundamentado, mencionando a efetiva necessidade da medida.
2. Na hipótese, demonstrada a pertinência das informações fiscais para o deslinde da persecutio criminis in iudicio, não há falar em ofensa a direito líquido e certo da impetrante.
3. Ordem denegada. (grifo nosso)

Em suma, o sigilo dos dados econômico-financeiros é inserido nos direitos de intimidade e vida privada, com status constitucional à luz do artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal, majoritariamente pela doutrina e jurisprudência nacionais.

Não obstante, não apresentam caráter absoluto, devendo ceder quando há colisão entre o direito individual e o interesse público, assim definido como interesse cujo titular é a sociedade, e não um direito momentâneo sob a manifestação do governante de plantão.

Apenas a título de argumentação, e valendo-se unicamente do aspecto tributário, o disposto no artigo 145, III, § 1º da Constituição²¹ é um excelente exemplo

²¹ **Art. 145.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

da relatividade com que são revestidos o sigilo de comunicação de dados econômico-financeiros, pois se assim não o fossem, estaria o Estado, na figura das administrações tributárias, impedido de ter acesso a quaisquer dados bancários, sob qualquer pretexto, mesmo que houvesse necessidade de investigação criminal por crimes contra a ordem tributária ou lavagem de dinheiro. Este parágrafo contém o chamado “princípio da capacidade contributiva”, o qual afirma que os sujeitos de direitos serão tributados conforme a capacidade de suas riquezas, razão pela qual há necessariamente que haver uma relativização do sigilo de comunicação de dados para que tal princípio seja efetivamente respeitado.

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (grifo nosso)

CAPÍTULO III – A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

1. Da propriedade ao direito de propriedade

A propriedade está inserida num conceito maior que é o de patrimônio. Individualmente contempla a noção jurídica de bem.

Clóvis Bevilacqua, em sua *Teoria Geral do Direito Civil*²², inicia conceituando bem como tudo aquilo que corresponde à solicitação dos nossos desejos. Para a economia política, o bem é tudo aquilo que concorre para satisfazer a uma necessidade humana. Distingue, o mestre, que juridicamente o conceito de bem não se confunde com sua acepção econômica, eis que há bens que não tem caráter econômico, mas mesmo assim são tutelados pelo ordenamento jurídico.

Os bens, tomados inicialmente numa visão exclusivamente física, palpável, constituem uma universalidade, um patrimônio e estes representam um prolongamento da personalidade sobre as coisas²³. Este conceito, sumamente importante, do patrimônio como uma projeção econômica da personalidade, é retomado na doutrina nacional por muitos autores, mas prova-se que tal visão não é tão recente assim, pois a obra pesquisada é da década de 50.

Ao tratar do conceito de patrimônio, Carlos Alberto da Mota Pinto²⁴ o vê como um conjunto de relações jurídicas. Em sua concepção, só podem fazer parte do patrimônio as relações jurídicas suscetíveis de avaliação pecuniária. Destoando de alguns doutrinadores, Mota Pinto não vislumbra o patrimônio como uma universalidade, pois não se trata de um objeto jurídico único, eis que o direito não trata este conjunto de relações jurídicas patrimoniais como uma entidade distinta de seus componentes. Conceitua patrimônio como um conjunto atomístico de relações jurídicas e não uma unidade (tal situação dar-se-ia apenas no caso de sucessão hereditária).

²² BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil* – atualizada. Pág. 207.

²³ A citação é extraída da obra do Dr. Clóvis Bevilacqua (op. cit., pág. 210), mencionando Raoul de la Grasserie in “Classification scientifique du droit”, p. 27.

²⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. págs. 342 a 345.

Merece destaque que parte da doutrina repousa o conceito de propriedade num complexo de relações jurídicas entre o sujeito e o objeto, naquilo que se conceituou de escola não-personalista, a qual admite que exista semelhante relação entre um ser vivo e um objeto.

A teoria personalista defendida por Planiol, combate esta tese e afirma que relação jurídica só pode ocorrer entre sujeitos. O direito real pressupõe sujeito ativo, sujeito passivo e objeto. No caso do direito de propriedade, o sujeito ativo é o proprietário; o objeto é a coisa possuída e o sujeito passivo é a coletividade em geral. Sob este aspecto, o proprietário tem um direito *erga omnes* de não ser perturbado ou esbulhado em sua propriedade.

Neste sentido e reafirmando o conceito doutrinário de propriedade, é significativo o artigo 1.225 do atual Código Civil Brasileiro, que afirma com todas as letras ser a propriedade um direito real.

Celso Ribeiro Bastos²⁵ define o direito de propriedade como um direito subjetivo, consistente em assegurar a uma pessoa o monopólio da exploração de um bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente queiram a ela se opor. Acentua sua origem no direito natural e pontua, historicamente, como marco e fundamento das constituições atuais, o artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁶ de 26 de agosto de 1789.

Por uma questão lógica e histórica, todo discurso acerca do direito de propriedade é remetido e visto sob o ângulo proeminente da propriedade imóvel. Assim foi e assim tinha sido até poucos anos atrás, no qual a propriedade fundiária constituída a maior parte da riqueza de um indivíduo. Com a evolução da sociedade e do capitalismo, surgiram outras espécies de propriedade, não ligadas a terra, mas uma propriedade volátil, móvel, representada pelo dinheiro em espécie, pelo dinheiro escritural (contas correntes em instituições financeiras, títulos e valores mobiliários, ações, etc), bem como jóias, metais preciosos e objetos de arte.

²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Pág. 191.

²⁶ Art. 17. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

Este tipo de propriedade móvel adquiriu importância e sobrepoujou, econômica e financeiramente, em termos de valor, liquidez, fungibilidade (aqui exclusivamente para os ativos monetários) e conversibilidade, a propriedade imóvel.

Preliminarmente cabe acentuar que, a previsão constitucional relativa ao direito de propriedade e sua função social²⁷, não se reduzem apenas às propriedades fundiárias, apesar da importância histórica e atual que detém, razão pela qual ambos os institutos jurídicos devem ser plenamente aplicados aos dados econômico-financeiros.

Num primeiro momento há que se distinguir o direito de propriedade com a propriedade em si. A matriz constitucional protege o direito de propriedade, isto é, garante ao proprietário extrair, da forma que melhor lhe aprouver, desde que em conformidade com os ditames legais, os frutos advindos da propriedade. Não garante, especificamente, o elemento material ou imaterial da propriedade, mesmo porque se assim fizesse, iria chocar-se frontalmente com a regra constitucional que prevê que a propriedade, esta sim como elemento fático, deverá atender a função social.

O direito de propriedade situa-se entre os direitos reais, que são aqueles nos quais há uma relação jurídica entre o sujeito e o objeto. Para Sílvio Rodrigues, esta espécie de direito é aquele no qual submete ao poder absoluto da vontade do proprietário, a coisa possuída²⁸.

Uma definição mais interessante provém de Washington de Barros Monteiro, que caracteriza os direitos reais como o complexo das normas disciplinadoras das relações jurídicas referentes aos bens corpóreos, suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem²⁹.

²⁷ **Art. 5.º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

XXII- é garantido o direito de propriedade.

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

²⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – direito das coisas*. Pág. 74.

²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – direito das coisas*. Pág. 8

O proprietário detentor da coisa pode usar, gozar e dela dispor, naquilo que a doutrina consagrou como *jus utendi, fruendi e abutendi*³⁰. O *jus utendi* implica a possibilidade de usar a coisa de acordo com a vontade do proprietário e a de excluir estranhos de igual uso.

O *jus fruendi* implica no poder de colher frutos naturais e civis da coisa, bem como explorá-la economicamente, aproveitando de seus produtos.

O *jus abutendi* dá ao proprietário da coisa de aliená-la quando assim o desejar.

Além disto, os direitos de propriedade comportam o chamado “direito de seqüela”, que é aquele que dá ao proprietário o poder de perseguir a coisa e reavê-la de quem a detiver injustamente.

O conjunto dos direitos de propriedade acima referidos está plenamente reconhecido pela legislação no artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro³¹.

O direito de propriedade possui três atributos específicos fartamente consagrados por todos os estudiosos da matéria: ele é absoluto, exclusivo e perpétuo.

Por absoluto, entende-se que o proprietário pode dispor, com as devidas limitações legais, da coisa da forma mais ampla que o direito lhe permite. A exclusividade decorre de que o domínio da coisa é exercido pelo titular sem concorrência de outrem. O direito de um sobre determinado objeto exclui o direito de outro sobre esta mesma coisa.

Na inteligência de Washington de Barros Monteiro³²:

“Desses dois caracteres essenciais da propriedade, absoluto e exclusivo, decorre que ela é também irrevogável. Nessas condições, por ser ela absoluta, tudo o que o proprietário legalmente dispuser sobre a coisa deve ser mantido e produzir os efeitos desejados; por ser exclusiva, segue-se que não pode estar na vontade de quem quer que seja fazê-la cessar contra o intento do proprietário. Assim, uma vez adquirida, a propriedade em regra não pode ser perdida senão pela vontade do proprietário. É irrevogável ou perpétua, no sentido de que subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa legal extintiva.”

³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história – lições introdutórias*. Pág. 405. “Segundo Piccineli (apud Mela, 1990:257), a definição contemporânea de propriedade aparece pela primeira vez em François Hotman (1524-1590), jurista huguenote francês, expressa pela fórmula *dominium est ius utendi et abutendi re sua (quatenus iuris ratio patitur)*. Antes disso, a propriedade, *dominium*, era tratada, como a junção de dois domínios, o útil e o iminente, que era, no sistema feudal, mais episódica do que essencial.

³¹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

³² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – direito das coisas*. Pág. 84.

2. O direito de propriedade e os direitos da personalidade

Podemos constatar que direitos reais e pessoais possuem, cada um, características distintas, o que torna fácil de perceber que o sigilo dos dados econômico-financeiros está inserido no campo dos direitos personalíssimos, ao passo que os dados constituem âmbito dos direitos reais.

Para melhor enfatizar estas diferenças o quadro a seguir resume algumas qualidades que a doutrina pátria e estrangeira destacam³³:

	DIREITO REAL	DIREITO PESSOAL
INSTITUIÇÃO	Por lei, taxativamente. Impõe um dever jurídico a todos.	Por lei ou contratos.
AÇÃO EM VIRTUDE DE VIOLAÇÃO	<i>Erga omnes</i> . Ação direcionada a quem detiver a coisa jurídica indevidamente. É direito absoluto.	Ação pessoal direcionada ao sujeito passivo da relação jurídica. É direito relativo.
OBJETO	Coisas corpóreas e incorpóreas	Prestação do devedor
LIMITE	São direitos limitados – <i>numerus clausus</i> . Em número definido pelo Código Civil.	Ilimitado. Os contratos podem ser nominados e inominados.
ABANDONO	É típico, característico.	Não tem como ocorrer.
EXTINÇÃO	Conserva-se até a constituição de uma situação contrária em proveito de outro titular.	Pela inércia do sujeito.
DIREITO DE SEQÜELA	Segue o objeto onde quer que se encontre.	Inexistente.
USUCAPIÃO	Modo de aquisição pelo decurso de tempo.	Inexistente.
POSSE	Suscetível por ser exterioridade do domínio.	Inexistente.
DIREITO DE PREFERÊNCIA	Restrito aos direitos reais de garantia.	Inexistente.

Sem embargos, devemos ter em mente que o sigilo dos dados econômico-financeiros não pode ser visto apenas sob ângulo do direito de personalidade. Como se demonstra, há outros elementos tão ou mais importantes do que ferir ou quebrar suposto direito pessoal.

A comparação acima tem por finalidade, além de explicitar a particularidade de cada espécie de direito real ou pessoal, evidenciar que não é apropriado quereremos

³³ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. *A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada*. Págs. 121 e 122.

aplicar de forma genérica determinados institutos jurídicos, os quais somente tem seu âmbito de validade quando devidamente contextualizados.

Perceba-se a distinção fundamental entre sigilo de comunicação dos dados e o conteúdo destes dados. Primeiramente estamos tratando não dos elementos fáticos *in concreto*, mas sim de sua representação contábil, financeira ou como queira identificar-se. Mesmo porque, eventual acesso ao conteúdo destes dados, seja por interesse fiscal ou criminal, dar-se-á em momentos temporais subseqüentes à efetiva existência destes recursos monetários. Isto significa que, a não ser em raríssimas ocasiões, estaremos sempre olhando o passado e extraíndo destes dados pretéritos, informações ou conclusões que levam a caracterizar ou não a existência de fatos ilícitos. No instante em que tal verificação é efetuada, aqueles recursos objetos de análise já não mais estarão à disposição do órgão investigador, caso pretenda adotar alguma espécie de tutela cautelar. Muito provavelmente estarão ocultos sob outra forma de patrimônio (imóveis, participações societárias, obras de arte) ou fora do País em algum paraíso fiscal e de difícil acesso ao Estado Brasileiro.

Por este motivo, o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal contempla quatro espécies de sigilo de comunicação: correspondência, telegrafia, dados e telefonia. Este último, dado seu caráter de instantaneidade, é permitida a gravação ao mesmo tempo em que se processa a mensagem. Nos demais, cujas características permitem o armazenamento destes dados (repita-se, não da materialidade fática a que estes dados representam), é possível uma verificação *a posteriori*.

Este é mais um ponto a favor da relatividade dos direitos personalíssimos a que pretendem alguns autores jungir o sigilo dos dados econômico-financeiros. Ora, que espécie de afronta a direito de personalidade existe na investigação de contas correntes bancárias e/ou de aplicações financeiras que são apenas representações gráficas de algo que sequer possa ainda existir no mundo real no momento de tal auditoria?

Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁴ ataca bem esta questão ao afirmar que “a distinção é importante. Sigilo não é o bem protegido, não é o objeto do direito

³⁴ FERRAZ Jr.. Tércio Sampaio. Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites a função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. Págs. 198-146.

fundamental. Diz respeito à faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito”.

Como bem ressaltou o eminente professor da USP, a faculdade de resistir ao devassamento é uma espécie de liberdade negativa, que não é um fim em si mesmo, mas é um instrumento fundamental cuja essência é a de ser acessório. Contrapõe-se, pois, ao objeto do sigilo, ao conteúdo protegido³⁵.

E é este conteúdo, que, representativo de recursos monetários e financeiros, sendo indubitavelmente propriedade móvel, e possuidores das características inerentes a esta espécie de direito real, devem cumprir com a função social que lhes é prevista a nível do ordenamento jurídico constitucional.

3. A função social da propriedade na doutrina e na legislação brasileira

O exercício dos direitos de propriedade, outrora absolutos, veio sendo limitado com o decorrer do tempo, atendendo a uma evolução histórica, eis que no momento atual o princípio da função social muito bem caracteriza esta mitigação dos direitos do proprietário.

O Código Civil dá inúmeros exemplos da limitação ao exercício pleno dos direitos de propriedade (vide o capítulo V relativo aos direitos de vizinhança). Temos também outras leis especiais (Lei do Condomínio – Lei nº 4.591/64, Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei nº 6.766/79, Lei do Inquilinato – Lei nº 8.245/91, Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001, etc.).

A subsunção da propriedade à sua função social é a mais importante limitação constitucional do exercício absoluto que detém o proprietário, não obstante doutrinariamente fixar-se uma diferença entre os institutos: As limitações da propriedade, previstas principalmente no código civil pátrio dizem respeito, sobretudo, ao exercício do direito, ao passo que a função social da propriedade é afeta à estrutura deste direito. Limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando-se simplesmente a atividade do proprietário. A função social tem caráter de

³⁵ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Op. cit. “A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.”

princípios, eis que ela é conexa ao uso da propriedade e sua repercussão em toda a sociedade; há um interesse envolvido não apenas individual, egoísta, mas, em primeiro lugar, de âmbito social. Nas palavras de José Afonso da Silva³⁶, “a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.”

O jurista Sílvio Rodrigues³⁷ nas linhas seguintes nos dá um panorama das transformações por que passaram a propriedade privada ao citar diversos estudiosos. Para Duguit, a propriedade não é um direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor de riqueza. Assim, a coisa deve ser gerida visando o melhor rendimento e no interesse de todos.

Josserand, ao tentar justificar as invasões feitas pelo legislador no direito de propriedade, utiliza o conceito de abuso de direito. O abuso, a seu ver, é o desvio que sofre o direito em sua função. Para este jurista, os direitos subjetivos existem, mas não são absolutos. Têm um fim que os ultrapassa. São direitos-função e devem ser exercidos, não segundo os caprichos do proprietário, mas sob o plano da função a que correspondem. Se isto não acontecer, seu exercício é abusivo.

É certo que qualquer restrição ao direito de propriedade deverá ser fundado na Constituição Federal. A Lei deverá, sempre, estar em conformidade com o mandamento maior.

A função social da propriedade aparenta estar aliada a uma concepção econômica, como se o uso da coisa determinasse o grau de interesse a que o Estado tivesse poderes de intervenção. Esta característica moderna do direito de propriedade afasta-se da concepção clássica, do direito abstrato, de caráter perpétuo e que era usufruído independentemente do exercício deste direito. Vale dizer, a propriedade não era perdido pelo seu não-uso.

Não podemos extremar este fundamento econômico da função social da propriedade, pois não apenas ela legitima e determina a propriedade, sob pena de que esta desapareça tão logo a utilização econômica deixe de se fazer presente.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Pág. 286.

³⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – direito das coisas*. pág 85.

A função social implica outras variáveis que não apenas a econômica, mas também o uso correto, adequado aos costumes e moral do momento histórico da sociedade, a sua utilização para fins lícitos conforme o direito positivado, etc.

A propriedade, como direito fundamental, deve harmonizar-se com os fins legítimos da sociedade e, mesmo que não houvesse explícita destinação social, fica implícito que o seu exercício pleno ficaria limitado a outros direitos fundamentais.

Segundo Celso Ribeiro Bastos³⁸:

Portanto, há uma perfeita sintonia entre a fruição individual do bem e o atingimento da sua função social. Só esta harmonia e compatibilização podem explicar porque os países que mais se desenvolvem economicamente são os que o fazem sob a modalidade do capital privado. Isto, contudo, não significa dizer que o titular da propriedade não possa vir a abusar do seu direito como, de resto, qualquer outro titular de uma relação jurídica. Na medida em que haja o uso degenerado, exclusivamente personalista e egoísta, até mesmo deturpado à luz dos interesses pessoais do próprio possuidor, o direito de propriedade vai expor-se a sanções fundamentalmente de duas ordens: as decorrentes da infringência às normas do poder de polícia, ou então à perda da propriedade na forma da Constituição. A função social visa a coibir as deformidades, o teratológico, os aleijões, digamos assim, da ordem jurídica. (grifo nosso)

No mesmo diapasão segue José Afonso da Silva³⁹ ao afirmar que:

Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do direito privado. Por isso, deveria ser prevista apenas com uma instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e de Portugal (art. 62). É verdade que o art. 170 inscreve *a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica* (incs. II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: *assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.* Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio. (grifo nosso)

Outro aspecto a considerar é que a Constituição não excepcionou ou limitou sua função social apenas para as propriedades imóveis. Este instituto abrange a propriedade urbana, rural, industrial, de bens de consumo ou de produção, de uso pessoal, de capital, etc. A propriedade não pode ser recepcionada apenas do ponto de vista fundiária, mas atualmente exige uma concepção múltipla, abrangendo diversos tipos, cada um dos quais assume um aspecto característico.

³⁸ Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. Pág. 194.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Págs. 273-274.

Toda a discussão teórica anterior teve como objetivo, além de contextualizar e conceituar a função social da propriedade, deixar claro que, por óbvio, os dados econômico-financeiros são espécie de propriedade móvel, e como corolário, estão também submetidos ao comando constitucional e ao princípio da função social da propriedade.

Se assim é, qualquer desrespeito a este princípio poderá acarretar a legítima e necessária intervenção estatal, venha ela de seus órgãos administrativos ou judiciários, eis que estes atuam, não em nome do governo em exercício como Estado atuante, mas sim nos poderes instituído em nome da sociedade organizada e dos princípios constitucionais que norteiam a República Federativa do Brasil.

Também o prof. Luis Edson Fachin⁴⁰ discorre sobre a função social da propriedade e ressalta que a introdução desta corresponde a uma alteração conceitual do regime de propriedade privada, no sentido de que sobre o regime tradicional é aplicado o da função social, de indisfarçável utilidade contemporânea

Ao tratar da função social da propriedade, Gustavo TEPEDINO (Temas de Direito Civil, 2000: pág. 274) destaca que à propriedade não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar sua função social. Na seqüência de seu pensamento, afirma que esta visão social da propriedade altera radicalmente o entendimento tradicional que se tinha a respeito deste instituto – não mais ela representa uma relação jurídica entre sujeito e objeto, mas a determinação de seu conteúdo dependerá de centros de interesse extra-proprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Ponto que merece destaque em seu pensamento é que⁴¹:

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu “perfil interno” e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um “massimo sociale”.

Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização.(grifo nosso)

⁴⁰ FACHIN, Luis Edson. *Da propriedade como conceito jurídico*. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol 621, ano 76, pág.24.

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. São Paulo. Editora Renovar, 2000. Pág. 281.

É salutar encontrar na doutrina uma afirmação tão expressiva e indubitável na sua literalidade acerca daquilo que vimos afirmando desde o início do trabalho: de que a função social da propriedade dá novos contornos ao objeto, condicionado à sua utilização em conformidade com os princípios constitucionais, e mais, aplicável a todo e qualquer tipo de propriedade. Em não sendo observada, perde a tutela protetiva que o ordenamento jurídico prevê e está sujeita às sanções que o Estado prevê em tais situações.

Com a Constituição de 1934, em seu artigo 113.17, pela primeira vez, a Carta Magna fez expressa referência às relações entre propriedade e função social. A Constituição de 1937 é silente quanto a este instituto, que ressurge no artigo 147 da Constituição de 1946.

Na constituição de 1967, novamente a função social da propriedade é contemplada como princípio da ordem econômica e social no original artigo 157, posteriormente renumerado para artigo 160 com a Emenda Constitucional 01/69.

Na Constituição de 1988 houve uma inovação: tanto a propriedade quanto a sua função social assumem uma dupla função - são reconhecidos como pertencente a categoria dos direitos fundamentais e também inseridos no capítulo referente à ordem econômica e social⁴².

O atual Código Civil de 2002 também trata da propriedade e da função social, (diferentemente do código de 1916 que era omissis nesta questão) no artigo 1.228:

42 “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:

.....

XXII- é garantido o direito de propriedade;

XXIII- a propriedade atenderá a sua função social;

.....

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I- omissis;

II- propriedade privada;

III- função social da propriedade;

IV- omissis;

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§2º. O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. (grifo nosso)

Este artigo 1.228 do CC/2002 contempla os princípios constitucionais previstos nos artigos 5º e 170 da Constituição Federal, sendo que qualquer interpretação acerca da função social da propriedade, obrigatoriamente passa por estes dois comandos constitucionais, cuja exegese recomenda a aplicabilidade conjunta e não excludente de cada um deles, pois o direito individual do proprietário somente será garantido se este visar, além do benefício próprio, que também tenha reflexos positivos na ordem econômica e social do País.

4. A função social da propriedade na ordem econômica e social

Da forma como a Constituição prevê no artigo 170, a função social da propriedade é princípio basilar da ordem econômica e social, pois é claro que o uso, gozo e a disposição do bem podem e devem ser regulados de maneira que se acomodem às conveniências sociais a fim de cumprir o mandamento constitucional.

Uma primeira concepção que se tem é que, por estar inserido no capítulo referente à ordem social e econômica, a função social da propriedade se resumiria em cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais relativas a esta configuração jurídica. Aqui se exalta a necessidade de que o bem seja posto em aptidão para produzir sua utilidade específica, ou, no mínimo, que seu uso não se faça em desacordo com a utilidade social.

A doutrina critica esta postura e visão meramente econômica pois não põem em pauta exigências e uma ordem social mais justa em relação aos economicamente hipossuficientes. Não haveria preocupações com a chamada justiça distributiva.

A segunda concepção da função social da propriedade comporta não apenas o aspecto econômico, a maximização da utilidade do bem, mas principalmente engloba a justiça distributiva, entendida esta de alcance geral e irrestrito, não visando apenas alcançar as camadas menos favorecidas, mas antes de tudo garantir a viabilidade econômica das atividades comerciais, industriais e de serviços, enfim, dar respaldo jurídico à livre circulação de bens e mercadorias de forma a beneficiar todos. Para Celso Antonio Bandeira de Melo⁴³, atribui-se à propriedade o caráter de um direito vocacionado a atender à finalidade do desenvolvimento econômico e da justiça social.

Vemos que a propriedade tem um papel fundamental no exercício de suas funções econômicas, não se restringindo meramente a concepções individualistas. Aliás, Carlos Ayres Brito⁴⁴ denuncia o absurdo perfil individualista da propriedade-bem-de-produção. Em suas palavras:

Daí poder-se concluir, mais tecnicamente, que as linhas de rosto da propriedade permanecem moldadas no gesso de um tradicionalíssimo direito subjetivo, que se inscreve em alto relevo no catálogo dos direitos e garantias individuais. Mas com uma diferença de vulto: a propriedade bem-de-produção ainda transpõe o cercado dos direitos e garantias individuais e vai receber novo regramento no título da ordem econômica e financeira e, no fim das contas, ganha nova proteção constitucional. (grifo nosso)

Ao inserirmos os dados econômico-financeiros no rol das espécies de propriedade privada sujeitas ao correto exercício de sua função social, não o fizemos a puro alvitre, mas sim abalizados na mais significativa doutrina nacional e internacional. Veja-se, por exemplo, o que diz José Afonso da Silva⁴⁵ a respeito do tema:

Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque, submetendo-o aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela só é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social.

.....

Já estudamos a *função social da propriedade*, quando examinamos o conteúdo do disposto no art. 5º, XXIII, segundo o qual *a propriedade atenderá a sua função social. Isso aplicado ali à propriedade em geral, significa, estender a todo e qualquer tipo de propriedade.* O art. 170, III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça

⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*. Revista de Direito Público, , nº 84, pág. 45.

⁴⁴ BRITO, Carlos Ayres. *Direito de propriedade*. Revista de Direito Público. Nº 91, pág. 48.

⁴⁵ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Págs. 778-780.

essa tese, mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social.

Em Eros Roberto Grau encontramos a seguinte menção⁴⁶:

A propriedade, afirmada pelo texto constitucional, reiteradamente, no art. 5º, no inciso XXII do art. 5º e no art. 170, III, não constitui um instituto jurídico, **porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens.....**(grifo nosso).....

Aí, incidindo **pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção**, é que se realiza a *função social da propriedade*. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como *função social da empresa.....*(grifo nosso)

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem.....

O princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito-jurídico-positivo de propriedade (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais em sua interioridade. (grifo nosso)

O pensamento espelhado por José Afonso da Silva e Eros Roberto Grau, não obstante terem abordado apenas os bens de produção e sua vinculação com as pessoas jurídicas, é de notável alcance e pode ser perfeitamente aplicado a qualquer bem que venha a propiciar ou incrementar a produção econômica, esteja sob a titularidade de pessoa física ou jurídica.

5. Reflexos pontuais do descumprimento da função social da propriedade na ordem econômica e social

A este ponto do trabalho é quase que óbvio e ululante admitirmos que ao não respeitar sua função social, uma propriedade que seja representada por dados econômico-financeiros (p. ex. ações, contas correntes e aplicações financeiras), além de não dever ser tutelada pelo ordenamento jurídico e ficar sujeita às sanções que o Estado determinar (se houver previsão legal para tanto), ele causa outro impacto ainda não devidamente explorado pelos juristas.

Exemplifiquemos: Certo sujeito de direito, pessoa física ou jurídica, desenvolvendo determinada atividade ilícita, obtém grande soma de recursos e “lava”

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. Pág. 211-214.

estes recursos, seja sob a forma de aquisição das mais diversas espécies de propriedade. Admitamos, a título de simplificação, que se trate simplesmente de mera⁴⁷ sonegação fiscal.

Este agente econômico irá operar no mercado com uma vantagem significativa sobre a concorrência que recolhe em dias seus tributos. Os custos deste sujeito estarão minimizados tendo em vista não contemplarem os encargos tributários correspondentes.

Num primeiro momento, em eventual ação do estado contra este contribuinte, irá alegar, por óbvio, que seus dados fiscais estarão protegidos pelo manto sagrado do sigilo de comunicação de dados e pelo direito de intimidade e vida privada. Com toda certeza, passará ao largo de questionar como seus recursos foram obtidos e se eles cumpriram com a função social que lhe é exigida. Salta aos olhos que pagar tributos incidentes sobre qualquer tipo de propriedade também é decorrência do exercício da função social da propriedade.

O que acontecerá caso o Estado seja impedido de verificar estes dados econômicos sob a égide do artigo 145, §1º da Constituição Federal, prevalecendo unicamente a tese de ofensa a direito de personalidade? Respondemos sem qualquer sombra de dúvida: De duas uma; ou o bom contribuinte será retirado do mercado visto não ter condições econômicas de compatibilizar seus custos com a concorrência, ou este contribuinte também parte para a ilicitude, haja vista que tem empregados, fornecedores e familiares que dependem de sua atividade econômica.

Perde o governo na arrecadação de impostos, perde a sociedade em ver incrementada e incentivada, via colaboração do Poder Judiciário, a sonegação fiscal (utilizamos aqui o conceito popular de sonegação fiscal e não o técnico, eis que este é atualmente espécie do gênero Crimes contra a ordem tributária). Imagine-se tal

⁴⁷ Aqui, mera sonegação fiscal no sentido de que, infelizmente, o legislador entende este ilícito como de menor potencial ofensivo, razão pela qual ainda persiste a possibilidade de extinção da punibilidade via pagamento do tributo. Diz o artigo 34 da Lei nº 9.249 de 26/12/1995. “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”. (grifo nosso)

repercussão caso o exemplo abordasse o tráfico de armas e drogas, o financiamento às atividades terroristas, dos jogos de azar, etc.

Adentramos aqui, com este singelo exemplo, em repercussões econômicas e sociais que não foram ainda devidamente incorporadas pela via legislativa: são as chamadas externalidades.

No exemplo citado, há várias repercussões sociais advindos do não cumprimento da função social da propriedade, devidamente materializada na falta de recolhimento de tributos. Possibilidade de saída do mercado de empresas que operam na legalidade com o conseqüente aumento do desemprego, queda na circulação de riquezas pois temos um agente econômico a menos operando no mercado, com reflexos em fornecedores e clientes; atração à informalidade; queda na arrecadação tributária, concorrência desleal, etc.

Tudo isto são variáveis nas quais aparece o aspecto da existência de externalidades econômicas, cujo legislador muitas vezes não leva em questão, seja na elaboração das leis, seja em sua aplicabilidade quando há necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

No magistério de Fábio Ulhôa Coelho⁴⁸:

Toda atividade econômica insere-se necessariamente num contexto social, e, assim, gera custos não apenas para o empresário que a explora, mas, em diferentes graus, também para a sociedade. A indústria polui o ar, esgota fontes de matéria prima, reclama investimentos públicos em infra-estrutura etc. Gera, por assim dizer, custos sociais, que poderão ou não se compensar com os benefícios que a mesma atividade econômica propicia para a sociedade, como a geração de empregos diretos e indiretos, atendimento aos consumidores, criação de novos negócios, etc. A equação entre os custos e benefícios sociais nem sempre é equilibrada. Alguns agentes econômicos podem usufruir mais benefícios que os custos despendidos, outros o inverso, ensejando o que tecnicamente se denomina “externalidade” ou “deseconomia externa”.

.....
Externalidade é conceituada como todo o efeito produzido por um agente econômico que repercute positiva ou negativamente sobre a atividade econômica, renda ou bem-estar de outro agente econômico, sem a correspondente compensação. (grifo nosso)

Segue Ulhôa Coelho em seus ensinamentos, destacando que há dois desdobramentos jurídicos da noção de externalidade: a forma de se distinguirem as

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial de acordo com o novo código civil. Vol. 1. São Paulo. Ed. Saraiva, 2002. pág. 32 a 35.

relevantes das irrelevantes e a eleição de mecanismos para a compensação das externalidades relevantes. Ao primeiro, a forma de distinção guarda relação com mudanças comportamentais e evolução de valores. O segundo desdobramento diz respeito ao processo de internalização das externalidades, naturalmente efetuado pelo legislador quando da emissão de normas jurídicas que tratem destes mecanismos de compensação.

De antemão, é fácil concluir que as autoridades fazendárias brasileiras, face ao reduzido aparato estatal para um combate efetivo à sonegação, preferem, às nossas custas, optar pelo caminho mais fácil. Por via transversa internalizam as externalidades decorrentes da sonegação fiscal via aumento da carga tributária, seja nos impostos diretos ou indiretos, já que é de fácil arrecadação e a relação custo/benefício é favorável ao governo. Por este procedimento o governo estipula o valor necessário da arrecadação para fazer frente às despesas do Estado e então reajusta alíquotas e bases de cálculo dos tributos para atingir esta meta. Como disse, indiretamente ele resolve este tipo de externalidade.

É interessante verificar que esta repercussão advinda de externalidades negativas, isto é, comportamentos não adequados à função social da propriedade, também é tratada na literatura estrangeira. Frank H. Stephen⁴⁹ afirma que:

Os direitos de propriedade especificam normas de comportamento com relação àquilo que cada um precisa observar na interação com os outros ou o castigo por sua não-observância. O sistema predominante dos direitos de propriedade é por conseguinte o grupo das relações econômicas e sociais, definindo a posição de cada indivíduo no que diz respeito à utilização dos recursos escassos.

.....

Um dos propósitos principais de cada exigência é prevenir o uso incompatível da terra. **Em outras palavras, o sistema é uma forma de regulamentação pública designada para prevenir a geração de externalidades no uso comum da terra.** É comum os economistas fazerem distinção entre externalidades tecnológicas e pecuniárias. Somente a primeira é relevante nas questões de eficiência distributiva; a última representa uma redistribuição de rendas. **Entretanto, quando os argumentos da função do bem-estar social** incluem questões de distribuição assim como de eficiência (como seguramente é feito no mundo real), ambas as externalidades são relevantes para a política pública. (grifo nosso)

⁴⁹ STEPHEN, Frank H. Teoria Econômica do Direito. Tradução Neusa Vitale; revisão técnica Robert Troster. São Paulo: Makron Books, 1993. págs. 11-12, 83.

É patente a preocupação do jurista americano a repercussão que o mau uso da propriedade acarretará a outros agentes econômicos. Para tanto, defende a intervenção estatal como forma de regular as externalidades advindas desta utilização indevida.

Para nossa surpresa, quase nenhuma jurisprudência ou artigo atenta para esta questão das externalidades negativas como decorrência da inobservância da função social da propriedade. Majoritariamente, as decisões judiciais acerca do sigilo de comunicação de dados (sigilo bancário), intimidade e vida privada, quando muito buscam seu fundamento na relevância do interesse público sobre o particular. Não que tais decisões careçam de fundamentação jurídica, pelo contrário, mas somente na literatura estrangeira, particularmente americana, é que se verifica o alto grau de importância dado ao impacto oriundo do descumprimento da função social da propriedade, com destaque na repercussão junto aos agentes econômicos. É incontestável que num País onde a livre iniciativa e a livre concorrência são fundamentais para a manutenção do gigantesco aparato americano, o aspecto econômico seja predominante.

Um exemplo extraído da legislação pátria acerca de sanções aplicáveis pelo uso indevido da propriedade, leia-se “não observância de sua função social” é contemplado na Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998, mais conhecida como Lei sobre lavagem de dinheiro. Diz o texto legal:

LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998

Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DOS CRIMES DE “LAVAGEM” OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

- I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- II - de terrorismo;
- III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

- IV - de extorsão mediante seqüestro;
- V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;
- VI - contra o sistema financeiro nacional;
- VII - praticado por organização criminosa.

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

- I - os converte em ativos lícitos;
- II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;
- III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

- I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;
- II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

.....

CAPÍTULO III DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Art. 7º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

- I - a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de crime previsto nesta Lei, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (grifos nossos)

Observe-se que a lei de lavagem de dinheiro indiretamente aborda a questão da função social da propriedade, aplicando inclusive sanção específica de apropriação estatal destes bens, quando originários de atividade criminosa.

O que vale a pena destacar é que, mesmo que ditas propriedades exerçam, como de fato exercem, a atividade econômica para a qual foram destinadas, cumprindo assim uma faceta dos direitos de propriedade, a econômica, o fato é apenas este aspecto não se sobrepõe ao explícito descumprimento da função social de que foram originários. Belo exemplo de que a função social da propriedade não se resume apenas em seu caráter econômico, mas, por questões de princípio, deve ser exercida em conformidade com o ordenamento jurídico constitucional.

Por certo, nenhuma das etapas relativas à lavagem de dinheiro ilícito comporta qualquer espécie de “função social da propriedade”. Daí porque ser extremamente relevante o Judiciário e a doutrina despertarem para este ponto, eis que acobertados pelo “sigilo bancário” escondem-se diversas organizações criminosas, movimentando vultosas quantias de dinheiro e utilizando-se duma aparência de legalidade por meio de diversas empresas estabelecidas no mercado brasileiro.

Tratando da questão da perda da propriedade em decorrência da prática de crime de lavagem de dinheiro, é interessante observar o pensamento de Eros Roberto Grau, a respeito do assunto⁵⁰:

153. Ainda no que tange à propriedade, o tratamento conferido àquela dotada de função social é contraditório.

Deveras, esta – a propriedade dotada de função social – **justifica-se, como vimos, pelos seus fins, seus serviços, sua função, é justamente sua função que a legitima.**

Assim, se a partir deste ponto deixarmos fluir coerentemente o raciocínio, forçosamente concluiremos que a propriedade dotada de função social, que não esteja a cumpri-la, já não será mais objeto de proteção jurídica. Ou seja, já não haverá mais fundamento jurídico a atribuir direito de propriedade ao titular do bem (propriedade) que não está a cumprir sua função social. Em outros termos: já não há mais, no caso, bem que possa, juridicamente, ser objeto de direito de propriedade. (grifo nosso)

Mais uma vez salta aos olhos a necessidade de revisão de conceitos relativos ao sigilo dos dados econômico-financeiros e o papel importantíssimo da função social atrelada a estes dados. Fazer tábula rasa deste conceito, permanecendo apenas na superfície do direito e obstando a sociedade, através do estado, de verificar se determinada propriedade móvel exerceu ou exerce sua função social, implica em muitas vezes compactuar com organizações da mais alta periculosidade.

Além da função social da propriedade, outros princípios são fortemente atingidos quando ocorrem estas externalidades: **referimo-nos aos princípios da livre concorrência, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego.**

De suma importância para a consecução dos objetivos sociais do País, a ausência de mecanismos efetivos que combatam a circulação de dinheiro ilícito no meio econômico contribuem para que existam situações de forte desequilíbrio em

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. A Ordem econômica na Constituição de 1988. Pág. 299.

razão da não absorção dos custos tributários pelos agentes econômicos que operam na ilegalidade, o que torna seus custos de transação mais atraentes, prejudicando a livre concorrência, o mercado sadio e aumentando a concentração de riquezas, contrário, portanto, ao espírito de justiça social e levando à bancarrota pequenos e médios empresários. Direta e indiretamente são afetados todos os princípios constitucionais anteriormente mencionados.

6. O princípio da proporcionalidade X o sigilo dos dados econômico-financeiros e a função social da propriedade

Estabelecidas as premissas básicas pertinentes ao sigilo dos dados econômico-financeiros e da função social da propriedade, caminhamos tranquilamente para a solução deste silogismo, à moda Aristotélica.

Identifica-se portanto, o conflito entre dois princípios basilares do ordenamento jurídico: a prevalência do direito de personalidade ou do direito de propriedade. A solução do caso concreto requer o tratamento devido nos casos em que há colisão de valores fundamentais.

J.J. Canotilho⁵¹, ao tratar do princípio da proporcionalidade, situa sua origem no problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. Este princípio foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como por princípio da proibição de excesso foi erigido à dignidade de princípio constitucional. Na qualidade de regra de razoabilidade – *rule of reasonableness* – desde cedo começou a influenciar a jurisprudência dos países da *Common Law*.

Através deste princípio, o juiz tenta avaliar em cada caso concreto as dimensões do comportamento razoável, tendo em conta a situação fática e a regra do precedente.

⁵¹ CANOTILHO J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Págs. 266-271, 1281.

O jurista português afirma que do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, derivam outros três sub-princípios:

- O princípio da conformidade ou adequação, que impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à execução do fim ou fins a ele subjacentes;
- O princípio da exigibilidade ou da necessidade, também conhecido como princípio da menor ingerência possível, acentua a idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível em relação à ação do estado;
- O princípio da proporcionalidade em sentido estrito – quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coativa do poder público para alcançar determinado fim, mesmo assim é de se perguntar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Este princípio também é conhecido como princípio da justa medida. Através dele, meios e fins são colocados lado a lado e mediante um juízo de ponderação, é avaliado se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim pretendido. Trata-se, pois, de pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Entre os juristas pátrios, Paulo Bonavides⁵² destaca que o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Não destoa, deste modo, da doutrina portuguesa. Com extensa pesquisa na doutrina internacional, Bonavides acentua que a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais.

Na mesma esteira que Canotilho, o autor pátrio identifica três elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade (chamados também de conteúdos parciais ou sub-princípios):

- Pertinência ou aptidão – o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim;

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Págs. 356 e segs.

- Necessidade – a medida não há que exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária. De dois males, faz-se mister escolher o menor;
- Proporcionalidade “strictu sensu” – consiste na própria proporcionalidade tomada em sentido estrito. A escolha recai sobre o meio ou meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

Da obra de Luis Roberto Barroso⁵³, ao tratar do princípio da proporcionalidade, situa sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. Deste jurista, extraímos a seguinte lição:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior interente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum; aos valores vigentes em dado momento e lugar.

É fundamental, portanto, que na aplicação do princípio da proporcionalidade, haja uma correta adequação e necessidade, com vista a causar o menor prejuízo em razão da intervenção estatal, e que os meios utilizados sejam proporcionais, razoáveis, em relação aos fins pretendidos. Utilizando-se de um exemplo simplista, seria plenamente aplicável o princípio da proporcionalidade numa hipótese de contratar a Banda dos Fuzileiros Navais do Rio de Janeiro para alegrar determinada festa infantil. Música e diversão terão todos os convidados, mas esta não será adequada, necessária e proporcional ao fim pretendido. O meio utilizado (a banda) para atingir o fim pretendido (alegrar os convidados) não está conforme o princípio da proporcionalidade. É este o sentido que se deseja alcançar quando da interpretação deste princípio constitucional.

Ao tratarmos da questão referente a necessidade ou não da quebra do “sigilo bancário” e a função social dos respectivos dados objeto do devassamento, entra em cena a aplicabilidade deste princípio. Faz-se uma ponderação dos princípios

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Págs. 198 e 204.

constitucionais em jogo: o que é mais razoável? Permitir o acesso aos dados econômico-financeiros de determinado sujeito, violando assim seu direito de intimidade, sigilo de comunicação e vida privada ou não permiti-lo. Os dados objeto da devassa cumpriram a função social que lhes é exigida? Devemos ou não dar uma “carta de alforria” a um contumaz sonegador de tributos com o único pretexto de suposta violação de direito personalíssimo em detrimento de toda a sociedade?

Tais questões podem e devem ser perquiridas por ocasião da manifestação do julgador. Veja-se, por exemplo, parte do acórdão do STJ abaixo, de recente publicação (17/06/2004):

HABEAS CORPUS Nº 28.005 - ES (2003/0060293-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

IMPETRANTE : JOSÉ ARCISO FIOROT E OUTRO

ADVOGADO : DANIEL FONSÊCA ROLLER E OUTROS

IMPETRADO : PRIMEIRA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

PACIENTE : MARINO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME TRIBUTÁRIO. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL.

1.

2. **O ora Paciente, incluído na categoria de isento da apresentação da Declaração de Rendimento anual, exercendo atividade de auxiliar de escritório com remuneração mensal declarada de R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais), teve uma movimentação bancária na ordem de R\$ 1.673.992,42 (um milhão, seiscientos e setenta e três mil, e quarenta e dois centavos), conforme se verificou com a quebra do sigilo bancário do ora Paciente, determinado pela Justiça Federal. Evidência de indícios de materialidade e de autoria do delito investigado. (grifo nosso)**

3.

4.

5. O direito ao sigilo das informações bancárias e fiscais, eminentemente de caráter individual, não pode ser absoluto, a ponto de obstaculizar a legítima ação do Estado no sentido de, no interesse coletivo, zelar pela legalidade; ao revés, é sempre mitigado quando contraposto ao interesse maior da sociedade, e restarem devidamente evidenciadas circunstâncias que justifiquem a medida, como ocorre *in casu*. (grifo nosso)

O item 2 deste acórdão é significativo e concorre para confirmar a tese aqui esposada: direito de personalidade X função social da propriedade X princípio da proporcionalidade.

Ora, seria razoável não permitir o acesso do estado a um cidadão, que se declara isento do imposto de renda pessoa física, exercendo a atividade de escriturário, com rendimento mensal de apenas R\$ 230,00, mas que teve uma movimentação bancária de mais **de um milhão e seiscentos mil reais!**

Evidentemente estamos diante de um caso de utilização de interposta pessoa (laranja) para acobertar recursos que o titular destes não quis que o estado tivesse acesso. Muito provavelmente é dinheiro fruto de sonegação fiscal. Pergunta-se: qual a função social existente em conta corrente bancária cuja movimentação expressiva seu suposto titular faz questão de permanecer inacessível aos órgãos públicos?

Somente haverá superioridade do interesse coletivo, quando se trata de afastamento de determinado princípio constitucional, em relação às questões atinentes à propriedade, todas as vezes que esta deixar de cumprir sua função social, o que é o caso analisado neste acórdão. Não há outra hipótese, na esfera constitucional, de intervenção do estado na propriedade alheia e que exija a superação do direito pessoal de sigilo, a não ser em caso de descumprimento de sua função social, isto é, a propriedade deixa de atender aos reclames da sociedade no que se refere ao correto uso e destinação. É o caso em comento.

10. A colisão de princípios constitucionais

O exemplo explorado no item anterior apenas trás à tona a questão da colisão entre princípios constitucionais.

Baseando-se na doutrina de R. Alexy, J.J. Canotilho⁵⁴ primeiramente destaca a diferença entre regras e princípios. Em linhas gerais, os princípios têm um grau de abstração maior do que as regras; os princípios, por serem mais abstratos, carecem de mediações concretizadoras, ao passo que as regras são suscetíveis de aplicação imediata; os princípios desempenham um papel fundamental no ordenamento jurídico, eis que são normas balizadoras de toda uma estrutura; os princípios são padrões juridicamente vinculantes enquanto as normas desempenham um papel mais funcional

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Pág. 1.148 e seguintes.

e, por último, os princípios são fundamentos das regras, desenvolvendo uma função que Canotilho chama de “normogenética”.

Regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção; elas situam-se no campo da validade: ou uma regra é válida e deve ser aplicada ou ela não é válida e não pode ser aplicada.

Os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não operam, como as regras, no âmbito de validade; do tudo ou nada; do proibido ou permitido. Os princípios apenas impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica.

Como os princípios não atuam da mesma forma que as regras, sua aplicabilidade ou não diante do caso concreto não invalida outro princípio, mas apenas afasta-o, permanecendo íntegro tal qual o princípio escolhido.

O constitucionalista português trata muito bem a questão da prevalência de um princípio sobre o outro conforme vemos a seguir⁵⁵:

Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*. Se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., a alta probabilidade de o julgamento público de um indivíduo por em risco o seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada justificará, nesse caso, o adiamento da audiência de discussão e julgamento. O direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da ação penal. Do mesmo modo, a colisão entre o direito à vida, mais concretamente, o direito a nascer, e o direito à interrupção da gravidez por motivos criminógenos (a gravidez resulta de um crime de violação), só pode decidir-se quando se demonstre que, num caso concreto, o nascituro é “filho do crime”, podendo o legislador solucionar o conflito, excluindo, nestes casos, a ilicitude ou a culpa no comportamento dos intervenientes na interrupção da gravidez. Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do *direito constitucional de conflitos* deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. **Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação** só poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso que o outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso. (grifo nosso)

Destacamos no texto acima transcrito que a ponderação e o juiz de prevalência só ocorrerão após a análise do caso concreto e conforme as circunstâncias em que este

⁵⁵ CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Pág. 1.258.

se apresente. E não poderia ser de outro modo, eis que em razão do grau de abstração que é inerente aos princípios, estes não concretizam situações específicas, como as regras, razão pela qual exige-se sua verificação “caso a caso”, para determinar a prevalência ou não de determinado princípio.

No caso em estudo, quando verificarmos um conflito de entre o direito de sigilo de comunicação com a função social da propriedade, cada um sob o império de um tipo específico de princípio constitucional, vimos que a solução dada por Canotilho remete, além da verificação do caso “*in concreto*”, a utilização do princípio da proporcionalidade, pois somente através deste exercemos um verdadeiro juízo de ponderação, que designará, com a exata medida, quais dois princípios deverá prevalecer em detrimento do outro.

Conjuga-se, portanto, mediante a utilização dum terceiro princípio (princípio da proporcionalidade), na análise da cada situação fática e suas circunstâncias, a solução mediante um juízo de ponderação, a harmonização dos princípios em conflito visando apurar a prevalência ou relação de prevalência de um sobre o outro.

CAPÍTULO IV - CONCLUSÕES

Na introdução desta monografia, deixamos antever qual seria a lógica adotada pelo trabalho, de tal forma que conduzisse o leitor a ele mesmo, pelo seu próprio raciocínio, a chegar às mesmas conclusões que ora em diante se discute. A apelação em mandado de segurança ali apresentada ressalta o conflito objeto da análise: sigilo bancário versus interesse público.

Este conflito majoritariamente tem sido conduzido de forma a se fixar a discussão apenas nas preliminares, ou seja, naquilo que denominei de “manto protetivo”, que é a argumentação preferida dos advogados na defesa dos interesses dos sujeitos eventualmente instados a fornecer seus dados econômico-financeiros ao Estado, seja pela via administrativa ou judicial.

O capítulo I, de primordial importância, visou fixar o universo de pessoas atingidas para se ter apenas uma idéia de que o assunto tratado remete mais à elite econômica e financeira do País do que à grande massa da população brasileira. Apesar da análise ter sido limitada ao conjunto de pessoas físicas, não incluindo as pessoas jurídicas, ficou patente que devido a grande concentração de renda brasileira, limita a aplicação prática desta norma constitucional a estes universos de pouco mais de 3,00% da população, o que invariavelmente leva a que também sejam concentrados os interesses particulares e ideológicos, em confronto com o que esperaria grande parte da nossa sociedade. Neste sentido é que procura-se dar ênfase à necessidade de que os dados bancários também têm uma função social a cumprir.

Delimitamos o objeto de estudo aos dados bancários como propriedade móvel, abordamos o que seja sigilo bancário e identificamos os sujeitos participantes da relação jurídica.

Ainda na introdução, deixamos claro que não seria objeto de estudo, como de fato não o foi, o sigilo bancário sob o aspecto tributário. Afastamos de vez a intenção de limitar o assunto sob uma visão pró-fisco ou pró-contribuinte, visto que para a finalidade aqui pretendida pouco importa se o acesso aos dados econômico-financeiros

dá-se pela via administrativa ou judicial. O enfoque pretendido é outro. A análise apenas pelo lado tributário revelar-se-ia limitada e porventura tendenciosa e parcial.

O capítulo II foi dedicado a uma breve visão do sigilo bancário na doutrina e na jurisprudência. É de se ressaltar aqui a corrente dominante que insere o sigilo dos dados econômico-financeiros como um direito de personalidade, ora tratando-os como direito à intimidade, ou à privacidade ou mesmo como o direito sagrado de não permitir o acesso aos seus dados com fundamento no sigilo de comunicação.

A conclusão mais lógica a respeito do tema é que, não obstante opiniões em contrário, a doutrina e a jurisprudência já consagraram o “sigilo bancário” como um direito de personalidade, de índole constitucional, porém e em nenhuma hipótese absoluto. Em minha opinião o resguardo das informações confidenciais relativas à vida privada, a relacionamentos pessoais, condições particulares ou preferências e hábitos que só dizem respeito ao indivíduo, devem permanecer sob proteção constitucional e só devem ser devassados quando há em jogo um interesse de tal forma mais relevante que justifique sua permissão a terceiros. Simples registros contábeis, que demonstram apenas a movimentação financeira, revelam-se pobres e fracos em argumentação para pretender abrigá-los sob o manto protetivo do sigilo à intimidade e ao sigilo das comunicações de dados. Somente quando revelam características pessoais é que urge a aplicação da norma constitucional em comento. Fácil concluir que dados bancários relativos a compra de imóveis, financiamentos, aplicações financeiras não fazem parte do núcleo irredutível da privacidade, pois se o fizessem, o Estado não poderia investigar a conhecida “lavagem de dinheiro”, onde recursos de origem ilícita (tráfico de drogas e armas, desvio de dinheiro público, sonegação fiscal, etc.) circulam livremente no mercado com toda aparência legal que o aparato jurídico pode fornecer.

Sem sombra de dúvidas, os dados econômico-financeiros possuem algumas qualidades inerentes aos direitos de personalidade, mas estas tem caráter limitado, funcional, aplicação restrita (prevista, aliás, no próprio código civil) e não natural, eis que peca pela falta de atributos essenciais que são características destes direitos, tais como: irrenunciabilidade – ao contrário do que acontece com direitos de personalidade, o sigilo dos dados econômico-financeiros pode perfeitamente ser

renunciável ao talante de seu titular, diferentemente de um direito à vida, por exemplo; imprescritibilidade – o sigilo dos dados econômico-financeiros está condicionado à prescrição ou decadência do objeto principal, que são os dados bancários. Como estes padecem de prescrição, o próprio sigilo perece junto, eis que se revelados após determinado prazo fatal, de nada adianta ao estado ou terceiro interessado ter acesso a estas informações, pois sua utilidade seria zero. Compare-se tal situação com o direito de reconhecimento de paternidade/maternidade – este não prescreve nunca, pois todo ser humano tem direito a saber quais são seus genitores e até o último dia de sua vida pode exercer este direito; intransmissibilidade – neste aspecto então, o sigilo bancário também não é contemplado, eis que o sigilo pode e em certos momentos deve ser transmissível. Quando o correntista faz um depósito bancário, o sigilo destes dados financeiros é transferido para a instituição financeira; quando ele apresenta sua declaração de imposto de renda, o sigilo sobre os dados contidos em sua declaração também é transferido para a Receita Federal. Impensável semelhante atitude no caso de disposição do próprio corpo, como por exemplo, na doação de órgãos. Não posso transferir este direito a terceiros. Somente o titular pode exercê-lo. Ouso afirmar que o sigilo dos dados econômico-financeiros tende mais para um direito de caráter patrimonial do que um direito de personalidade.

No capítulo III partimos de uma noção básica do que seja a propriedade, fazendo distinções importantes entre os direitos de personalidade e os direitos reais, de tal forma que ficou comprovado ser impossível pelo arcabouço jurídico atual pretender tratar o sigilo dos dados econômico-fiscais apenas como um direito pessoal, sem levar em consideração ou ao menos vislumbrar os possíveis efeitos decorrentes da não observância da função social que estes dados devem respeitar.

Explorados os conceitos iniciais, foi importante perceber que os dados econômico-financeiros, como categoria de objetos sujeitos a uma tutela jurídica, eis que adquirem na sociedade atual uma importância ímpar, são espécie de propriedade móvel. Vários juristas de renome nacional e internacional contribuíram para eliminar qualquer restrição neste sentido, afastando dúvidas porventura existentes de que a

função social da propriedade prevista no dispositivo constitucional aplicar-se-ia apenas para os bens imóveis.

Outra questão de relevância e que foi suscitada no trabalho é o simples fato de que a função social da propriedade e ela mesma estão contempladas em dois capítulos distintos da Constituição Federal: o dos direitos e garantias individuais e da ordem econômica e social. Apenas este fato, despercebido por muitos – por conveniência ou ignorância, demonstra e nos leva a concluir toda a carga de relatividade existente no binômio sigilo bancário e função social.

Como não se trata de um instituto afeto apenas aos direitos e garantias fundamentais, a inclusão deste no artigo 170 da Constituição Federal nos remete a seus princípios e a repercussão na sociedade, todas as vezes que este tipo de propriedade não atende a sua função social. José Afonso da Silva e Eros Roberto Grau, confirmam a conclusão já antecipada neste trabalho, eis que foi de uma feliz surpresa encontrarmos tal assertiva no conceito por ele explorado e denominado de “função social da empresa”, a qual, sem sombra de dúvidas, remete e fundamenta-se nos mesmos princípios defendidos aqui para a função social dos dados econômico-financeiros.

Deixamos claro que o descumprimento da função social acarreta uma série de sanções advinda dos estados, desde o exercício do poder de polícia (multas e medidas administrativas coercitivas) até a perda da propriedade.

Provamos através de um simples exemplo (corriqueiro por sinal), que ao descumprir sua função social, uma propriedade tal qual a representada por dados financeiros, causa repercussões expressivas através das externalidades econômicas. O custo destas externalidades econômicas é arcado por toda a sociedade através do aumento da carga tributária, bem como pelo desequilíbrio causado no mercado, afetando diretamente outro princípio constitucional também importante: o princípio da livre concorrência. Verificamos aqui que estes custos incluem a queda da atividade econômica, o aumento do desemprego e o incremento da atividade informal. Indiretamente, pela diminuição dos recursos públicos, o estado vê-se

obrigado a diminuir seus investimentos sociais, sendo lesionado outros princípios: o da redução das desigualdades regionais e sociais e o da busca do pleno emprego.

Trouxemos como exemplo de perda da propriedade a Lei nº 9.613 de 03/03/1998 (Lei da lavagem de dinheiro), a qual prevê a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto do crime de lavagem de dinheiro. Implicitamente está incluído que tais bens são apropriados pelo estado justamente porque não cumprem sua função social. Salientei o perigo na concessão de decisões judiciais que abordam ou se situam periféricamente apenas na questão de atentado ao direito de intimidade, vida privada ou sigilo de comunicação, eis que o Poder Judiciário poderá vir a ser conivente, sem seu conhecimento, com quadrilhas de criminosos da mais alta periculosidade.

Outro Ponto importante neste capítulo foi deixar bem claro que a função social não se resume em seu aspecto ou sua utilidade econômica, geradora de riquezas e de distribuição de recursos, pois se assim o fosse, a lei contra lavagem de dinheiro seria duma inutilidade crassa, eis que todas as propriedades oriundas de dinheiro ilícito, cumprem e muito bem, sua função econômica, (pagando todos os tributos em dia). Concluimos que a função social contempla bem mais que seu quesito econômico, apesar da relevância deste.

No tópico final abordamos a questão relativa aos princípios que envolvem todo o tema, deixando bem claro a diferença entre princípio constitucional e norma e concluindo com as sábias palavras de J.J. Canotilho, que dá a solução recomendada nestes casos pelo uso do princípio da proporcionalidade, onde o juiz, utilizando-se dos critérios de adequação, necessidade e ponderação, irá decidir, no caso concreto, pela prevalência de um ou outro princípio. Vê-se a utilização de um terceiro princípio para solucionar a lide entre outros dois.

Neste sentido, é providencial reproduzir parte do acórdão trazido na introdução deste trabalho, pois demonstra que foi justamente este o critério adotado Desembargador do TRF da 4ª RF para afastar o sigilo bancário do apelante e permitir o acesso deste à União Federal:

1. O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF), é direito fundamental sob reserva legal, podendo ser quebrado no

caso previsto no art. 5º, XII, *in fine*, ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior. Neste último caso, a solução do impasse, mediante a formulação de um juízo de concordância prática, há de ser estabelecida através da devida ponderação dos bens e valores, in concreto, de modo a que se identifique uma ‘relação específica de prevalência’ entre eles. 2. No caso em tela, contudo, os elementos fáticos constantes dos autos militam contra o impetrante. A considerável discrepância verificada entre a receita bruta declarada na Declaração do Imposto de Renda e a movimentação financeira do contribuinte, no mesmo período, autorizam a decretação da quebra de sigilo por este Juízo Colegiado.” (grifo nosso)

Esta monografia iniciou-se e encerra-se com um belo exemplo tirado da jurisprudência, cuja conclusão demonstra a viabilidade e a total adequação do instituto função social da propriedade quando confrontado com supostos direitos de personalidade que visam obstar a intervenção estatal na verificação do patrimônio e origem dos recursos monetários representados pelos dados econômico-financeiros.

Concluo afirmando pela necessidade e aplicabilidade do princípio da função social da propriedade aos recursos monetários representados pelos dados econômico-financeiros, depositados ou não em instituições financeiras e afins (bancos, administradoras de cartões de crédito, etc.), eis que sua inobservância ou descumprimento fere mortalmente princípios fundamentais contemplados em nossa Carta Magna, com todas as repercussões negativas já devidamente explanadas.

Propugno por um novo paradigma na análise destes casos difíceis, pois quando houver a imperiosa necessidade de quebra do chamado “sigilo bancário”, o julgador não deverá afastar de sua análise, a verificação, da ocorrência ou não, de lesão ao princípio da função social da propriedade, que neste caso em particular, passo a denominar como: **função social dos dados econômico-financeiros.**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 6ª ed., São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1953.
- BÍBLIA, V.T. Deuteronômio. Português. *A Bíblia de Jerusalém*: São Paulo: Edições Paulinas, 1986. Cap. 16, vers. 18-20.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRITTO, Carlos Ayres. Direito de propriedade: (o novo e sempre velho perfil constitucional da propriedade). *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 91, ano 22: 44-51, julho-setembro de 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed., Portugal – Coimbra: Almedina, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6ª ed., rev., São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1.
- COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Vol nº 621, ano 76: 16-39, julho de 1987.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: nº 19, p. 198-146, outubro-dezembro 1992.
- FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. Curitiba: Juruá, 2003.

- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 84, ano 20: 39-45, outubro-dezembro de 1987.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 38ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1.
- _____. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 3.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed., Portugal: Coimbra Editora, 1999.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1.
- _____. *Direito Civil: direito das coisas*. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 5.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed., rev., São Paulo: Malheiros, 1998.
- STEPHEN, Frank H. *Teoria econômica do direito*. São Paulo: Makron Books, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. São Paulo: Renovar, 2000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. vol. 1.
- _____. *Direito civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2001. vol. 4.