

Revista Jurídica

VERBA LEGIS

2013

AINDA SOBRE O (INEXISTENTE) SIGILO NAS DOAÇÕES PARA CAMPANHA ELEITORAL

Marcelo Ribeiro de Oliveira¹

O Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, em reiterados julgados, vem reconhecendo a licitude da utilização das informações prestadas pela Receita Federal do Brasil, ao Tribunal Superior Eleitoral, por meio do convênio estabelecido pela Portaria Conjunta SRF/TSE nº 74/2006 para subsidiar o ingresso das ações, buscando as sanções previstas no art. 23, § 3º, da Lei 9.504/97, na hipótese de comprovação da inobservância dos limites legais para doações em campanhas eleitorais.

Essa postura, que diverge da orientação do próprio Tribunal Superior Eleitoral, é digna dos maiores encômios e é a única interpretação sistemática e constitucionalmente aceitável para o trato da questão.

O presente ensaio busca trazer as razões pelas quais tal entendimento deve prevalecer e, ainda, a insubsistência das alegações em sentido contrário, observando as graves consequências jurídicas que seriam naturalmente decorrentes dessa exegese e que passam ao largo, usualmente, de um exame mais aprofundado.

A contrario sensu, não se contentará com o *argumentum ad verecundiam* de que o “TSE já decidiu”, uma vez que se tratam de decisões não vinculantes, não sendo demais lembrar que o próprio Supremo Tribunal Federal reviu posicionamentos que se firmaram por anos, cabendo anotar, ilustrativamente, as atuais: a inadmissibilidade da prisão civil do

fiduciante inadimplente, inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime em crimes hediondos e a desnecessidade da efetiva prática de ato de ofício para a configuração do crime de corrupção passiva.

A questão controvertida, suscitada pelos doadores, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, é de que o envio de informações por parte da Receita Federal do Brasil ao Tribunal Superior Eleitoral, efetuado em decorrência do cumprimento da Portaria Conjunta n. 74, de 10.01.2006 seria uma prova ilícita, em virtude da quebra do sigilo fiscal, por violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal.

Não existe essa alegada quebra de sigilo. Basta que se veja qual o teor da informação prestada, qual seja nome do doador, seu endereço fiscal, seu telefone, seu CPF, os rendimentos do ano anterior, que servem de base de cálculo para o limite legal da doação, o valor do limite legal máximo da doação, o valor total das doações, o nome do recebedor da doação, seu número, o cargo para o qual concorreu e o número do partido político pelo qual concorreu ao pleito.

A tutela da privacidade, viabilizada pelo sigilo, como ensina BASTOS² exsurge da “*necessidade de proteger especificamente a imagem das pessoas, a sua vida privada, a sua intimidade*”. Por óbvio, descabe falar em qualquer vulneração à imagem. E qual violação haveria em relação à vida privada ou à intimidade?

Não há violação da intimidade, descabe falar em sigilo, instrumento para assegurar tal direito.

¹ Procurador Regional Eleitoral em Goiás e Procurador da República.

² BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 22 ed. São Paulo: Malheiros, p. 304.

Essa análise não passou despercebida no julgamento do Recurso Eleitoral 482-07.2011.6.09.0000, relatado pelo Juiz Leonardo Buissa de Freitas, publicado no Diário da Justiça, Volume 139, Tomo 1, data 25/7/2012. Do voto condutor, extrai-se a seguinte passagem:

Com efeito, o aludido dispositivo constitucional reza que: “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Deste inciso vê-se nitidamente que o sigilo em si não é o bem jurídico tutelado pela norma constitucional em foco. Os bens protegidos, em verdade, são a intimidade e a vida privada, sendo o sigilo apenas instrumento a proteger tais bens. Resta patente a acessoriedade do sigilo. Ele só serve enquanto instrumento protetor da intimidade do cidadão. Assim, se tal intimidade não estiver sendo vulnerada, descabe falar em sigilo.

A este respeito, vale transcrever as ponderações de Christiano Mendes Wolney Valente (Sigilo Bancário: Obtenção de Informações pela Administração Tributária Federal, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2006, p. 81), quando o autor comenta a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“Para o citado autor, o sigilo jamais é o bem protegido, objeto do direito fundamental. Não passa de uma mera faculdade de agir, de guardar segredo. Considera que dentro de um direito subjetivo podem ser encontrados três elementos: o sujeito, o conteúdo e o objeto. O sujeito é, por óbvio, o titular do direito. O conteúdo é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros, de resistir-lhes, ou de dispor,

gozar, usufruir. O objeto é o bem jurídico protegido que pode ser uma coisa ou um interesse. Sempre no conteúdo de um determinado direito é que estaria o sigilo, como faculdade de segregar. Desta maneira, o sigilo não é um fim em si mesmo, mas ‘um instrumento fundamental cuja essência é a acessoriedade’.(FERRAZ, Jr., 2001)”

Sendo da essência do sigilo ser um mero instrumento e não o direito protegido em si, a preservação dele somente se justifica quando o direito fundamental corre o risco de ser afrontado.

Em síntese, pode-se afirmar que só há sigilo se houver intimidade a ser protegida. O hermeneuta deve centrar toda a sua atenção no bem jurídico tutelado, no caso, a intimidade, que é o direito fundamental e não no sigilo, visto ser este somente acessório.

Fixado este ponto, urge retornar ao inciso X do artigo 5º da Constituição Federal.

Analizando tal artigo constitucional, nota-se que o legislador constituinte trata distintamente a intimidade e a vida privada. Seguindo respeitável entendimento doutrinário, acredito que há uma diferença de grau de exclusividade entre ambas. Enquanto na intimidade o acesso é vedado peremptoriamente, sendo o grau de exclusividade quase absoluto, na vida privada há uma proteção mais tênue, eis que é uma vida social, porém não pública, restrita a convivência de algumas pessoas.

Assim, na intimidade o sigilo é rígido, enquanto que na vida privada ele existe, porém de forma mais flexível.

(...)

A mera referência aos rendimentos obtidos não expõe questões mais íntimas, mais privadas, como atos negociais, atuações profissionais, dependentes, enfim questões

de intimidade e que, portanto, merecem ser albergadas pelo sigilo.

Assim, visualizo que não houve quebra de sigilo pelo fato de inexistir, in casu, o sigilo, que não é um direito em si e sim um instrumento para proteção da vida privada e da intimidade que, não foram, pela transmissão dos dados constantes no documento de fl. 4, vergastadas.

A falta da necessidade do sigilo, vez que o bem jurídico constitucionalmente tutelado, a vida privada ou a intimidade, não foi afrontado, é um primeiro fundamento, ao qual alio outro que passo a apresentar.

Do ponto de vista das pessoas jurídicas, faz menos sentido, ainda, falar em intimidade e, por via de consequência, de oponibilidade de sigilo a tutelá-lo. Essa constatação, além da ontologia, da natureza das pessoas jurídicas, emerge também da impossibilidade de coexistir o alegado sigilo, com o regramento legal que exige transparência no que tange à condição fiscal destas.

Da Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404/76, extrai-se o dever de, ao fim de cada exercício social, a diretoria, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício (art. 176).

No Código Civil, encontram-se diversas regras a exigir transparência das pessoas jurídicas, merecendo ênfase o art. 1.140, ao tratar da sociedade estrangeira, na medida em que essa deve, sob pena de lhe ser cassada a autorização, reproduzir no órgão oficial da União, e do Estado, se for o caso, as publicações que, segundo a sua lei nacional, seja obrigada a fazer relativamente ao balanço patrimonial e ao de resultado econômico, bem

como aos atos de sua administração. Ainda que tal disposição seja feita em relação a um tipo específico de pessoas jurídica, observa-se a coexistência da publicidade ampla de movimentação financeira, sem que se cogite de falar em violação a qualquer garantia constitucional.

Ainda que se falasse de sigilo, na hipótese, cumpre observar que o compartilhamento de informações entre órgãos do Estado também, em absoluto, poderia ser considerado violação de sigilo.

Com efeito, o art. 198, § 1º, inciso II, do Código Tributário Nacional, alterado pela Lei Complementar 104/2001, dispõe que:

“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

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

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega

será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

Além da plena subsunção ao inciso I, anteriormente mencionado, permita-se insistir que os dados em questão não possuem natureza bancária, mas fiscal e disponíveis à Receita Federal para averiguação da correta tributação dos fatos geradores. O fato de constar na Declaração de Ajuste Anual o saldo de contas correntes, não constitui a quebra do sigilo bancário propriamente dito, mas obtenção de dados econômico fiscais junto à Receita Federal, nos termos do art. 198, § 1º, inciso II, do CTN, para análise e, se for o caso, promover a quebra do sigilo bancário na forma da Lei Complementar nº 105/2001.

PROENÇA³ bem examina a questão, *verbis*:

“Ressalte-se ser dever legal do contribuinte não só o pagamento dos tributos que o tenham como sujeito ativo, mas igualmente, a prestação de todas as informações necessárias para a apuração do fato gerador e da incidência tributária. Estas informações são protegidas pelo sigilo, mas não são secretas, permitindo o seu conhecimento por terceiros, que não os servidores das Fazendas Públicas, dentro de determinados critérios e sob certas circunstâncias, como é o caso dos membros do Ministério Público, no exercício de seu poder de requisição, para instrução dos seus expedientes investigativos, sem prejuízo do dever de manter o caráter sigiloso das informações fiscais que houverem recebido, consoante normas legais anteriormente comentadas (arts. 198 e 199 do CTN)

(parêntesis explicativo)”.

Essa questão também restou observada no já mencionado Recurso Eleitoral 482-07.2011.6.09.0000:

Mesmo que se entendesse haver uma invasão à vida privada, protegida pelo sigilo fiscal, este poderia ser quebrado por ato do Judiciário. No caso presente, vislumbro claramente a existência de tal ato emanado do Judiciário Eleitoral.

A razão de existir da Justiça Eleitoral é conduzir o processo eleitoral de forma segura, transparente e célere, combatendo as fraudes. Tal missão institucional se dá dentro do devido processo legal que, na seara eleitoral, abrange o alistamento eleitoral, o registro de candidatos, a propaganda política, as medidas preliminares à votação e à apuração, a votação, a apuração, a diplomação, os recursos eleitorais, a ação de impugnação de mandato eletivo, o processo penal eleitoral, enfim tudo o que estiver relacionado ao pleito eleitoral.

Nota-se, pois, que a jurisdição eleitoral abrange uma série de atos que, a princípio, seriam administrativos, mas que foram judicializados por vontade do legislador constituinte ao instituir tal ramo especial do Judiciário da União, consoante se observa da leitura dos artigos 118 a 121 da Lei Maior.

Ora, dentro do devido processo eleitoral, a Justiça Eleitoral utilizar de instrumento no afã de verificar se a doação eleitoral ultrapassou os limites legais, faz parte da própria essência da jurisdição eleitoral, que foi eficaz e plenamente exercida pelo Colendo Tribunal Superior Eleitoral, ao celebrar um convênio com a Secretaria da Receita Federal para atingir tal fim.

Nada mais que isso; o ato é jurisdicional, uma vez que colima a lisura do pleito.

³ PROENÇA, Luis Roberto, “Inquérito Civil”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 79 e 80

Seria ato administrativo se o TSE fizesse tal convênio com a Receita Federal para verificar a declaração de rendimentos dos juízes eleitorais das diversas instâncias, dos servidores da Justiça Eleitoral, de empresas prestadoras de serviços para a Justiça Eleitoral. Aí sim seria ato administrativo e haveria necessidade de ulterior ato judicial para a quebra do sigilo fiscal.

Assim, não há que se falar em sigilo. Se contrariamente se entendesse, o acesso a esses dados, da forma como operada, é legítimo.

Refute-se aqui o usual argumento de que portaria não poderia criar obrigações. Não poderia e não pode! A hipótese dos autos não cria qualquer relação jurídica fora dos lindes estatais, mas apenas disciplina a relação entre Receita Federal e Justiça Eleitoral. A obrigação se opera tão somente entre as partes conveniadas, nos limites de suas atribuições e sob disciplina legal, sem qualquer inovação material no ordenamento jurídico.

Esse é o estado da arte que faz concluir que não há qualquer eiva na utilização das informações prestadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, obtidas por meio de convênio.

No entanto, pretende-se demonstrar, ainda, duas consequências que a adoção do entendimento contrário levaria. Não se trata de usar a lógica do ridículo, bem analisada por PERELMAN⁴, mas de explorar a argumentação aos seus inevitáveis desdobramentos lógicos.

De início, tem-se que o Tribunal Superior Eleitoral não aceita seu próprio ato, prejudicando o Ministério Público, como representante da sociedade, malfere o princípio da confiança, bem retratado por CANOTILHO⁵:

“A orientação normativo-constitucional não significa que o problema da retroatividade das leis deva ser visualizado apenas com base em regras constitucionais. Deverá ainda acrescentar-se: uma lei retroativa pode ser inconstitucional quando um princípio constitucional, positivamente plasmado e com suficiente densidade, isso justifique. Esta formulação, que pretende ser uma consequência da idéia de constituição como sistema aberto de normas e princípios, evita duas unilateralidades: (1) a redução do parâmetro normativo-constitucional às regras, esquecendo-se ou desprezando-se a natureza de direito atual e vinculante dos princípios; (2) a derivação para uma retórica argumentativa a partir de princípios abstratos, insuficientemente positivados ou desprovidos de densidade normativa, tais como o princípio de non venire contra factum proprium, o princípio da vinculação temporal do direito (cada tempo tem o seu direito, cada direito tem o seu tempo), o princípio da garantia de direitos adquiridos, o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio da igualdade do patrimônio. Uma argumentação ancorada exclusivamente em princípios desse gênero reconduzir-se-á a um infrutífero esquema tautológico (ex. deve ser protegida a confiança do cidadão digna de ser protegida, devem proteger-se os direitos adquiridos por serem direitos

4 Perelman C & Olbrechts-Tyteca L 1996. Tratado da argumentação: a nova retórica. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 653 pp.

5 CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

adquiridos)”.

Que alternativa teria o *parquet* ao receber a informação? Omitir-se e violar seu mister funcional? O pior cenário, se entendido violado sigilo, deveria ter, em ponderação de interesses, um posicionamento prospectivo, de modo a preservar a ação de boa-fé.

A saída dada pelo Tribunal Superior Eleitoral, que aliás, por prudência e pragmatismo deve ser adotada para se evitar insucessos processuais até que o entendimento atual seja revisto, consiste na utilização desses dados para a postulação judicial dos dados, para a instrução de cada uma das representações a serem movidas. Essa conduta, todavia, incide em um vício original. Se a prova é ilícita, ela não serve para produzir outra válida, haveria, pela doutrina dos frutos da árvore envenenada, ilicitude por derivação. Tal cenário equivale a usar uma escuta ilegítima para fundamentar uma busca que permitiria chegar a elementos relevantes para uma investigação. Como usar como ponto de partida algo que não se aceita como lícito? A conclusão, com o devido respeito, é de que o posicionamento é inconsistente: a prova é nula por si só, mas é válida como meio para se obter outra prova.

Por último, como consequência das mais desagradáveis, de que forma quem defende a existência de sigilo qualifica penalmente o repasse das informações feitas pelo Tribunal Superior Eleitoral? O repasse é voluntário e consciente. Existe tipo penal para o fornecimento de informações sigilosas. Os servidores da Receita e do Tribunal Superior Eleitoral agiram de forma típica? E se há violação ao princípio da intimidade, o Convênio é um ato ímprobo? Pensa-se que não por tudo o quanto se expôs e que talvez não seja discutido, se

a orientação atual do Tribunal Superior Eleitoral (verdadeiro *venire contra factum proprium*, com o devido respeito) moldar a atuação do Ministério Público doravante. No entanto, na hipótese de utilização direta do objeto do Convênio, quem o condena, por uma questão de coerência, deveria examinar todos os consectários dessa censura.