



Eficácia dos mecanismos de proteção de informações é relativa

16/10/2010

Há cerca de nove anos, fui perguntado, por um colega do exterior, quanto à eficácia dos mecanismos de proteção de informações de pessoas jurídicas e físicas detidas pelo governo brasileiro, em seus diferentes níveis, órgãos e instituições. A questão, no particular, envolvia matéria de Direito Concorrencial, uma vez que se tratava de um processo administrativo relativo à operação submetida à apreciação do Cade e no qual eram solicitadas inúmeras informações relativas às práticas comerciais, mercado, etc.

Há oito anos, minha resposta foi simples: a eficácia é relativa, ainda que exista o dever funcional de manutenção do sigilo, sujeitando o(s) infrator(es) a sanções penais e civis.

Lendo sobre os recentes casos de violação de sigilo fiscal ocorridos, parece-me que, passado tanto tempo, diante de uma arguição idêntica, minha resposta tenderá a ser a mesma, ou seja, o estado brasileiro é frágil no que diz respeito a salvaguardar as informações que, sujeitas a sigilo legal – e constitucional acima de tudo –, detém.

As fragilidades são de ordens variáveis, a saber: (i) a precariedade no armazenamento físico das informações prestadas em papel, que facilitam não apenas a perda das mesmas em sinistros, mas também o acesso desautorizado; (ii) a qualidade dos sistemas de proteção a acessos não autorizados (físicos e/ou eletrônicos); e, o que é mais trágico, (iii) a ação humana em conflito direto com a norma.

De fato, se alguém, ele irá encontrar meios de violar um sistema de proteção, seja isso no meio público ou privado.

O que causa espécie, no entanto, é que a violação a um dever constitucional de sigilo por ação humana não parece ser, no campo público, um fato excepcional, como o é, em geral, na órbita privada, e tampouco dissimulado e/ou que requeira mecanismos de burla minimamente sofisticados. A sensação é que, havendo uma demanda por informação, há como ser ela extraída dos arquivos públicos com razoável grau de facilidade.

Diante desse quadro, qual é a novidade na reação do estado frente a um problema no campo fiscal que parece ser crônico e que não se limita a um determinado poder ou órgão, mas que responde no âmbito das questões tributárias federais?

Creio que a novidade não está em afirmar que (MP 507/2010):

Artigo 1º – O servidor público que permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento, empréstimo de senha ou qualquer outra forma, acesso de pessoas não autorizadas a informações protegidas por sigilo fiscal, de que trata o artigo 198 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, será punido com pena de demissão, destituição de cargo em comissão, ou cassação de disponibilidade ou aposentadoria.



Artigo 2º - O servidor público que se utilizar indevidamente do acesso restrito às informações protegidas por sigilo fiscal será punido com pena de demissão, destituição de cargo em comissão, ou cassação de disponibilidade ou aposentadoria.

Artigo 3º - O servidor público que acessar sem motivo justificado as informações protegidas por sigilo fiscal será punido com pena de suspensão de até 180 dias, desde que não configurada a utilização indevida de que trata o artigo 2º desta Medida Provisória.

§ 1º - O acesso a informações protegidas por sigilo fiscal será disciplinado pelo órgão responsável pela guarda da informação sigilosa.

§ 2º - O acesso sem motivo justificado de que trata o caput deste artigo acarretará a penalidade de demissão, destituição de cargo em comissão, ou cassação de disponibilidade ou aposentadoria:

I - se houver impressão, cópia ou qualquer forma de extração dos dados protegidos;

II - em caso de reincidência.

Artigo 4º - A demissão, a destituição de cargo em comissão e a cassação de disponibilidade ou de aposentadoria previstas nos artigos 1º a 3º incompatibilizam o ex-servidor para novo cargo, emprego ou função pública em órgão ou entidade da administração pública federal, pelo prazo de cinco anos.

Isto porque tais sanções já eram, no geral, previstas no ordenamento pré-existente à MP 507/2010. O que é novo é a atribuição aos procuradores e, em particular, aos advogados, o papel de bodes expiatórios dessas falhas funcionais, como consta do artigo 5º da MP 507/2010:

Artigo 5º - Somente por instrumento público específico, o contribuinte poderá conferir poderes a terceiros para, em seu nome, praticar atos perante órgão da administração pública que impliquem fornecimento de dado protegido pelo sigilo fiscal, vedado o substabelecimento por instrumento particular.

§ 1º - A partir da implementação do registro eletrônico de que trata o artigo 37 da Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, o instrumento de mandato de que trata o caput deverá ser disponibilizado eletronicamente à Secretaria da Receita Federal do Brasil para operar os efeitos que lhe forem próprios.

Com os acréscimos regulamentares contidos na Portaria RFB 1860/2010 (artigo 7º).

Ocorre que a MP 507/2010 nasce, em essência, de quebras de obrigações funcionais, isto é, do estado, que deveria salvaguardar os seus bancos de dados, e que levam à violação de sigilos. As violações são de diferentes portes, que vão desde os níveis mais baixos do funcionalismo até os mais altos, senão vejamos:

a) a prática de permissão de uso de senhas pessoais e individuais entre os funcionários de determinados órgãos;

b) a ausência de controle e fiscalização mínima dessa prática indevida pelos chefes imediatos;

c) a ausência de mecanismos técnicos que não imponham barreiras adicionais ao acesso a dados por quem não deveria ter acesso ou demonstre a razão para um determinado acesso, o que engloba toda a área de segurança da informação dentro dos organismos públicos até suas chefias superiores (trata-se, aqui, de assunto Constitucional, e não meramente administrativo, daí caber a extensão de responsabilidades a toda a cadeia funcional envolvida – do Ministro ao funcionário lotado em determinado órgão).

Apesar disso, a preocupação não foi a de fazer cumprir a lei, de modo a que as diretrizes constitucionais e legais já existentes sejam obedecidas. O que se fez foi criar uma exigência burocrática adicional, e custosa, que é a de exigir que as procurações outorgadas passem a ser, necessariamente, por instrumento público. Nessa linha, os advogados que venham a atuar para clientes em processos fiscais administrativos terão que passar a obter procurações públicas, que não são gratuitas, ou terão que questionar a legalidade da MP uma vez que se pode considerar tal requisito uma violação ao direito de defesa e às prerrogativas da profissão (ofensa ao artigo 113 da CF; ao artigo 38 do CPC; aos artigos 7º, VI, c) e XIII, XV, XVI da Lei 8.906/94; e ao artigo 654 do CC).

A norma dá a entender que todo processo administrativo fiscal é sigiloso mesmo para o advogado do envolvido, como se o advogado não fosse alcançado pelo sigilo das informações que passa a deter sobre o processo, informações, aliás, que são necessárias à defesa, à formação do contraditório, do devido processo legal.

Deflui do exposto que a MP 507/2010 não é, de fato, destinada à defesa do cidadão, mas sim do estado frente à sociedade, em particular dos “procuradores”.

Na sociedade moderna, as pessoas (físicas e jurídicas) tornam-se cada vez mais entidades incorpóreas, dados eletrônicos armazenados em bancos de dados passíveis de violações. Não me parece, então, que exigir procurações por instrumento público seja medida que tenha utilidade real frente a esse mundo virtual e que possa ser uma salvaguarda minimamente razoável quanto ao acesso e uso desautorizado de informações sigilosas.

Na sociedade moderna, também, cabe definir qual é o limite de informações que possa o estado deter das pessoas e quais devam ficar de modo permanente em seu poder.

Liberdade e privacidade são conceitos extremamente vulnerados pela sociedade informatizada, pelo que há urgente necessidade em se tratar o assunto sobre a ótica de quem deve e o que deve ser protegido e como fazer tal proteção, sob pena de se proteger nada e ninguém, o que não se atinge pela exigência de procuração por instrumento público a qual, aliás, somente favorece as receitas dos cartórios e das entidades estatais beneficiadas pelos emolumentos a serem pagos.