

Cultura da informação e improbidade – privacidade mitigada do agente público

Leandro Mitidieri Figueiredo

Procurador da República, especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB, ex-procurador federal, ex-chefe da Procuradoria Regional do Incra no Rio de Janeiro.

Resumo: Este artigo aborda a cultura da informação, sua evolução, sua adoção pelo direito pátrio, principalmente com a nova Lei de Acesso à Informação, e sua imbricação com o combate à improbidade. Apresenta as distinções entre intimidade e privacidade, as gradações desta e a tese de que a privacidade do agente público é diferenciada, a possibilitar a divulgação de sua remuneração ou subsídio. Tal é mais acentuado em sede de combate à improbidade administrativa, em que há mitigação do sigilo, não cabendo invocação do direito fundamental à privacidade em face dos órgãos de controle da Administração Pública no tocante a informações ligadas à remuneração e subsídio por meio de verbas públicas, informações ligadas ao patrimônio e rendas ou operações financeiras suspeitas.

Palavras-chave: Cultura da informação. Nova Lei de Acesso à Informação. Intimidade. Privacidade. Divulgação. Remuneração. Subsídios. Agentes públicos. Improbidade administrativa.

Abstract: This article discusses the information culture, its evolution, its adoption by the paternal right, especially with the New Law on Access to Information, and its overlap with combating administrative misconduct. Presents distinctions between intimacy and privacy, the gradations of privacy and the thesis that the privacy of the public official is differentiated to allow disclosure of their compensation or allowance. This is more pronounced in combating thirst for administrative misconduct, where there are mitigating secrecy, not fitting invocation of the fundamental right to privacy in the face of the control organs of public administration with respect to information relating to remuneration and allowances through public funds,

information relating to property and rents or suspicious financial transactions.

Keywords: Information culture. New Law on Access to Information. Intimacy. Privacy. Disclosure. Remuneration. Allowances. Public officials. Administrative misconduct.

Sumário: 1 Introdução. 2 Cultura da informação e a nova Lei de Acesso à Informação. 3 Intimidade e privacidade. 4 Privacidade diferenciada do agente público. 5 Divulgação da remuneração e subsídios dos agentes públicos. 6 Sigilo mitigado em improbidade administrativa. 7 Conclusão.

1 Introdução

É ínsito à noção de democracia, probidade e respeito aos direitos humanos o fluxo de informações, compreendendo a busca, o recebimento e a transmissão de informações e ideias. Vulnerado o livre fluxo de informações, também o serão o exercício dos direitos políticos, o combate à improbidade e a luta contra violações de direitos humanos.

De uma visão predominante do direito à informação como uma medida de governança administrativa, esse direito, também chamado de direito ao saber, ao conhecimento ou à verdade, passou a ser considerado um direito humano fundamental¹, sendo tratado em diversos documentos internacionais, em novas constituições de países em transição para a democracia e em leis e políticas, imprimindo-lhe efetividade.

Sua implementação pode variar desde uma previsão vazia de publicidade a um efetivo acesso orientado pelo princípio da máxima divulgação, que consiste na presunção de que todas as informações

1 Cf. MENDEL, 2009, p. 12.

mantidas por órgãos públicos devem ficar sujeitas à revelação, exceto se houver justificado interesse público favorável à não divulgação.

O efetivo acesso é verificado pela existência de vias e mecanismos adequados de pedido e obtenção da informação pelo interessado, de modo reativo, assim como pela disponibilização da informação de ofício, por meio de publicações e divulgações, de modo proativo.

Estas, então, as questões fulcrais na efetivação do direito de acesso às informações: definição das informações sigilosas em que há justificado interesse público favorável à não divulgação e meios de obtenção e disponibilização. É basicamente a existência e o tipo de regulamentação sobre essas questões que definirá se o sistema adotado por um país está mais ou menos afinado com a cultura da informação.

2 Cultura da informação e a nova Lei de Acesso à Informação

A cultura da informação tem como origem a experiência sueca de mais de duzentos anos, tendo realmente se desenvolvido no Direito Internacional nos últimos dez anos, generalizando-se por todas as regiões do mundo².

Nos termos da Resolução 59(1) da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 1946, durante sua primeira sessão: “A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e [...] a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU”.

A Resolução 217-A da Assembleia Geral da ONU – Declaração Universal dos Direitos Humanos –, aprovada em 1948, em seu art. 19, afirma:

2 Cf. MENDEL, 2009, p. 12.

Todos têm o direito a liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n. 592/1992, prevê em seu art. 19:

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais.

Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, promulgada por meio do Decreto n. 678/1992, em seu art. 13(1), reproduz o art. 19(2) supramencionado.

Em decisão tomada em 19 de setembro de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou

Com respeito aos fatos do caso em pauta, a Corte considera que o art. 13 da Convenção, ao garantir expressamente os direitos de “buscar” e “receber” “informações”, protege o direito de toda pessoa de solicitar acesso à informação sob o controle do Estado, com as exceções reconhecidas segundo o regime de restrições da Convenção. Consequentemente, o referido artigo abrange o direito dos indivíduos de receber as referidas informações e a obrigação positiva do Estado de fornecê-las de modo que a pessoa possa acessar a fim de conhecê-las ou receber uma resposta motivada quando,

por razão reconhecida pela Convenção, o Estado possa limitar o acesso a ela neste caso em particular. As informações devem ser fornecidas sem necessidade de se provar interesse direto ou envolvimento pessoal a fim de obtê-las, exceto nos casos em que uma restrição legítima se aplique³.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida –, promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, trata da informação pública em seu art. 10, nos seguintes termos:

Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas:

- a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público;
- b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões;
- c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública.

O quadro legislativo pátrio já havia tutelado a cultura da informação de forma esparsa. A Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 – previu o direito à informação. A Lei n. 8.159/1991 instituiu a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, assegurando a todos o acesso pleno a qualquer documento público, mas sem dis-

3 Claude Reyes and Others v. Chile, 19 set. 2006, Série C, n. 151, § 77. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.doc>. Acesso em: 19 jun. 2012.

ciplinar tal acesso. A Lei n. 9.051/1995 tratou da expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, com prazos, mas sem especificar o teor de tais documentos. O Decreto n. 2.134/1997, já revogado, criava Comissões Permanentes de Acesso. A Lei n. 9.507/1997 regulamentou o *habeas data*, regulamentando o direito de acesso à informação constante de registro ou banco de dados de caráter público. O Decreto n. 2.910/1998 dispôs sobre normas para a salvaguarda de documentos de natureza sigilosa. O Decreto n. 2.942/1999, já revogado, dispunha sobre arquivos de caráter privado. O Decreto n. 4.073/2002 criou o Sistema Nacional de Arquivos. E o Decreto n. 4.553/2002 criou o conceito de sigilo eterno, permitindo a renovação indefinida do prazo máximo de cinquenta anos para a não divulgação de determinados documentos⁴.

É sob esses auspícios que, finalmente, foi gerada a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, batizada de Lei de Acesso à Informação, advinda de debates na Controladoria-Geral da União e no Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção, tendo o acesso à informação pública como maior instrumento de exercício da cidadania e combate à corrupção.

A nova lei trata de informações públicas em geral, em especial sobre gestão, programas, projetos, metas, indicadores, despesas, contratos, licitações e prestações de contas.

No tocante à definição das informações sigilosas, excluem-se do acesso as informações assim devidamente classificadas: as pessoais e as referentes à segurança da sociedade e do Estado. Nos termos da lei e do seu regulamento, informação pessoal é aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (art. 4º, IV) e relativa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 3º, V, Decreto n. 7.724/2012).

4 Cf. BARROS, 2004, p. 75-77.

No que se refere aos meios de obtenção e disponibilização das informações, adotou-se o sistema da Suécia, México e Estados Unidos, em que a justificativa é necessária para a negativa de fornecimento da informação e não para o requerimento de acesso a ela.

3 Intimidade e privacidade

A intimidade é a qualidade do que é íntimo, essencial, do que está muito interno, profundo, alheio ao outro.

Como praticamente todas as ideias com as quais lidamos atualmente, a de preservação da intimidade ou privacidade remonta à Antiguidade, com Aristóteles, no século IV a.C., defendendo a separação da esfera política (polis) da privada. Michel de Montaigne, no século XVI, em *Ensaíos*, falava de uma esfera privada do indivíduo inviolável pelo Poder Público. O Iluminismo é responsável pela sistematização desses direitos e garantias do indivíduo perante o Estado, com John Locke, em *Dois Tratados sobre o Governo*, sustentando a inviolabilidade da intimidade dos indivíduos, na perspectiva de serem estes os verdadeiros titulares do poder. Samuel Warren e Louis Brandeis, em *The Right to Privacy*, dão ao direito à privacidade o tratamento de novo direito fundamental de ser deixado só⁵.

Hannah Arendt (1981, p. 47-48), com base em Kant, associa o público ao social e o privado ao círculo da intimidade, identificando que o amparo da pessoa em relação à pressão social niveladora e à força do poder político passa pelo respeito à solidão (desejo de estar só), ao segredo (sigilo) e à autonomia (decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações).

Em termos jurídicos, o direito à intimidade é o direito de a pessoa possuir uma essência e elementos profundos só dela. Uma vez

5 Cf. SILVA, 2012, p. 3.

que fundamental à existência digna da pessoa, esse direito recebe proteção nos diversos ramos, sendo direito fundamental no âmbito do Direito Constitucional, direito da personalidade no Direito Civil e direito humano no Direito Internacional.

Há quem vislumbre a proteção da intimidade não só da pessoa física como também da pessoa jurídica, uma vez que possuidora de honra objetiva, não podendo ser violada na sua intimidade comercial e empresarial e na sua vida societária⁶.

Robert Alexy (2002, p. 350) formula a *Teoria das Esferas*, que identifica três esferas com decrescente intensidade de proteção: a *esfera mais interna*, absolutamente intangível, compreendendo os assuntos mais secretos de natureza extremamente reservada; a *esfera privada ampla*, compreendendo assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído dos restantes; e a *esfera social*, compreendendo todas as matérias relacionadas com as notícias que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros.

A ideia de círculos concêntricos é bem explorada pela doutrina alemã, como na teoria de Heinrich Henkel, de 1957, divulgada no País por Paulo José da Costa Jr. (1995, p. 36) desde 1970, em que a esfera privada ou *círculo da vida privada em sentido amplo* encerra três círculos concêntricos (camadas dentro de camadas): o *círculo da vida privada em sentido restrito* (a camada superficial), o *círculo da intimidade* (a camada intermediária) e o *círculo do segredo* (núcleo).

Daí se extrai a distinção entre privacidade e intimidade, não obstante semanticamente as duas palavras não destoem: *privacidade* seria o gênero mais amplo e com proteção mais obtusa, por sua vez, *intimidade* seria espécie mais estrita e com proteção mais aguda.

6 Cf. Stocco, 2011, p. 86.

Vale registrar que já se pode identificar um refluxo na onda de proteção da privacidade e intimidade, o que se pode chamar de paradoxo da privacidade, em que os próprios tutelados buscam mecanismos de exibição de sua privacidade, muito em razão de a celeridade do mundo pós-moderno ter provocado uma frieza, um distanciamento entre as pessoas⁷.

4 Privacidade diferenciada do agente público

Muito já se decompôs o conceito de isonomia, de Aristóteles a Rui Barbosa, para se compreender que, além de uma perspectiva formal de “todos são iguais perante a lei”, o prisma material de igualdade importa em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Talvez uma das mais belas abordagens do tema tenha sido a de Boaventura de Sousa Santos:

temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza desigualdades (PIOVESAN, 2009).

Nesse diapasão, pode-se conceber a ideia de que a proteção da privacidade varia de acordo com a posição que a pessoa ocupa na sociedade.

Humberto Nogueira Alcalá (2004, p. 161), ao abordar outros interesses em jogo, como a liberdade de informação, nota que as pessoas de relevância pública, especialmente as autoridades públicas, detentoras do poder de decidir os destinos de uma sociedade, possuem um âmbito de vida privada mais reduzido do que o das outras pessoas. É certo que não passa despercebido que essas figuras públicas sofrem essa mitigação da proteção de sua privacidade no tocante

7 Cf. SILVA, 2012, p. 7.

aos atos da vida pessoal que digam respeito ou que tenham implicações diretas com o cumprimento de obrigações públicas, o que não abarcaria aspectos da intimidade irrelevantes ao interesse público.

Emblemática nessa seara é a chamada “New York Times Rule” do Direito Americano. Nos Estados Unidos da América, desde 1960, prevalece a regra de que é lícita a divulgação de informações a respeito de pessoas públicas, se tal informação não for sabidamente falsa, exigindo-se sempre a diligência necessária para atestar sua veracidade. A regra tem como escopo a limitação da privacidade dessas pessoas públicas em benefício da liberdade de expressão e do acesso à informação. A regra se destina a pessoas públicas ocupantes de cargos públicos, mas acaba gerando reflexos em relação a pessoas que possuam notoriedade, as, hoje, chamadas de celebridades, em geral oriundas do mundo artístico.

Na doutrina italiana, a questão é tratada pelo que se chama de *zona di iluminabilità*, que importa expor o homem público a uma maior visibilidade de sua vida e de sua personalidade e à valoração crítica do público⁸.

Carmem Lúcia Antunes Rocha bem coloca a questão:

aquele que se oferece à eleição pelo povo a um cargo público não pode decidir que quer exercer um cargo público, pago com dinheiro público, para o exercício de funções públicas e manter a privacidade do mesmo modo de alguém que se mantém nos limites de uma atividade privada, em espaço particular, com recursos particulares e que não se dá à mostra nem participa de atividades ou desempenha funções que atinjam, direta ou indiretamente, o interesse público. Público o cargo, públicos os recursos com os quais se vive, pública a finalidade buscada com determinada atividade desenvolvida, é impossível que se pretenda manter o mesmo círculo limitado de privacidade que um cidadão despojado de tais deveres poderia vir a escolher (GARCIA e ALVES, 2011, p. 694).

8 Cf. GARCIA, 2011, p. 694.

Mas não é só. A ideia de privacidade diferenciada para o agente público foi expressamente adotada pelo direito pátrio com o advento da já citada Convenção da ONU contra a Corrupção – Convenção de Mérida, promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, que trata, no seu art. 52, das pessoas politicamente expostas ou PEP's (*politically exposed persons*), nos seguintes termos:

cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com sua legislação interna, para exigir das instituições financeiras que funcionam em seu território que verifiquem a identidade dos clientes, adotem medidas razoáveis para determinar a identidade dos beneficiários finais dos fundos depositados em contas vultosas, e intensifiquem seu escrutínio de toda conta solicitada ou mantida no ou pelo nome de pessoas que desempenhem ou tenham desempenhado funções públicas eminentes e de seus familiares e estreitos colaboradores.

5 Divulgação da remuneração e subsídios dos agentes públicos

A nova Lei de Acesso à Informação foi clara em encampar a prática da disponibilização de informações de forma proativa, independentemente de requerimentos. Assim, é dever dos órgãos e entidades públicas a divulgação de ofício de informações de interesse coletivo ou geral (art. 8º).

Entre as informações de interesse coletivo ou geral a serem divulgadas de forma proativa, são mencionados pela lei os registros das despesas (art. 8º, § 1º, inc. III). Com efeito, entre as despesas de um ente público figuram as despesas de pessoal, envolvendo as remunerações e subsídios dos agentes públicos, que não deixam de carregar certo caráter pessoal.

Se o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas bem como às liberdades e garantias

individuais, é certo que a restrição de acesso à informação não pode ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido. Reza a Lei n. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação:

Art. 31. [...]

[...]

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

Mas, mesmo fora do contexto de apuração de irregularidades, prevaleceu na regulamentação da nova lei que informações acerca de remunerações em sentido amplo dos agentes públicos constituem em informações de interesse coletivo ou geral.

Nesses termos, o Decreto n. 7.724/2012, dispondo sobre a transparência ativa, prevê a divulgação proativa em sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral, devendo ser divulgadas, em seção específica, informações sobre remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (art. 7º, *caput*, e § 3º, VI).

De fato, como já dito, nos termos da nova lei e do seu regulamento, informação pessoal é aquela relacionada à pessoa natural identificada, relativa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Agentes públicos possuem um âmbito de privacidade mais reduzido do que o das outras pessoas no que diz respeito ou tem

implicância direta com a coisa pública. Destarte, na medida em que arcadas diretamente pelo erário as remunerações e subsídios dos agentes públicos, não se concebe serem seus valores considerados informações pessoais sigilosas.

Faz-se mister ter em mente que o acesso a informações públicas e, em especial, a valores de remuneração e subsídios de agentes públicos não passou a ser possível apenas a partir do advento da Lei de Acesso à Informação. Não obstante os méritos que a lei e seu regulamento têm em fixar marcos mais precisos a respeito do que é informação sigilosa e dos meios reativos e proativos de fornecimento de informações, a Lei de Acesso à Informação é fundamentalmente exemplo do que se pode chamar de *renascentismo legislativo*, tão comum no Brasil.

Renascentismo, renascimento ou renascença foi um período da História da Europa, aproximadamente entre fins do século XIII e meados do século XVII, em que houve uma redescoberta e revalorização das referências culturais da antiguidade clássica. Renascentismo legislativo é justamente um novo tratamento de um tema pelo legislador, redescobrimo-o, revalorizando-o, pelo fato de o tratamento anterior não ter surtido os efeitos esperados, muito em razão de outro fenômeno bem brasileiro que é a *lei que não pega*.

O renascentismo legislativo, em geral, vem acompanhado de medidas políticas outras que não só a edição de uma nova lei. Exemplo patente do fenômeno foi a alteração do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n. 11.705/2008, que ficou conhecida como “Lei Seca”, que dispõe acerca da concentração de álcool no sangue do motorista, mas não inova substancialmente ao dispor sobre a conduta de dirigir embriagado. Tal conduta já era proscribida há muito tempo, o que não justifica o surgimento somente agora das inúmeras blitz e testes de bafômetro.

A nova Lei de Acesso parece caminhar por via análoga pois, apesar de não trazer grandes inovações legislativas, logrou êxito, com outras medidas, em deflagrar uma onda de transparência na Administração. Tanto é assim que foram setecentos pedidos de acessos no seu primeiro dia de vigência⁹ e determinações de disponibilização de contracheques na Internet.

6 Sigilo mitigado em improbidade administrativa

Publicidade é essência do Estado Democrático de Direito, além de princípio regente da Administração Pública. No tocante ao combate à improbidade, publicidade e acesso à informação tornam-se instrumentos viabilizadores, de modo que, sem estes, resta impossibilitado aquele.

Nesse diapasão, reza a LIA:

CAPÍTULO IV

Da Declaração de Bens

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

9 Cf. Folha de São Paulo de 17 maio 2012.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo.

A exigência de que o agente público forneça informações quanto aos seus bens e rendas não adveio com a LIA, mas já constava da Lei n. 3.164/1957 – Lei Pitombo-Godói Ilha –, que, no seu art. 3º, instituiu o registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não. Tal registro devia ser atualizado bienalmente e constituído em condição para posse e afastamento do cargo ou função.

O sistema da LIA, como visto anteriormente, prevê atualização anual das informações patrimoniais, versando tais informações acerca de bens móveis, imóveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações ou quaisquer outros bens e valores patrimoniais localizados no Brasil ou no exterior, do agente público e de seus dependentes.

A Lei n. 8.730/1993 dispôs no mesmo sentido, expressamente enumerando como sujeitos à obrigação o presidente da República, o vice-presidente da República, os ministros de Estado, os membros do Congresso Nacional, os membros da Magistratura Federal, os membros do Ministério Público da União e todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União.

O Decreto n. 5.483/2005 regulamentou, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da LIA, instituindo também a *sindicância patrimonial*, que consiste em procedimento sigiloso e meramente investigatório, sem caráter punitivo, instaurado pela autoridade competente ou pela Controladoria-Geral da União, caso se verifiquem incompatibilidade patrimonial ou indícios de enriquecimento ilícito, a ser conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores ou empregados efetivos de órgãos ou entidades da administração federal, que culmina em arquivamento ou processo administrativo disciplinar.

Verifica-se que o art. 13 da LIA representa clara hipótese de exceção ao direito à privacidade, especificamente em se tratando de agente público, que se vê tolhido do direito ao sigilo fiscal e patrimonial, ou seja, sobre seus bens e rendas, em face do Estado, não na relação de sujeição comum entre contribuinte e Estado-Fazenda, mas na relação de sujeição especial funcional de agente público e Estado-Administração, decorrente do vínculo administrativo.

Note-se que a disponibilização das informações fiscais ao Estado-Administração, por parte do Estado-Fazenda, acabou por ser prevista, em outros termos, no art. 198, § 1º, inc. II, do Código Tributário Nacional, com a alteração decorrente da Lei Complementar n. 104/2001, que prevê a disponibilização das informações em poder do Fisco, no caso de solicitações de

autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

No que se refere ao sigilo bancário do agente público, a Lei não disciplina semelhante mitigação, prevendo expressamente que a quebra se dê por meio de ordem judicial:

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a quebra do sigilo bancário somente se dá por meio de ordem judicial¹⁰. Como bem coloca José Robalinho Cavalcanti (2001, p. 92), no Brasil houve “a sacralização do sigilo e entronização, pelo Supremo Tribunal Federal, do sigilo bancário como parte do direito à privacidade”. Tal não ocorre em outros países, como nos Estados Unidos da América, país central do Sistema Financeiro Internacional, em que o sigilo bancário é visto como direito derivado do sigilo profissional e não do direito à privacidade. Nesses termos, em *United States vs. Miller*, Suprema Corte, julgado em 1976, entendeu-se que se o indivíduo disponibiliza seus dados ao estabelecimento bancário, a serem acessados por número indefinido de pessoas, sobre as quais não tem nenhum controle, não poderia opor sigilo a autoridades administrativas em relação a eles,

10 Petição 577 – Questão de Ordem, rel. min. Carlos Veloso, j. 25 mar. 1992, RTJ 148/366-379 – *leading case*; RE 215.301-CE, min. Carlos Velloso, DJ 28 maio 1999; e, mais recentemente, RE 389808, min. Marco Aurélio, DJe 10 maio 2011.

não havendo então “expectativa de privacidade” (*test of expectation* conforme definido desde *Katz vs. United States*).

No caso de quebra de sigilo telefônico, aí sim, não há dúvida: a prova deve ser obtida mediante ordem judicial em um processo penal e, por comunhão, ser utilizada no processo civil de improbidade¹¹. Aqui, no entanto, a disciplina constitucional e legal é completamente diversa.

Caso emblemático que envolveu o sigilo de agentes públicos foi o da apuração do patrimônio de juízes e servidores de vinte e dois tribunais por parte do Conselho Nacional de Justiça. No caso, foi utilizado levantamento do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), do Ministério da Fazenda, que apontou movimentações financeiras *atípicas* no valor de R\$ 855,7 milhões¹².

A controvérsia se deu em torno do caráter sigiloso ou não dos dados. A apuração foi contestada pelas associações de magistrados sob a alegação de quebra do sigilo de servidores e juízes. A Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon, sustentou que essa verificação patrimonial era feita em inspeções rotineiras desde o início da atuação do Conselho Nacional de Justiça, em 2005.

Os entendimentos no Supremo Tribunal Federal também divergiram. Para alguns ministros, usar esse tipo de dado era uma forma de quebrar o sigilo bancário e fiscal de pessoas sem autorização de um juiz, um ato ilegal. Outros ministros argumentaram que o CNJ foi criado para investigar desvios de conduta e que havia lei específica autorizando o conselho e demais órgãos de fiscalização

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 1403/BA, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 27 abr. 2012.

12 Fux libera CNJ para investigar patrimônio de juízes. Revista Consultor Jurídico. 29 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-29/fux-libera-parcialmente-investigacao-cnj-patrimonio-juizes>>. Acesso em: 19 jun. 2012, 9h15.

administrativa a obter esse tipo de informação para zelar pela moralidade no Judiciário¹³.

Primeiramente, a apuração foi suspensa em decisão liminar do ministro Ricardo Lewandowski. Posteriormente, a relatoria do caso foi passada ao ministro Luiz Fux, que permitiu a retomada do trabalho após pedido da Corregedora Nacional de Justiça, ministra Eliana Calmon. O ministro relator, contudo, permitiu que a investigação fosse feita com base em declarações de imposto de renda entregues aos tribunais e em folhas de pagamento, mas sem o uso das informações que constam no levantamento feito pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)¹⁴.

Em outras palavras, entendeu o ministro, em sede de cognição sumária, que o membro ou o servidor do Poder Judiciário, em face do Conselho Nacional de Justiça, não pode invocar sigilo fiscal – proteção que recai sobre informações acerca da situação econômica ou financeira e sobre a natureza e o estado dos negócios ou atividades do contribuinte prestadas à Fazenda (art. 198 do Código Tributário Nacional) –, mas apenas sigilo bancário – proteção que recai sobre as operações ativas e passivas e serviços prestados pelas instituições financeiras (art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001).

Tal construção não deixa de seguir a lógica do sistema de improbidade sobredita, prevista nos arts. 13 e 16 da LIA, a não ser pelo fato de a prestação de informações pelo COAF não se enquadrar exatamente em medida de quebra de sigilo bancário.

13 STF julga como CNJ apura patrimônio de juízes. O Globo. 25 fev. 2012. <<http://oglobo.globo.com/pais/stf-julga-como-cnj-apura-patrimonio-de-juizes-4067611#ixzz1xhGJKPtc>>. Acesso em: 19 jun. 2012, 09:15:00.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 31.085, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 5 mar. 2012.

A prestação dessas informações está prevista no art. 11 da Lei n. 9.613/1998 – Lei de Lavagem de Dinheiro, que estabelece a sistemática geral de comunicação de operações suspeitas – e no art. 5º da Lei Complementar n. 105/2001, no âmbito tributário. É vedada a inclusão de dados que permitam a identificação da origem e da natureza dos gastos, limitando-se as informações aos dados relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados. O Decreto n. 4.489/2002, regulamentando a matéria, fixou as movimentações bancárias a serem informadas em superiores a R\$ 5.000,00 mensais, em se tratando de pessoas físicas, e a R\$ 10.000,00, em se tratando de pessoas jurídicas. As instituições financeiras prestam essas informações ao Banco Central que, por sua vez, as transmite, nos termos do art. 14 da Lei de Lavagem de Dinheiro, ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão de inteligência do Ministério da Fazenda, criado pela mesma lei (arts. 14 a 17).

O COAF é agente do sistema da *compliance* – termo que quer dizer conformidade, cumprimento –, ou seja, sistema encarregado de monitorar a conformidade do setor com sua regulação¹⁵, atividade comparada a de uma *torre de vigia*¹⁶.

A prestação de informações sobre operações não representa exatamente quebra de sigilo. Na LC n. 105/2001, por exemplo, tal quebra não está prevista no referido art. 5º, mas no art. 6º da mesma lei, impondo requisitos específicos: a existência prévia do processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e a indispensabilidade do exame de dados a juízo da autoridade administrativa competente.

15 LIMA, 2001, p. 53.

16 ARAS, 2011, p. 376.

Tanto isso é verdade que, na prática, o Relatório de Inteligência Financeira (RIF) se consubstancia em indícios, a ensejarem, se for o caso, nada mais do que requerimento de ordem judicial de quebra de sigilo bancário ou fiscal:

Caso em que o Ministério Público Federal solicitou a providência ao Juízo Criminal (que a deferiu) com lastro na necessidade decorrente de seu poder/dever constitucional – de investigar delitos de descaminho/contrabando e lavagem de capitais [...] tudo conforme elementos indicados por determinados bancos para a COAF, havendo indícios de vínculo das pessoas jurídicas com as duas pessoas nominadas. 2. É direito do Ministério Público Federal solicitar ao Judiciário as providências de quebras de sigilo, e é dever da Magistratura determiná-las desde que presentes os requisitos de legalidade e constitucionalidade que são aparentemente presentes no caso. 3. Inexiste constrangimento ilegal evidente na decisão que decretou a quebra do sigilo bancário e fiscal da paciente, uma vez que o *decisum* foi devidamente fundamentada na imprescindibilidade da colheita de provas para investigar fatos com contornos criminosos e possibilitar *opinio delicti* ministerial¹⁷.

A atuação do COAF já vem sendo ameaçada e a legitimidade de suas ações é tema do RE 601.314/SP, cuja repercussão geral foi reconhecida no Supremo Tribunal Federal, em que se analisa a constitucionalidade da Lei Complementar n. 105/2001.

Parece ser olvidado que a comunicação de atividades suspeitas e a atuação do COAF se fundamentam na Recomendação 13 (SAR – *Suspicious Activity Report*) do GAFI – *Groupe d'Action Financière*, órgão intergovernamental de elaboração de políticas –, adotada, em um total de 40+9 Recomendações, por cerca de 180 países, e reconhecida pelo FMI e Banco Mundial como padrões internacionais a serem seguidos.

17 BRASIL. Tribunal Regional Federal. HC 00283595220114030000, Desembargador Federal Johanson Di Salvo, TRF3 – Primeira Turma, 15 dez. 2011.

Que a atuação do COAF e o uso das informações que constam de seus levantamentos atinge a privacidade, em alguma medida, ninguém duvida. Entretanto, pelo menos em se tratando de agente público, titular de uma privacidade mitigada, é inconcebível que não possa haver tal controle sobre operações atípicas que realizar, mormente tendo em conta a ausência de sigilo sobre bens e rendas dessas pessoas em face do Estado.

Assim entende Vladimir Aras:

Obter declarações de renda de servidores públicos ou agentes políticos com base no art. 13 Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) e solicitar relatórios de inteligência financeira (RIF) ao COAF não é o mesmo que fazer uma devassa; não é o mesmo que quebrar o sigilo bancário ou fiscal.

O cruzamento desses dados serve para identificar suspeitas aqui ou ali, que deverão ser pontualmente investigadas pela Corregedoria e, se for o caso, pelo Ministério Público e pela Polícia, aí sim com as quebras de sigilo. Os ânimos estão muito exaltados e isto obnubila os juízos racionais. Embora não formalmente listados como tais, juízes e membros do Ministério Público são “pessoas politicamente expostas” (PEPs, em inglês) e deveriam estar sujeitos a escrutínio especial em suas atividades financeiras¹⁸.

7 Conclusão

Em uma época de busca frenética por cargos, funções e empregos públicos, mormente em função da suposta remuneração, superior à encontrada na iniciativa privada, e de outras vantagens estatutárias ou previdenciárias, é preciso que se compreendam, outrossim, os ônus decorrentes da assunção desses cargos, funções e empregos que são remunerados pelo erário. A mesma compreensão deve ter,

18 Disponível em: <<http://180graus.com/geral/aras-solicitar-dados-ao-coaf-nao-e-quebra-de-sigilo-483419.html>>. Acesso em: 19 jun. 2012, 9h15.

principalmente, aquele que postula ou assume cargos políticos ou, enfim, todo aquele na condição de pessoa politicamente exposta.

Diante da ponderação entre o direito fundamental à privacidade e o princípio da publicidade que rege a Administração Pública, o direito pátrio hoje mitiga o sigilo do agente público em prol da transparência no manejo de verbas públicas e do combate à improbidade.

Extrai-se do art. 13 da LIA que não cabe invocação de sigilo fiscal por parte do agente público em face dos órgãos de controle do Estado, incluídos aí o CNJ ou CNMP, havendo franco acesso destes às suas declarações de imposto de renda.

A Lei de Acesso à Informação, por sua vez, reconhecendo a prevalência do caráter público das despesas públicas, mesmo no que diz respeito ao pagamento de remunerações e subsídios, autoriza acesso e exame irrestrito das folhas de pagamento dos órgãos e entidades públicas.

Por sua vez, quanto à sistemática de comunicações de operações suspeitas e prestação de informações levantadas pelo COAF, a questão apresenta maior complexidade e controvérsia. Isso porque não há dúvida de que a atuação do COAF e o uso das informações que constam de seus levantamentos atingem a privacidade em alguma medida. No Brasil há verdadeira entronização, pelo Supremo Tribunal Federal, do sigilo bancário como parte do direito à privacidade, o que não ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América, país central do Sistema Financeiro Internacional.

De toda sorte, a prestação de informações sobre operações não representa exatamente quebra de sigilo bancário, consubstanciando-se o Relatório de Inteligência Financeira (RIF) em indícios, a ensejarem, se for o caso, requerimento de ordem judicial de quebra de sigilo bancário ou fiscal.

Ademais, a comunicação de atividades suspeitas e a atuação do COAF reproduzem no Brasil política adotada por cerca de 180 países e reconhecida pelo FMI e Banco Mundial como padrão internacional a ser seguido.

Com relação a operações financeiras de agente público, há ainda mais a ser considerado. Uma vez titular de uma privacidade mitigada, é inconcebível que não possa haver tal controle sobre operações atípicas realizadas pelo agente público, em especial pessoa politicamente exposta, tendo em conta a ausência de sigilo sobre bens e rendas dessas pessoas em face do Estado.

Operações atípicas de agentes públicos não podem ser consideradas informações pessoais sigilosas, mas sim informações públicas, a sofrerem a disciplina da cultura da informação.

Assim, o agente público não tem como invocar o direito fundamental à proteção de sua privacidade em face dos órgãos de controle da Administração Pública no tocante a informações ligadas à remuneração e subsídio por meio de verbas públicas, informações ligadas ao seu patrimônio e rendas ou operações financeiras suspeitas, tudo em razão da disciplina do combate à improbidade e da adoção pelo Brasil da cultura da informação.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Pautas Teóricas y Juriprudenciales para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada. In: Carbonell, Miguel (Compilador). *Problemas Contemporáneos de La Libertad de Expresión*. México: Editorial Porrúa, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 3ª reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAS, Vladimir. As controvérsias da Lei n. 9.613/1998. In: SOUZA, Arthur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

_____. Solicitar dados ao COAF não é quebra de sigilo. *180graus*. 25 dez. 2011. Disponível em: <<http://180graus.com/geral/aras-solicitar-dados-ao-coaf-nao-e-quebra-de-sigilo-483419.html>>. Acesso em: 19 jun. 2012, 9h15.

ARENDT, H. *A condição humana*. São Paulo: Forense/Salamandra/Edusp, 1981.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. A proteção legal do acesso a informações sobre atividades causadoras de impactos ambientais. In: *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, a.3, n. 10. Brasília: ESMPU, jan./mar. 2004.

CAVALCANTI, José Robalinho. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DI CARLI, Carla Veríssimo (Coord.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*. In: DI CARLI, Carla Veríssimo (Coord.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: Unesco, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*. Disponível em: <<http://aulavirtual.upo.es:8900/webct/urw/lc102116011.tp0/cobaltMainFrame.dowebct>>. Acesso em: 21 jan. 2009.

SILVA, Taís Carvalho. O espetaculoso mundo do eu. *Seleções Jurídicas*. Rio de Janeiro: COAD, abr. 2012.

STOCO, Rui. *Direito das pessoas jurídicas à intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 100, v. 910, ago. 2011.