

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri,
Paulo Celso Bergstrom Bonilha e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

24



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

A Secretaria da Receita Federal e o Sigilo Fiscal

Antonio Baptista Gonçalves

Advogado. Doutorando e Mestre em Filosofia do Direito - PUC/SP

Resumo

O artigo em tela tratará das implicações jurídicas do vazamento de informações sigilosas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e como o órgão lida com a questão do sigilo em si. Para tanto será necessário transcorrer sobre o cenário político e os dossiês para aprofundarmos a questão sobre a responsabilidade do agente e do órgão fiscalizador, para enfim, verificar se, de fato, existe sigilo fiscal no Brasil.

Abstract

The article at issue will deal with the legal implications of leaking of confidential information by the Brazilian Federal Revenue Service as the entity which handles confidentiality itself. In order to do so it will be necessary to pass by the political scenery and dossiers so that we can deepen the issue on the agent and the own entity's responsibility to; at last, verify if in fact there is fiscal confidentiality in Brazil.

1. Introdução

Dados os acontecimentos recentes envolvendo o vazamento de informações sigilosas de dados atinentes à declaração de imposto de renda pessoa física de familiares ou parentes próximos de candidatos políticos, a dúvida que surge é: a Secretaria da Receita Federal do Brasil consegue manter o sigilo fiscal que o contribuinte espera e imaginava existir?

2. O Cenário Político e os Dossiês

Primeiro precisamos separar as informações, pois, em nada deve se confundir ou relacionar o vazamento de informações dos contribuintes com a política eleitoral, afinal, infelizmente, é cada vez mais frequente a existência de notícias veiculadas pela imprensa acerca da produção dos malfadados dossiês, isto é, a “ficha corrida” do candidato, seus dados bancários, sua movimentação financeira, suas informações fiscais e de quem mais o requerente da pesquisa assim o desejar.

A forma como o requerente consegue quebrar o sigilo bancário, fiscal, etc., é um mistério que anda em *pari passu* com a caixa de pandora que envolve a política brasileira. Além disso, na mesma linha caminha a real motivação de se montar um dossiê de seu adversário, inclusive com informações que eventualmente possam comprometê-lo.

Todavia, a primeira reflexão que paira é: se os dados são obtidos de forma obscura e ilegal, como podem ser utilizados licitamente?

Ademais, se os dados são obtidos significa que alguém os forneceu, afinal, em tempos de informática e desenvolvimento digital como os de hoje é impensável um

acesso a informações sem que o órgão responsável saiba do vazamento desses dados.

Eis o cerne da questão e o princípio da tratativa deste artigo, uma vez que os órgãos mantenedores não possuem um dever de manter em sigilo os dados que recebem dos correntistas, contribuintes, etc.?

Ademais, como lidar com a questão do vazamento da informação? Qual o posicionamento normativo ante a questão?

Responderemos essas questões sempre com o enfoque restrito à Secretaria da Receita Federal, por ser o escopo deste estudo, mas analogicamente o mesmo raciocínio se aplica às instituições financeiras, etc.

3. A Proteção Constitucional das Informações

A Constituição Federal do Brasil é clara ao determinar no artigo 5º, incisos X e XII a inviolabilidade da vida privada e da intimidade das pessoas bem como de seus dados.

“Art. 5º, 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.” (grifamos)

“Art. 5º, 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.” (grifo nosso)

Pelos dispositivos constitucionais é possível notar que o vazamento de informações enseja um pedido de indenização contra o órgão responsável pela manutenção do sigilo desses dados, assunto esse que nos ateremos com maior profundidade um pouco mais adiante.

O fundamental é que ao se falar em sigilo fiscal se protege, essencialmente, a vida privada do contribuinte, já que não são públicas as informações constantes numa declaração de imposto de renda pessoa física.

Como ensina J. Cretella Jr.:

“Em qualquer das hipóteses anteriores - violação da intimidade, da vida privada, da imagem - haverá dano, maior ou menor. Demonstrado o *dano* e *nexo causal*, o agente é patrimonialmente responsável pelos prejuízos a que deu origem.

E por que? Porque todo bem *inviolável*, constitucionalmente ou legalmente, se objeto de violação, acarreta sanções que, nesse caso, se traduzem em indenizações pelos danos causados.”¹

E prossegue:

“A lesão à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem traz, necessariamente, dano material a determinadas pessoas, pelo que o dispositivo constitucional possibilita a indenização pelo dano sofrido. A reparação pelo dano causado reveste-se de duas modalidades, podendo ser em dinheiro (*in*

¹ *Comentários à Constituição de 1988*. V. 3. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 259.

pecúnia) ou em espécie (*in natura*), consistindo a primeira, designada pelo nome técnico de indenização, na entrega à vítima de quantia certa, equivalente ao dano sofrido, consistindo a segunda em fazer com que, se possível, em alguns casos, as coisas retornem ao estado anterior (*status quo ante*), em que se achavam antes da ocorrência da violação.”²

Aliás, em se tratando de dados de bens e rendas do contribuinte o assunto é por si só deveras delicado, pois, não raro, um contribuinte estabelece uma relação de confiança com a Secretaria da Receita Federal do Brasil ao apresentar rendimentos, aplicações e bens móveis ou imóveis que são desconhecidos da grande maioria das pessoas de seu relacionamento.

A Declaração de ajuste anual de imposto de renda pessoa física é um documento sigiloso ao extremo, pois nele constam dados que na maioria das vezes nem os membros da própria família têm acesso, afinal, todos os bens e o patrimônio erigido ao longo dos anos constam na declaração e não é para qualquer pessoa que se mostrará esse tipo de informação.

O contribuinte não é obrigado a contar quanto percebe de rendimentos anuais para um amigo, para um parente distante ou próximo e, esse não aclarar de informações pode se estender aos filhos, aos pais e, em última instância, até mesmo à esposa.

Em que pese o aspecto moral não nos cabe debater se é o correto ou não omitir informações atinentes à renda de um cônjuge em detrimento do outro, o fato concreto é que uma vez transmitidos os dados à Secretaria da Receita Federal do Brasil o contribuinte espera que o mínimo a ser feito é a proteção desses dados. Logo, se um vazamento de informações ocorre com a transmissão de dados o contribuinte se alicerçará no artigo 5º, XII, da Carta Magna.

O vazamento de informações na Secretaria da Receita Federal não deveria existir, mas devido a interesses escusos somados à inventividade do brasileiro, o vazamento dessas informações se torna cada vez mais frequente.

Em tempos de globalização e modernização tecnológica são cada vez maiores os recursos protetivos do sistema operacional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, entretanto, se o sistema foi desenvolvido para não permitir falhas ou acesso fácil de informações sigilosas, todavia, não existe qualquer impedimento ou restrição de acesso para funcionários que trabalhem ou estejam diretamente ligados às declarações de imposto de renda.

Eis o cerne da questão, uma vez que ao acessar esses dados um funcionário pode indevidamente fornecer seu conteúdo para seu “contratante” que tem um elevado interesse em saber de informações que os cidadãos comuns não têm acesso.

Sobre essa questão a política é apenas mais uma faceta na extensa lista de possibilidades, já que nada obsta uma grande empresária em ter a sede de saber dados sigilosos de um concorrente.

Na mesma esteira temos os donos de empresas que participam de uma importante licitação, no qual qualquer dado desabonador pode representar a eliminação de um concorrente direto e, por conseguinte, o ganho da referida licitação.

² *Comentários à Constituição de 1988*. V. 3. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 259.

E aos olhos do leigo parece que essa relação de confiança se forma espontaneamente, mas não é a verdade, pois, o contribuinte é compelido a prestar as informações e a Secretaria da Receita Federal do Brasil tacitamente as deveria manter em sigilo.

4. O Ordenamento Tributário Nacional, a Secretaria da Receita Federal do Brasil e o Sigilo

Os regramentos basilares do ordenamento tributário são silentes no que tange à proteção de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil para o contribuinte, mas, é bem claro ao determinar e classificar a obrigatoriedade de uma relação que se estabelece entre o órgão e o contribuinte:

“Decreto 3.000, de 26 de março de 1999. Art. 2º. As pessoas físicas domiciliadas ou residentes no Brasil, titulares de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital, são contribuintes do imposto de renda, sem distinção da nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão.”

Na mesma esteira temos o Código Tributário Nacional em seu artigo 121:

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

Se, por um lado, uma pessoa que perceba rendimentos considerados tributáveis é contemplada automaticamente com a obrigatoriedade de prestar informações de seus ganhos à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Já a mesma, em momento algum, se compromete em zelar pela segurança e manutenção das informações prestadas. E qual o motivo? Pela certeza de que nada de errado será feito com esses dados.

A Constituição Federal do Brasil não se baseia em meras expectativas, portanto, prevê em seu artigo 5º, XXXIII:

“Art. 5º, XXXIII. Todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvando, no entanto, aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.” (grifamos)

É nítido que existe uma relação de confiança entre o contribuinte e a Secretaria da Receita Federal do Brasil e desta para com os seus funcionários e, até que se prove o contrário, não há motivo para quebrar esse elo de confiabilidade.

Entretanto, e se os dados são entregues a terceiros e a privacidade das informações é violada? Que medidas são cabíveis pelo contribuinte? E como reparar o dano causado?

De acordo com a Constituição Federal do Brasil nos dispositivos já mencionados é devida uma ação indenizatória por eventuais danos morais e/ou materiais para reparar o dano sofrido. Entretanto, contra quem?

5. A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Responsabilidade Civil

Objetiva

Seria muito raso afirmar que a Secretaria da Receita Federal tem responsabilidade pelo dano sofrido em decorrência direta do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, portanto, iremos construir e desenvolver o raciocínio acerca da responsabilização do órgão, se subjetiva ou objetiva, para então tratarmos qual tipo de indenização, quem deve pagar a conta e qual a forma.

O dever de vigilância é exclusivo da Secretaria da Receita Federal do Brasil, portanto, somente alguém que teve acesso ao sistema da mesma poderia ser o autor do fornecimento indevido de dados, logo, a concernente ação indenizatória deve ser proposta contra a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O Código Civil vigente é claro em determinar a responsabilidade objetiva no parágrafo único do artigo 927:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Sobre o assunto se manifesta Regina Beatriz Tavares da Silva:

“Na teoria do risco não se cogita da intenção ou do modo de atuação do agente, mas apenas da relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano (v. Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985). Assim, enquanto na responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, examina-se o conteúdo da vontade presente na ação, se dolosa ou culposa, tal exame não é feito na responsabilidade objetiva, fundamentada no risco, na qual basta a existência do nexo causal entre a ação e o dano, porque, de antemão, aquela ação ou atividade, por si só, é considerada potencialmente perigosa.”³

Sobre a indenização de dano moral e material em decorrência de vazamento de dados por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil nosso entendimento é de que a responsabilidade civil é objetiva.

Acerca do assunto invocamos uma vez mais Regina Beatriz Tavares da Silva:

“Existem várias teorias sobre o risco: o *risco integral*, em que qualquer fato deve obrigar o agente a reparar o dano, bastando à existência de dano ligado a um fato para que surja o direito à indenização; a teoria do *risco proveito*, baseada na idéia de quem tira proveito ou vantagem de uma atividade e causa dano a outrem tem o dever de repará-lo - *ubi emolumentum, ibi onus*; a teoria dos *atos normais e anormais*, medidos pelo padrão médio da sociedade. No entanto, a teoria que melhor explica a responsabilidade objetiva é a do *risco criado*, adotada pelo novo Código Civil, pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente, que *cria risco a direitos ou interesses alheios*.”⁴

³ *Novo Código Civil Comentado*. FIUZA, Ricardo (coordenação). São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 819 e 820.

⁴ *Novo Código Civil Comentado*. FIUZA, Ricardo (coordenação). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 820.

Sobre o assunto temos a Súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

Em consonância com o nosso pensamento de responsabilidade civil objetiva temos Carlos Roberto Gonçalves: “Quando alguém fica obrigado, *ope legis*, a reparar danos ocasionados por terceiros que não se encontrem sob sua guarda e vigilância - prossegue o mencionado autor - o fato só poderia explicar em virtude de uma responsabilidade objetiva, e nunca subjetiva.”

E prossegue:

“A aplicação da teoria objetiva a esses casos já foi por nós mencionada quando frisamos, com base em lições de Afrânio Lyra e Silvio Rodrigues, que predomina, atualmente, o entendimento de que uma solução verdadeiramente merecedora de chamar-se justa só poderia achar-se na teoria do risco. Com efeito, estaria longe de corresponder ao senso de justiça à solução por via da qual se permitiria deixar ao lesado o prejuízo por ele sofrido, simplesmente porque, aquele que, na forma do art. 1.521 do Código Civil de 1916 devia responder pelo dano, conseguiu provar que usou de todos os recursos possíveis no sentido de evitar o resultado lesivo. Tal solução importaria transferir à vítima a responsabilidade do prejuízo por ela sofrido em decorrência do ato de outrem.”⁵

Toda essa discussão teve um reforço significativo, com a adição do parágrafo 6º ao artigo 37 da Constituição Federal:

“Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Elucida uma vez mais Carlos Roberto Gonçalves:

“Tendo sido usada a expressão ‘serviço público’, há que concebê-la como gênero, de que o serviço administrativo seria mera espécie, compreendendo a atividade ou função jurisdicional e também a legislativa, e não somente a administrativa do Poder Executivo; e no que se refere ‘ao agente’, deve ser entendido no sentido de quem, no momento do dano, exercia atribuição ligada à sua atividade ou função.”⁶

Com base dos ditames constitucionais e no nosso entendimento sobre a aplicação dos preceitos civis da responsabilidade civil objetiva é plenamente possível ao contribuinte que tiver seus dados expostos ao público de maneira indevida pleitear uma indenização por dano moral e/ou material por prejuízo causado diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Nesse sentido, J. Cretella Jr.:

“Se a violação da intimidade, da *vida privada*, da honra ou da imagem da pessoa causa dano moral, decorrente da violação de qualquer desses bens, declarados invioláveis por dispositivo expresso da Constituição, é assegu-

⁵ *Responsabilidade Civil de Acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

⁶ *Responsabilidade Civil de Acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176.

rada à vítima indenização proporcional ao dano causado. A expressão *dano moral* não é unívoca, mas equívoca, empregando-se ora na acepção de 'prejuízo imaterial não captável de imediato pelos sentidos' - não à imagem, à reputação, ao bom nome, aos atributos da pessoa, à honra, à honestidade -, sempre, porém, trazendo consequências patrimoniais, ora na acepção de prejuízo misto, em parte patrimonial, em parte extrapatrimonial, como o artista acusado de imitador, plagiário ou contrafator, o que provoca a retração do público à venda da obra, o não comparecimento às audições, ao mesmo tempo que lhe traz sofrimento e dor, à primeira vista, puramente de ordem espiritual. A identificação do prejuízo moral nem sempre é fácil, porque na maioria das vezes se entrelaça com o prejuízo patrimonial, oriundo do mesmo fato danoso, como por exemplo, a injúria, difamação ou calúnia, feita a artista profissional, traduzido em clara, sensível e apurável diminuição de renda."⁷

Não há como negar que o vazamento de informações pode prejudicar a imagem do contribuinte e, inclusive levantar um interesse, até então inexistente por parte de amigos ou familiares em obter algum tipo de vantagem pelo vazamento da quantidade de bens e do Erário em si do contribuinte e, nesse aspecto, a indenização pecuniária de nada adiantará ante a imagem já consolidada pelos demais que o contribuinte não mais conseguirá reverter.

E de nada adianta o órgão fiscalizador através de seu representante maior vir a público e afirmar que tudo está sendo investigado e que não há risco algum de novo vazamento e lançar uma série de medidas protetivas, como se tudo estivesse solucionado, pois nada garante a reincidência do ato e, tampouco, em nada exime o órgão da responsabilidade pelos danos já causados.

Na verdade, se trata de uma manobra midiática para retirar a atenção do contribuinte do dever do pagamento de indenização em caso de condenação e em mais uma tentativa de iludir o contribuinte de que o mesmo não precisaria ingressar com um pedido indenizatório, quase como se o mesmo não fosse cabível, ledão engano...

O contribuinte pode e deve pleitear pela indenização por dano moral e/ou material na seara civil até mesmo como medida repressiva, para que a Secretaria da Receita Federal do Brasil tome as devidas providências para garantir uma maior fiscalização acerca de seus próprios funcionários e o correto exercício de suas funções.

Ademais, o fato de o contribuinte pleitear ou não uma responsabilização da Secretaria da Receita Federal do Brasil pelo vazamento das informações em nada obsta a mesma em atribuir a parcela concernente de culpa ao agente infrator. Para tanto devemos analisar quais as possibilidades de responsabilização do agente fiscal pelo dano causado a terceiro.

6. A Responsabilidade do Agente

Quando da contratação de seus funcionários, a Administração Pública se encarrega de fazer o edital para concurso, aplica a prova, verifica informações, tudo o mais firme e valioso para garantir a idoneidade da relação que se iniciará.

⁷ *Comentários à Constituição de 1988*. V. 3. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, pp. 259 e 260.

Todavia, não há como prever que algum funcionário possa desviar-se de sua função, de obter uma vantagem indevida, exatamente em virtude do cargo que ocupa. Logo, quando tais casos ocorrem é dever da Administração Pública tomar as devidas medidas cabíveis.

Primeiramente é devida uma apuração dos fatos através da instauração de um processo administrativo que, ao ser concluído pode resultar no encaminhamento do mesmo para o Ministério Público para o oferecimento da denúncia, ou se nada for provado, o concernente arquivamento do processo.

No caso de vazamento de dados sigilosos, a Secretaria da Receita Federal do Brasil é responsável por eventual pedido indenizatório, como vimos no item anterior, mas se apurada a culpa do agente, seu funcionário, as medidas judiciais devem ser aplicadas. E os crimes nos quais o agente pode ser denunciado temos: violação de sigilo funcional, em conformidade com o artigo 325 do CP (Código Penal), mas nada impede que existam outros crimes cominados, como divulgação de segredo, artigo 153 do CP, corrupção passiva, artigo 317 do CP ou, até mesmo, o crime de peculato, artigo 312 do CP.

Tratemos dos dispositivos separadamente. Inicialmente temos o artigo 325 do Código Penal:

“Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.”

Sobre o dispositivo se manifesta Celso Delmanto:

“São dois os núcleos previstos: a. Revelar, que tem a significação de comunicar, transmitir, dar a conhecer a terceira pessoa. A ação pode ser feita oralmente ou por escrito, ou com a exibição de documentos. b. Facilitar (a revelação). É maneira de revelação indireta. O funcionário público, dolosamente, torna fácil a descoberta (ex.: propositadamente, não guarda, como devia, o documento sigiloso). Incrimina-se a revelação (ou sua facilitação) de fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo. É pressuposto do delito, portanto, que o agente tenha conhecimento dos fatos em razão do cargo, isto é, em virtude de sua específica atribuição funcional (é o chamado ‘segredo de ofício’). (...) Considera-se segredo o fato cujo conhecimento é restrito a limitado número de pessoas (como os funcionários que dele precisam ter informação) e em que há interesse de que seja mantido em sigilo.”⁸

Sobre a responsabilidade do agente se manifesta Rogério Greco:

“Seu dever de lealdade para com a Administração Pública impõe que, em muitas situações, guarde segredo sobre determinados fatos. Sua indevida revelação a terceiros não autorizados poderá importar na prática do delito de *violação de sigilo funcional*.”⁹

⁸ Código Penal Comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 809.

⁹ Curso de Direito Penal Parte Especial. V. 4. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 465.

A relação de confiança entre o agente e a Secretaria da Receita Federal do Brasil se presume plena, no entanto, se ocorre a divulgação de dados sigilosos para quem quer que seja, a responsabilização deve existir.

Nesse dispositivo é possível ou não haver má-fé, pois, o agente pode acessar dados sigilosos de pessoas conhecidas ou de empresários de grande porte para mostrar seus dados para amigos numa roda de bar, como forma de mostrar aos demais a sua “importância” no emprego, pouco importa, o crime se consumou e a responsabilização é devida, independentemente da aferição de culpa.

No mesmo caminho temos a infração do artigo 153 e do parágrafo 1º-A do mesmo diploma, ambos do Código Penal:

“*Art. 153.* Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública.”

Damáσιο de Jesus se manifesta:

“Significa que a divulgação só é incriminada quando o sujeito ativo não tem justo motivo para a prática do fato. Exemplos de justa causa: consentimento do interessado, comunicação ao judiciário de crime de ação pública, dever de testemunhar em juízo, defesa de direito ou interesse legítimo, comprovação de crime ou sua autoria etc. Nesses casos, a ausência no fato concreto do elemento normativo conduz à atipicidade da conduta.”¹⁰

O artigo em tela se traduz exemplarmente na quebra de confiança na relação entre Administração Pública e agente. Não pode a seu bel prazer divulgar informações dos contribuintes apenas e tão somente por estas estarem à disposição do agente. Foi o exemplo da roda de bar que mencionamos no crime anterior.

Ao agente cabe zelar pela idoneidade, moralidade e probidade do sigilo, não tem autorização, exceto nos casos previstos, como bem exemplificou Damáσιο de Jesus, em divulgar qualquer tipo de informação sigilosa e, quando o fizer, incorrerá, também na pena do artigo 153 do Código Penal.

Até o presente momento tratamos de dispositivos que não implicam necessariamente o uso deliberado de má-fé e, tampouco, na obtenção de uma vantagem ilícita. Nos próximos dois dispositivos abordaremos exatamente a conduta e a concernente responsabilização do agente quando fornece ou facilita a obtenção de dados por terceiros em virtude de sua função em troca de vantagem econômica ou não.

Primeiramente apresentaremos a possibilidade de responsabilização penal pelo crime de corrupção passiva, em conformidade com o artigo 317 do Código Penal:

“*Art. 317.* Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.”

¹⁰ *Direito Penal*. V. 2. São Paulo: Saraiva, p. 292.

Essa modalidade delitiva consiste no funcionário solicitar ou receber uma vantagem indevida, que pode ser econômica ou não ou uma promessa dessa vantagem a ser adimplida num momento propício em decorrência de prestar uma informação relativa a seu cargo, ainda que fora de sua função.

Significa que o agente se vendeu. E nesse ponto a doutrina não é consonante acerca da vantagem ser exclusivamente patrimonial, nos filiamos a uma maior flexibilização do entendimento, pois, o agente pode receber pecúnia propriamente dita, mas também, uma vaga para seu filho em um colégio, a retirada de multas de um sistema e todo e qualquer tipo de facilidade que o terceiro conseguir prestar e avençar com o agente, ainda que para execução futura.

Rogério Greco acrescenta:

“Em geral, existe na corrupção passiva um acordo entre o funcionário que solicita a indevida vantagem e aquele que a presta, principalmente quando estivermos diante dos núcleos *receber* e *aceitar* promessa de tal vantagem. *Receber* tem o significado de tomar, entrar na posse; *aceitar* a *promessa* diz respeito ao comportamento de anuir, concordar, admitir em receber a indevida vantagem.”¹¹

Note que para o agente ser corrompido é necessário que exista um corruptor, portanto, um terceiro que responderá pelo crime de corrupção ativa, em conformidade com o artigo 333 do Código Penal.

Por fim, temos o delito de peculato, como dispõe o artigo 312 do Código Penal:

“*Art. 312.* Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.”

Disciplina Damásio de Jesus:

“Trata-se de uma modalidade especial de apropriação indébita cometida por funcionário público *ratione officii*. É o delito do sujeito que arbitrariamente faz sua ou desvia, em proveito do cargo, seja ela pertencente ao Estado ou a particular, ou esteja sob a guarda ou vigilância.”¹²

Esse crime é próprio, ou seja, somente pode ser cometido por funcionário público. E, em nosso particular entendimento, a subtração indevida de dados dos contribuintes pode e deve ser classificada como bem móvel pertencente exclusivamente à Administração Pública, do qual em decorrência do exercício de sua função o agente se apropriou indevidamente para fornecer a terceiros.

Como a execução é tangível, isto é, os dados são armazenados num *pendrive*, num CD ou até mesmo impresso, o agente configura estar em posse de um bem móvel, pois os dados estão contidos em seu poder fisicamente e serão transmitidos fisicamente a um terceiro, logo, o bem móvel apropriado indevidamente pode ser objeto material que configura o cometimento do delito de peculato pelo agente.

A conjunção de todos os fatores é que configura o crime de peculato, como demonstra Rogério Greco:

¹¹ *Curso de Direito Penal Parte Especial*. V. 4. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2009, pp. 413 e 414.

¹² *Direito Penal*. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 119.

“Dessa forma, posse e cargo devem ter uma relação direta, ou seja, uma relação de causa e efeito. Não é pelo fato de ser funcionário público que o sujeito deve responder pelo delito de peculato se houver se apropriado, por exemplo, de uma coisa móvel, mas, sim, pela conjugação do fato de que somente obteve a posse da coisa em virtude do cargo por ele ocupado. Aquele que não tinha atribuição legal para ter a posse sobre a *res* pode praticar outra infração penal que não o delito de peculato, podendo, até mesmo, responder pelo delito de apropriação indébita, furto ou mesmo peculato-furto, já que, se não tinha qualquer poder sobre a coisa, pois que ocupante do cargo que não lhe proporcionava essa condição, a liberdade sobre ela exercida poderá ser considerada como vigiada, importando, dependendo da hipótese concreta a ser apresentada, em subtração e não em apropriação.”¹³

O dado importante no dispositivo em análise é que o agente para responder pelo delito de corrupção passiva pode cometer duas ações distintas: ou receber a vantagem ilícita ou *solicitar*; isto é, combinar o que deseja com o corruptor e de posse do acordo prestar a informação, portanto, ou deve aceitar a proposta de terceiro ou, até mesmo, formular uma para o corruptor.

Tudo dependerá da gravidade da informação que foi exposta indevidamente e do *quantum* que a pessoa infratora colaborou no exercício de sua função e, para os mais céticos que afirmam que no Brasil nada se resolve e que tudo sempre termina numa grande pizza, eis a novidade: as coisas mudaram com a chegada da informática, afinal, é possível saber quem acessou indevidamente o sistema, por quantas vezes e quais foram as informações acessadas, assim o processo administrativo deve ser instaurado para a apuração do delito do agente.

A responsabilização penal será devida quando da apuração da falta administrativa e poderá também ser devido o direito de regresso por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil se esta tiver sido acionada judicialmente e tiver indenizado o contribuinte em decorrência de condenação civil por dano moral e material.

7. A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Questão do Sigilo

Analisamos a questão do sigilo e o dever da Secretaria da Receita Federal do Brasil em proteger as informações prestadas pelo contribuinte, no entanto, nos resta analisar um último aspecto: como funciona a questão do sigilo fiscal por parte da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil em relação ao contribuinte, para por fim entendermos, como se processa o vazamento da informação e a manifestação do interesse por parte de terceiros.

Com o recente vazamento de dados, aos olhos do leigo parece que somente o funcionário possui responsabilidade na entrega de informação sigilosa a terceiro, quando, em verdade, a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil acessa informações do contribuinte, além daquelas prestadas por ele em sua declaração de imposto de renda, como forma de verificar se houve alguma sonegação, fraude ou

¹³ *Curso de Direito Penal Parte Especial*. V. 4. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 367.

vantagem ilícita, mas o banco de dados está lá à disposição dos agentes, logo, um terceiro pode oferecer uma vantagem, um favor, ou dinheiro para obter dados que não seriam acessíveis tão facilmente. Então precisamos entender como que a Receita tem acesso a essas informações complementares.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil tem acesso a informações sigilosas do contribuinte, ainda que este não as forneça espontaneamente para o órgão fiscalizador, mas de que forma isso é feito?

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, estabelece a quebra do sigilo bancário para o controle da movimentação financeira, como estabelece o artigo 2º:

“Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

§ 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil:

I - no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras (...).”

E como se processa essa verificação na prática? Apesar de ser necessário um procedimento judicial para a autorização da quebra do sigilo bancário, em geral, a Secretaria da Receita Federal do Brasil usa do controle interno a fim de monitorar o controle dos gastos em especial com os cartões de crédito.

Através da Instrução Normativa nº 341, de 15 de julho de 2003, a SRFB instituiu o artigo 3º:

“Art. 3º As administradoras de cartões de crédito poderão desconsiderar as informações em que o montante global movimentado no mês seja inferior aos seguintes limites:

I - para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

II - para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”

A fiscalização do cartão de crédito começou em 2004. Daquele ano em diante, as administradoras de cartão têm de apresentar, duas vezes por ano, a Declaração de Operações com Cartão de Crédito (Decred) para a Receita Federal, em conformidade com o artigo 2º da Instrução Normativa:

“Art. 2º As administradoras de cartão de crédito prestarão, por intermédio da Decred, informações sobre as operações efetuadas com cartão de crédito, compreendendo a identificação dos usuários de seus serviços e os montantes globais mensalmente movimentados.

§ 1º A identificação mencionada no *caput* será efetuada, em relação aos titulares dos cartões de crédito e aos estabelecimentos credenciados, pelo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ).”

Assim, são enviadas, automaticamente, informações sobre pessoas físicas, com gastos mensais superiores a R\$ 5.000,00, e com relação a empresas com movimentações acima de R\$ 10.000,00 por mês. Esses limites são estabelecidos com base nos

titulares dos cartões (identificados pelo CPF e CNPJ), e não por número de cartões ativos.

Então, se um contribuinte possui três cartões da mesma bandeira, por exemplo, Visa, Master Card, etc., o valor considerado é a soma dessa bandeira, ou seja, R\$ 5.000,00 divididos por três bandeiras.

E, além disso, não raro a Secretaria da Receita Federal do Brasil tinha a CPMF como subterfúgio para o controle do *quantum* movimentado.

Com a queda da CPMF a Secretaria da Receita Federal do Brasil ainda exerce um controle aleatório sobre a movimentação financeira dos contribuintes, em especial sobre os depósitos praticados, ao expedir um ofício com a requisição de comprovação de depósito com data certa, ou seja, apesar de ilegal e fora da autorização do Poder Judiciário, a Secretaria da Receita Federal do Brasil exerce a quebra indireta de sigilo bancário...

Quando o contribuinte recebe uma notificação fiscal para apresentação de comprovantes de sua movimentação financeira, despesas médicas, etc., a Secretaria da Receita Federal do Brasil informa ao contribuinte ainda que indiretamente que seus dados foram analisados e considerados inconsistentes, logo, ou houve omissão ou sonegação ou abatimentos indevidos pelo contribuinte.

A fiscalização e o controle pelo órgão fiscal não são abertos e públicos ao contribuinte, portanto, nada obsta que houve um acesso a sua movimentação financeira e foi detectada uma discrepância.

De posse de tantas informações acerca do contribuinte um terceiro ao ter conhecimento disso pode muito bem se interessar pelo conteúdo, ou melhor, pelo conjunto de informações de um contribuinte e, assim, formar um dossiê acerca daquela pessoa.

A finalidade e o interesse em possuir tal documentação são desconhecidos tanto pelo contribuinte quanto pela Administração Pública.

O que é nítido e cristalino é que a relação de confiança entre a Receita Federal do Brasil e o contribuinte não é tão clara e recíproca quanto se imagina, afinal, se de fato, a Administração Pública tem acesso a dados que não deveria, mas os recebe em virtude de suas próprias instruções normativas é possível imaginar que o próprio contribuinte ao consumir forme um dossiê fiscal contra si e este será confrontado com as informações prestadas por ele mesmo à Secretaria da Receita Federal do Brasil quando da entrega da Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Renda.

O resultado é que se as informações prestadas forem compatíveis o sigilo e a discrição serão mantidas na mesma proporção da relação tácita de confiança entre as partes.

Entretanto, se o órgão fiscalizador encontrar disparidades a relação de confiança passa por uma cisão e a notificação fiscal é o primeiro passo para a verificação de incoerências que, se apuradas, gerarão o Auto de Infração. No entanto, todas essas etapas devem, sempre, ser feitas entre o contribuinte e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, pois, não há que se confundir o sigilo fiscal do contribuinte para com os demais.

Se a Secretaria da Receita Federal do Brasil age mal em verificar a movimentação financeira do contribuinte através do consumo em cartão de crédito cabe à

doutrina discutir a legalidade do ato, mas, em hipótese alguma, uma irregularidade autoriza outra, como o vazamento dessas informações que integram a vida fiscal do contribuinte. Se isso ocorrer é dever do contribuinte responsabilizar o órgão fiscalizador como medida de justiça.

8. Conclusão

O escopo deste artigo foi demonstrar como se processa a responsabilização não apenas dos agentes fiscais ao violarem o sigilo de informações, mas, também, da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil.

De posse disso, cabe ao superior abrir um processo administrativo contra o funcionário, este que responderá pelos crimes concernentes. Contudo, e a pessoa que teve seus dados violados o que poderá fazer? Por certo, processar a Secretaria da Receita Federal por dano moral e material, de acordo com o artigo 927 do Código Civil: a responsabilidade civil objetiva.

Resta saber se a dúvida e a incerteza que agora acometem o contribuinte serão sanadas com a indenização, ou se o prejuízo e a exposição não serão muito mais danosos do que a responsabilização dos envolvidos. A única conclusão certa é que o sigilo fiscal existe, bem como sua previsão e proteção legal, mas nada impede o cometimento do delito, cabe ao contribuinte manter sua parte na relação de confiança com a Secretaria da Receita Federal do Brasil e estar atento para se houver um deslize da mesma responsabilizá-la como forma de garantir a integridade do próprio sistema e, assim, coibir vazamentos e transmissões indevidas no futuro.