

Princípio da transparência e sigilo: o Brasil de 2019 em análise

Aldacy Rachid Coutinho (UFPR/UNIVEL)

Introdução

O texto, provisório, tem por objeto lançar luzes e trazer para debate o princípio da transparência e o sigilo como seu avesso, tomado não como sua contradição. A análise leva em consideração a implicação e a relação que têm com a república e a democracia no Brasil, sob os recortes do acesso à informação pública e luta contra corrupção.

Optou-se por delimitar temporalmente a pesquisa nos primeiros meses do governo Jair Messias Bolsonaro, em razão de inúmeros embates já ocorridos que explicitam a importância da transparência como instrumento de controle e efetivação da cidadania. Para tanto são trazidos apenas três casos, dentre os inúmeros que poderiam contribuir para a discussão, que se relacionam com o exercício de funções dos três poderes da república: executivo, legislativo e judiciário.

Para tanto é imprescindível evitar uma abordagem puramente formal e descritiva, em favor de um enfoque crítico, de modo a se compreender algumas questões que vêm dominando as discussões políticas e jurídicas. Não obstante, uma breve incursão na regulamentação jurídica foi trazida para contextualização e compreensão do “estado-da-arte” em que o Brasil se encontra quanto à transparência.

1. Transparência e acesso à informação pública: conexões e desconexões em uma “brasilidade” em déficit

A ausência de separação dos espaços público e privado se traduz, eventualmente, no Brasil, em uma porosidade das estruturas republicanas, acompanhada de frágil e recente democracia. Para testemunhar, trata-se de identificar, no âmbito dos poderes de estado, quem toma a decisão, em vista de qual interesse e como é possível se informar para que seja exercido algum controle sobre os atos de quem, no agir, presentifica o povo.

A república conforma o Estado; vincula, portanto, o agir governamental em todos os poderes de estado e para quaisquer funções, ante sua força cogente e imperativa, não podendo estar descolado de um princípio de transparência. República vem tomada na acepção contemporânea do Estado como sendo aquele [Estado] “juridicamente estruturado de modo a permitir que o governo aja em prol do bem comum, aplicando à coisa pública uma função social, em busca da efetivação dos direitos fundamentais, com respeito à lei” (SCAFF, 2018, p. 127). O déficit de república vem atravessado, então, por um déficit de efetivação da lei e, sobretudo, da constituição.

Nesta trajetória, o princípio republicano conformador que deve estar presente como fundante se revela como uma “estrutura jurídica criada **pela sociedade** de modo a permitir que o governo aja em prol do **bem comum**, aplicando à **coisa pública** uma função social, em busca da **efetivação dos direitos** fundamentais, com respeito à lei” (SCAFF, 2018, p. 203; grifo nosso), pelo que sua concretização transita necessariamente na explicitação e observância do direito constitucional de acesso (transparente) à informação como controle de integridade e conformidade.

A democracia - fundamento do poder -, pressupõe sempre controle e fiscalização de todo e qualquer poder exercido na sociedade pelo povo em cujo nome é exercido, que não se reduz aos atos de gestão do Poder executivo. Nos espaços públicos do Poder legislativo e, ainda, do Poder judiciário, quando da sua atuação, também gravitam questões que envolvem a legitimação no trato da coisa pública, no interesse da sociedade e pelo respeito aos direitos fundamentais e, dentre eles, encontra-se o direito de acesso à informação transparente.

O acesso à informação se instrumentaliza na publicidade, mas se concretiza na transparência, que assegura a visibilidade da atuação e trato do bem comum que oportuniza a participação cidadã no processo de decisão, inclusive em políticas públicas. Desta forma, não se trata de uma questão meramente procedimental, ou seja, de simplesmente colocar à disposição de forma acessível todas as informações, mas igualmente de viabilizar medidas capazes de

interferir, em decorrência da fiscalização e controle, no agir caso seja constatado que esteja em desconformidade com o bem comum, sem observância da coisa pública, ou que violem direitos fundamentais.

Em suma, o que fazer com a informação é igualmente elemento da transparência, pois não é esta um fim em si mesmo. O déficit democrático e a fragilidade da república são razões suficientes para concluir que sua constatação decorre da verificação de que aqueles destinatários que mais sofrerão os prejuízos têm pouca ou nenhuma condição de participação na tomada de decisão ou de tomada de consciência do que representa o efeito da decisão, resultando a necessidade ainda mais impactante de se ter acesso a toda informação, sendo o sigilo – o segredo - a exceção, pois se constitui restrição a direito fundamental.

O direito de acesso à informação transparente é, ao mesmo tempo, direito individual e “exposição das opções políticas e suas razões justificantes que permitem ao cidadão o controle da efetividade da administração pública e tutela dos direitos coletivos”.¹ Portanto, quem e diante de quais circunstâncias o sigilo pode ser decretado são parâmetros que identificam, no estado, a presença da república e da democracia.

Transparência, tanto ativa quanto passiva, mais do que um compromisso, é então um imperativo democrático e republicano que se traduz em direito político fundamental a ter informação pública, com amplo acesso, confiável, clara e necessária, para que em um Estado democrático de Direito se possa desenvolver espaços de cidadania passiva, ativa e *accountability*. Em geral correlacionado com a publicidade, a integridade, a conformidade e a efetividade, traduz-se em importante instrumento civilizatório para todas as instâncias de poder como parâmetro de conduta, não se restringindo aos espaços de gestão do poder executivo.

Desta forma, o compartilhamento de informações de dados públicos, no mais das vezes - embora não se reduza a tal -, encontra-se conexo ao espaço de luta contra a gestão pública segundo interesses privados ou atos de corrupção, tanto no caráter preventivo, inibidor de condutas desviantes, quanto no repressivo como resposta a um controle de malversação de recursos e desvios. Sob a justificativa de uma governança ética pasteurizada do mal da corrupção ou no combate a *fake news*, a racionalidade econômica da eficiência que substitui como *episteme* a racionalidade jurídica da legalidade abre flancos para abandono do estrito garantismo jurídico em pontos ditos fora da curva.

¹ MEDEIROS, Clayton Gomes de; WACHELESKI, Marcelo Paulo. A lei de acesso à informação e o princípio da transparência na administração pública, p. 2. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4740fcb3becc721b>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

Ocorre que o fluxo de informações que se encontram à disposição do povo atualmente e que devem dirigir as ações públicas não se restringe ao elenco de dados ou documentos oficiais fornecidos pelos poderes de estado; e, ainda, é fato o uso cada vez mais intenso e frequente de redes sociais, particularmente por governantes, e também da mídia, como veículo para disseminação de informações sobre o comportamento.

Por conseguinte, tem-se na tecnologia um facilitador, ao tempo em que se instala uma espécie de “pânico moral em torno das *fake news*” que “condenam a democracia à imaturidade perpétua”. (MOROZOW, 2018, p. 184) O combate às *fake news* se torna razão de estado, partindo-se do pressuposto de que a informação deve ser “verdadeira”.

2. Um olhar voltado à regulação constitucional e a legislação infraconstitucional

A Constituição da República de 1988 inscreve o direito fundamental de acesso à informação no art. 5º, inciso XXXIII,² do qual decorre a transparência como sua concretização efetiva, vinculando-se à própria legitimidade da ação estatal. Agregue-se o princípio da publicidade previsto no art. 37,³ que ao lado de mecanismos de tutela colocados à disposição da cidadania, como a ação popular (art. 5º, inciso LXIII),⁴ o *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII)⁵ ou o mandado de segurança (art. 5º, inciso LXIX),⁶ formam um arcabouço de garantias de participação do cidadão nos meandros e destinos da república.

² BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] XXXIII - todos têm 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, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago.2019.

³ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: Redação da Emenda Constitucional n. 19/1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago.2019.

⁴ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago.2019.

⁵ Art. 5º [...] LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago.2019.

⁶ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 5º [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou

Há mais de década e meia o Brasil tem regulamentado em leis infraconstitucionais a obrigatoriedade de transparência e o acesso às informações. Nos idos de 2003 foi editada uma lei de acesso à informação ambiental - Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003 - dispendo sobre o acesso público aos dados e informações ambientais nos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.⁷

A Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000,⁸ com as alterações advindas da Lei complementar n. 131, de 27 de maio de 2009,⁹ estabelece regras de transparência voltadas à gestão fiscal, que devem ser observadas por todos os poderes de estado – executivo, legislativo e judiciário -, obrigando a

ampla divulgação inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

União, estados e municípios devem, então, disponibilizar todas as informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, divulgando em meio eletrônico de amplo acesso ao público, inclusive assegurando-se a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações sobre a execução orçamentária e financeira. (art. 48, Lei complementar 101/00).

Segundo o *Global Right to Information Rating*, a partir de 61 indicativos divididos em 7 categorias (direito ao acesso, escopo da lei, procedimento para solicitar informações, exceções, recursos, sanções e proteções e medidas de proteção), o Brasil se encontra (em 2011) em 28º lugar.¹⁰

O Portal da Transparência foi criado em 2004 e o Portal Brasileiro de Dados Abertos está disponível desde 2011; encontram-se, respectivamente, nos sítios <http://www.portaltransparencia.gov.br/> e <http://dados.gov.br/>:

agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago.2019.

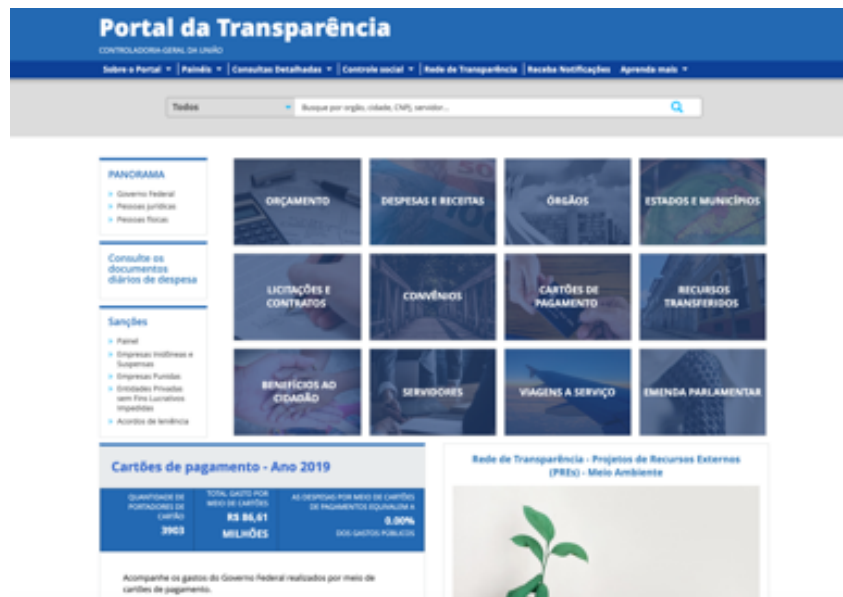
⁷ BRASIL. Lei n. 10.650, de 16 de abril de 2003. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.650.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁸ BRASIL. Lei complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Lei de responsabilidade fiscal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁹ BRASIL. Lei complementar n. 131, de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei complementar 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁰ Global Right to Information Rating. Disponível em: <<https://www.rti-rating.org/country-data/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

Figura 1



Fonte: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>

A atual lei de acesso à informação – Lei federal n. 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011,¹¹ com início de vigência em 16 de maio de 2012, fixa procedimentos a serem observados pelos entes da federação na administração direta, pelos integrantes da administração indireta em todos os níveis e, ainda, órgãos públicos dos três poderes - executivo, legislativo e judiciário. Ao lado da lei da transparência – Lei complementar n. 131/2009 - complementam-se como padrões de controle social sobre atos de governo, tornando públicos e acessíveis dados e informações, independentemente de solicitações ou cadastros, em fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência. Diz-se que com a lei de acesso à informação o “Estado passou da posição de detentor do monopólio de ‘documentos oficiais’ para guardião de ‘informações públicas’”, inaugurando “um novo paradigma cívico e administrativo” no trânsito da opacidade à transparência.¹²

A Câmara dos Deputados,¹³ por exemplo, mantém uma política de dados governamentais abertos e acessíveis independentemente de cadastro, completos e atuais, com exceção dos que estão protegidos por privacidade, segurança ou privilégios de acesso, no Portal da Câmara,

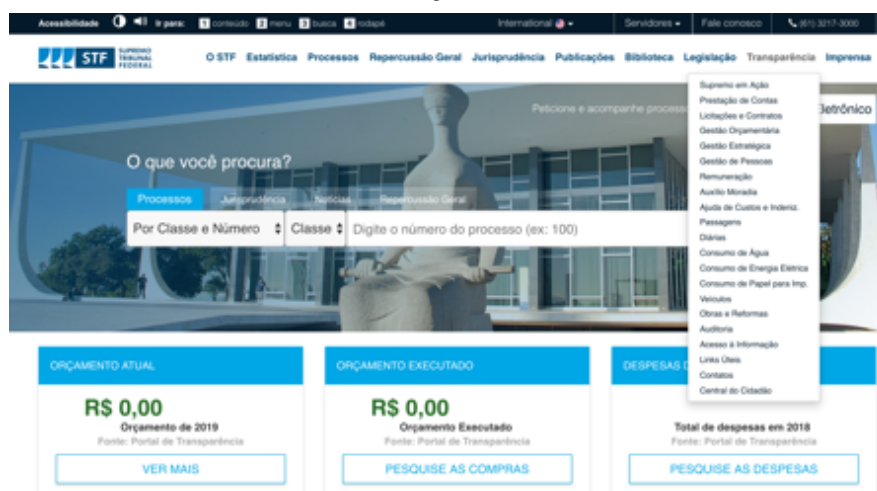
¹¹ BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 21 ago.2019.

¹² MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. Revista de administração pública, Rio de Janeiro, v. 52, n. 4, jul.-ago.2018, p. 610. Fundação Getúlio Vargas - FGV. Disponível em: <https://transparencia.ebape.fgv.br/sites/transparencia.ebape.fgv.br/files/da_opacidade_a_transparencia_0.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Dados abertos. Disponível em: <<https://dadosabertos.camara.leg.br/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

para acompanhamento da tramitação e votações e projetos e pareceres, atuação e gastos de deputados e eventos realizados pelas comissões, dentre outros. O Supremo Tribunal Federal¹⁴ também permite além do acompanhamento de processos, ainda, no seu sitio eletrônico, consulta sobre dados que lhe são pertinentes, desde prestação de contas, gestão de recursos e gastos como água, energia elétrica ou papel para impressão, até uso de veículos, pagamento de remuneração, diárias, passagens, ajudas de custo, auxílio moradia, dentre outros. Há, ainda, um canal para contato tendo em vista aspectos de transparência passiva:

Figura 2



Fonte: <http://portal.stf.jus.br/transparencia/>

Nem tudo são flores, porém, como se diz. Até abril de 2018, apenas 1.300 municípios brasileiros dos 5.570 e 13 estados dos 26 que compõem o Brasil haviam firmado o Programa Brasil Transparente (PBT) da Controladoria Geral da União, um compromisso de regulamentar e implementar a Lei de acesso à informação.¹⁵

O Ministério Público Federal, por sua Câmara de Combate à Corrupção,¹⁶ vem realizando avaliações (2015; 2016) e expedido Recomendações para que os entes federados cumpram as

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sitio eletrônico. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/transparencia/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁵ MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a lei de acesso à informação no Brasil cinco anos depois. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v.52, n.4, p.610-629, jul.-ago.2018.

¹⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de combate à corrupção. Sitio eletrônico. Mapa da transparência do Brasil. Disponível em: < <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking>>. Acesso em: 21 ago. 2019. Foram avaliados portais de transparência de 5.567 municípios, 26 estados e o Distrito Federal, com um índice de transparência de 3,92 em 2015 e 5,21 em 2016.

disposições legais quanto à Lei de Transparência. Existe, ainda, um banco de jurisprudência com decisões proferidas na matéria em todo o país.¹⁷

O Conselho Nacional de Justiça¹⁸ editou uma série de Resoluções e Instruções Normativas para determinar o cumprimento por parte das unidades judiciárias do Brasil do dever de transparência.

2.1 Sigilo, as razões de estado e a segurança da sociedade

Se a publicidade, com transparência, é o preceito geral, o sigilo se situa como exceção (art. 3º, Lei de acesso à informação). Na trilha de disposição constitucional, que estatui as razões para sigilo como sendo o que for “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII),¹⁹ é concretizada a república. Será considerada como informação sigilosa aquela “submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado” (art. 4º, inciso III²⁰).²¹ Assim, as mesmas razões que sustentam a publicidade e a transparência, com acesso às informações, justifica igualmente o sigilo como exceção: o interesse por questões de segurança da sociedade e razão de estado, diga-se, do povo. Repisa-se: **segurança da sociedade e do Estado**; ou seja, somente quando a segurança e a sociedade estejam em risco. Excluem-se o risco e a segurança pessoal de sujeitos determinados, pois a regra e a exceção voltam-se às instituições, aos cargos e funções e não aos que os desempenham.

Tamanha é a importância, como sacrossanto privilégio, que ainda quando acobertada pelo sigilo, se não abranger o acesso integral, prevê a legislação que é “assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo” (art. 7º, § 2º)²² e se for negado o acesso, “o requerente deverá ser informado sobre a possibilidade de

¹⁷ O banco de decisões encontra-se disponível em: < http://bit.ly/jurisprudencia_transparencia>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Transparência CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/transparencia>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

¹⁹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm 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, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago.2019.

²⁰ Lei n. 12.527/2011.

²¹ No mesmo sentido, estabelecendo como critério para o sigilo a imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado, ver art. 7º, § 1º, da Lei n. 12.527/2011.

²² Lei n. 12.527/2011.

recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação” (art. 11, § 4º).²³

Em se tratando de medidas tão extremas de ruptura de um direito político fundamental de cidadania que, mesmo diante de tais circunstâncias, presume-se que o tempo poderá dissipá-las e é de interesse da própria sociedade no futuro das gerações, para construção dos relatos históricos, que a “verdade” sobre as ações públicas sejam reveladas. Reza a lei de acesso à informação que o sigilo somente pode ser decretado temporariamente (25 anos, se ultrassecreta, 15 anos, se secreta e 5 anos, se reservada, bem como durante o mandato em se tratando de segurança do Presidente, Vice-Presidente da República e familiares, com uma única prorrogação)²⁴ e, reitera, por razões de estado e no interesse público que gravita em torno da segurança da sociedade. Reitera-se: nunca por interesses particulares e pessoais envolvidos.

Aliás, a imposição de sigilo para “obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem” (art. 32, inciso V) é inclusive conduta ilícita que enseja responsabilidade do agente público ou militar.

Sendo restritiva do direito constitucional de acesso à informação, a interpretação estrita deve observar uma das hipóteses previstas em lei que explicitam a segurança da sociedade e as razões de estado para decretação do sigilo de documentos, em decisão fundamentada,²⁵ cujo rol deve ser anualmente publicado com a indicação da classificação,²⁶ a saber:

Art. 23 [...]

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;

²³ Lei n. 12.527/2011.

²⁴ Art. 24, da Lei n. 12.527/2011.

²⁵ A obrigatoriedade da fundamentação vem prevista no art. 28, da Lei n. 12.527/2011.

²⁶ A determinação de publicação do rol consta do art. 31, inciso II, da Lei n. 12.527/2011.

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Qualquer ato descumpridor dos preceitos de transparência é uma afronta à república e uma deturpação democrática.

2.2 2019, caso 1: a tentativa (infrutífera) de se proteger, o sigilo e a ampliação de legitimados

Exatamente por se tratar de uma razão de estado – país - ou da segurança da sociedade – população - , a decretação de sigilo é atribuição prevista expressamente para pessoas legitimadas que observam no vínculo que mantêm com o poder público uma coerência parametrizada com a ordem pública: o risco e o interesse envolvido. Quem diz sobre o estado em risco é quem se responsabiliza pela segurança da população.

Na classificação de ultrassecreto, com sigilo de 25 anos, a sua imposição é restrita aos ocupantes dos cargos de (a) Presidente da República; (b) Vice-Presidente da República; (c) Ministros de Estado e autoridades com as mesmas prerrogativas; (d) Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; e (e) Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes. (art. 27).

Não está à “disposição” de governantes como uma possibilidade de blindagem como facilitador da gestão, para que se possa permanecer imune à críticas e controle. Um dos primeiros atos do governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro, por seu Vice-Presidente general Hamilton Mourão, quando em exercício na presidência, logo aos 23 dias após a posse, foi editar um Decreto – Decreto n. 9.690, de 23 de janeiro de 2019²⁷ – que alterava o Decreto regulamentador da lei de acesso à informação – Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012 –,²⁸ dando nova redação ao art. 30, e seus §§1º, 2º e 3º, que ampliava o rol dos legitimados. Por

²⁷ BRASIL. Poder Executivo. Decreto n. 9.690, de 23 de janeiro de 2019. Altera a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/60344275/do1-2019-01-24-decreto-n-9-690-de-23-de-janeiro-de-2019-60344059>. Acesso em: 21 ago. 2019.

²⁸ BRASIL. Poder Executivo. Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/60344275/do1-2019-01-24-decreto-n-9-690-de-23-de-janeiro-de-2019-60344059>. Acesso em: 21 ago. 2019.

delegação, os servidores ocupantes de cargos em comissão e dirigentes de fundações, autarquias e empresas públicas, passaram a ter competência para impor o sigilo de dados públicos e classificá-los como secretos ou ultrassecretos, inclusive sem necessidade de motivar. Segundo a mídia apurou e revelou, o referido Decreto fora editado por pressão de três ministros, do gabinete de Segurança Institucional (GSI), de Defesa e de Relações Exteriores, “desengavetando” uma proposta que vinha do governo do ex-presidente Michel Temer, que um dia fora professor de direito constitucional.²⁹

A Câmara dos Deputados, na sequência, aprovou a urgência (por 366 votos a favor, 57 contrários e 3 abstenções) de tramitação de um projeto – Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo 3/2019³⁰ - para sustar os efeitos do decreto, o que viabilizou a apreciação diretamente pelo plenário, sem passar por comissões temáticas. Em seguida os deputados federais votaram a suspensão do decreto presidencial no dia 19 de fevereiro de 2019. Consta da justificativa do Projeto:

Na prática, a ampliação do rol de pessoas autorizadas a classificar informações públicas como sigilosas terá como resultado a ampliação também do número de documentos sigilosos, algo criticado pelas entidades e especialistas no tema – como a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (ABRAJI) e Organizações Não-Governamentais como a Transparência Internacional. Enfim, o Decreto, tal como está redigido, prejudica a transparência, o controle social das instituições públicas. O sigilo deveria ser exceção, e está sendo cada vez mais ampliado, razão pela qual o Decreto vai além do poder regulamentar, e reduz o alcance da lei que pretende regulamentar: a Lei de Acesso à Informação.³¹

Até mesmo o líder do governo liberou a sua bancada para votação, tendo tido a aprovação da urgência amplo apoio, tanto da oposição, quanto dos partidos da base aliada. Essa primeira derrota foi negada como derrota pelo porta-voz do governo, ao argumento de que se trata de democracia:

Em uma democracia consolidada, as derrotas são aceitas naturalmente quando se percebe as análises do Congresso. O governo não entende de forma alguma como

²⁹ Bolsonaro vai revogar decreto sobre sigilo de documentos. O globo Brasil. 26 fev.2019, Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-vai-revogar-decreto-sobre-sigilo-de-documentos-23483948>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. PDL 3/2019. Projeto de Decreto Legislativo de sustação de atos normativos do poder executivo. Inteiro teor. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E184D4511A5E07162ED7631BBF1A8C0.proposicoesWebExterno2?codteor=1707167&filename=PDL+3/2019>. Acesso em: 21 ago. 2019.

³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. PDL 3/2019. Projeto de Decreto Legislativo de sustação de atos normativos do poder executivo. Inteiro teor. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6E184D4511A5E07162ED7631BBF1A8C0.proposicoesWebExterno2?codteor=1707167&filename=PDL+3/2019>. Acesso em: 21 ago. 2019.

derrota o fato de que o Congresso esteja a pedir uma análise mais aprofundada no que toca à Lei de Acesso à Informação.³²

O presidente da república Jair Messias Bolsonaro, então, voltou atrás e editou o Decreto n. 9.716, de 26 de fevereiro de 2019,³³ para revogar disposições do Decreto n. 9.690, de 23 de janeiro de 2019, ripristinando o anterior Decreto n. 7.724/2012, em tentativa infrutífera de alteração das regras sobre sigilo.

2.3 2019, caso 2: Vaza Jato, The intercept_Brasil e o interesse da sociedade

A Constituição da República de 1988 assegura, em seu art. 5º, inciso XIV,³⁴ o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; a medida é adotada no interesse da sociedade. O The Intercept_Brasil,³⁵ desde 9 de junho de 2019, vem divulgando uma série de reportagens que revelam, segundo os jornalistas, “comportamentos antiéticos e transgressões que o Brasil e o mundo têm direito de conhecer”. São informações obtidas por fonte sigilosa (anônima) que encaminhou trocas de mensagens privadas, gravações em áudios, vídeos, fotos, documentos judiciais e outros itens, ao que se sabe, entre membros do Ministério Público Federal que integram a Força-tarefa Lava Jato e deles com, dentre outros, o então magistrado federal, hoje Ministro da Justiça e Segurança do governo Jair Messias Bolsonaro, Sergio Moro, dentro do aplicativo Telegram.

O material publicado vem sendo aos poucos noticiado em parceria com veículos da mídia nacional – Jornal Folha de São Paulo, revista Veja, site El País e UOL, jornalista Reinaldo Azevedo. A investigação jornalística se justifica, afirma-se, no rompimento de um sigilo de tratativas pela necessidade de que a sociedade seja informada de questões de interesse público, expondo o que reputam como transgressões. Um dos hackers, em entrevista concedida, afirmou que não reputa tenha cometido nenhum crime ao acessar as informações que “ele diz considerar sejam públicas”; e, acrescenta que reafirma “[...] ter cumprido as [...]

³² Portal G1. Câmara aprova suspensão de decreto presidencial que trata de sigilo de dados públicos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/19/camara-aprova-suspensao-de-decreto-que-permite-a-servidores-impor-sigilo-a-dados-publicos.ghtml>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

³³ BRASIL. Poder Executivo. Decreto n. 9.716, de 26 de fevereiro de 2019. Revoga dispositivos do Decreto n. 9.690, de 2 de janeiro de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/65179949>. Acesso em: 21 ago. 2019.

³⁴ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 5º. [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

³⁵ Como e por que o intercept está publicando chats privados sobre a Lava jato e Sergio Moro. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

obrigações como cidadão” ao “acessar informações públicas, online”, pois na sua opinião “para figuras públicas, quase tudo que fazem é matéria de interesse público. Tudo que fazem no exercício das suas funções públicas pode e deve ser conhecido pela sociedade.”³⁶

De modo a se compreender a importância e relevância histórica das informações, indica-se que:

a Lava Jato foi a saga investigativa que levou à prisão o ex-presidente Lula no último ano. Uma vez sentenciado por Sergio Moro, sua condenação foi rapidamente confirmada em segunda instância, o tornando inelegível no momento em que todas as pesquisas mostravam que Lula – que terminou o segundo mandato, em 2010, com 87% de aprovação – liderava a corrida eleitoral de 2018. Sua exclusão da eleição, baseada na decisão de Moro, foi uma peça-chave para abrir um caminho para a vitória de Bolsonaro. A importância dessa reportagem aumentou ainda mais depois da nomeação de Moro ao Ministério da Justiça.

Moro e os procuradores da Lava Jato são figuras altamente controversas aqui e no mundo – tidos por muitos como heróis anticorrupção e acusados por tantos outros de ser ideólogos clandestinos de direita, disfarçados como homens da lei apolíticos. Seus críticos têm insistido que eles exploraram e abusaram de seus poderes na justiça com o objetivo político de evitar que Lula retornasse à Presidência e destruir o PT. Moro e os procuradores têm negado, com a mesma veemência, qualquer aliança ou propósito político, dizendo que estão apenas tentando livrar o Brasil da corrupção.

Mas, até agora, os procuradores da Lava Jato e Moro têm realizado parte de seu trabalho em segredo, impedindo o público de avaliar a validade das acusações contra eles. É isso que torna este acervo tão valioso do ponto de vista jornalístico: pela primeira vez, o público vai tomar conhecimento do que esses juízes e procuradores estavam dizendo e fazendo enquanto pensavam que ninguém estava ouvindo.³⁷

É de se recordar o episódio em que o então magistrado, hoje Ministro da Justiça Sergio Moro, derrubou o sigilo e permitiu a divulgação de interceptação telefônica de conversas telefônicas divulgada entre a então Presidenta Dilma Rousseff e o seu antecessor Lula, quando discutiam a nomeação dele como Ministro de Estado (Casa Civil), em 16 de março de 2016.³⁸ A justificativa apresentada era a de que “uma democracia é mais saudável quando ações de relevância levadas a cabo em segredo por figuras políticas poderosas são reveladas ao

³⁶ ‘Acessei informações de grande interesse público’, diz à Folha hacker da Lava Jato. Jornal Folha de São Paulo. 28 ago. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/acessei-informacoes-de-grande-interesse-publico-diz-hacker-da-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

³⁷ Como e por que o intercept está publicando chats privados sobre a Lava jato e Sergio Moro. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

³⁸ Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça. Portal G1. 16 mar.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

público”.³⁹ Afirma o The Intercept_Brasil que as mesmas razões justificam agora as revelações e que

Tendo em vista o imenso poder dos envolvidos e o grau de sigilo com que eles operam – até agora –, a transparência é crucial para que o Brasil tenha um entendimento claro do que eles realmente fizeram. A liberdade de imprensa existe para jogar luz sobre aquilo que as figuras mais poderosas de nossa sociedade fazem às sombras.

A transparência, no interesse da sociedade, não se restringe a dados ou documentos públicos, mas igualmente como se comportam os que atuam em nome da sociedade quando da prática de seus atos, sobretudo quando o direito pode se tornar uma arma econômica ou política.

Na Operação Spoofing, a Polícia Federal terminou por identificar e prender três pessoas suspeitas do hackeamento das mensagens de 23 de julho de 2019. O Superior Tribunal de Justiça informou que o Ministro da Justiça Sergio Moro teria telefonado ao Presidente do Tribunal, Ministro João Otávio de Noronha, para noticiar que o seu celular também havia sido hackeado e que iria descartar as mensagens. A notícia foi divulgada em 25 de julho de 2019 pela mídia, dando conta que outras autoridades tinham sido também hackeadas, tais como os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado e Ministros do Supremo Tribunal Federal.⁴⁰

Tratava-se das mensagens obtidas pelos *hackers* e encaminhadas anonimamente, de forma voluntária e gratuita, ao The Intercept_Brasil (Glenn Greenwald). A determinação para eliminação das mensagens foi posteriormente negada, inclusive em manifestação encaminhada ao Supremo Tribunal Federal.⁴¹ O Partido Democrático Trabalhista acionou o Supremo Tribunal Federal em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 605, argumentando que haveria ameaça de afronta ao devido processo legal, princípios da moralidade e legalidade e da segurança pública (arts. 5º, inciso LIV, 37, *caput* e 144, *caput*, Constituição da República de 1988), com relatoria distribuída para o Ministro Luiz Fux, que concedeu liminar (1 de agosto de 2019)⁴² para garantir a preservação de todo o material

³⁹ Como e por que o intercept está publicando chats privados sobre a Lava jato e Sergio Moro. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁴⁰ Folha de São Paulo. Moro avisa autoridades que mensagens apreendidas com hacker serão destruídas. 25 jul. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/moro-avisa-autoridades-que-mensagens-apreendidas-com-hacker-serao-destruidas.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁴¹ Moro agora diz ao STF que não mandou destruir provas obtidas com *hackers*. *Consultor jurídico – CONJUR*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-08/moro-agora-stf-nao-mandou-destruir-provas-hackers>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁴² STF. ADPF 605. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5739926>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

probatório, determinando-se ainda a remessa de cópia de inteiro teor do inquérito relativo à operação, que tramitará em segredo de justiça; intimou o Ministro de Justiça e da Segurança Pública Sergio Moro para prestar informações em 5 dias, o que fez por ofício em que esclarece que “não exarou qualquer determinação ou orientação à Polícia Federal para destruição do indicado material”.⁴³

Embora tenha sido determinado o segredo de justiça na ADPF, as mensagens encontram-se em posse da mídia. E não se trata de *fake news*.

Em uma das mensagens divulgadas, o então magistrado Sergio Moro afirma ao Procurador da República Deltan Dallagnol: ‘In Fux we trust’.⁴⁴

3. 2019, caso 3: o caso das *fake news* e o STF

Os poderes de estado são controlados pelo povo e também pelos outros poderes. O Poder executivo é controlado pelo Poder legislativo e pelo Poder judiciário. O próprio Poder legislativo é controlado pelo Poder judiciário. E quem controla os atos do Poder judiciário, senão a necessidade de cumprimento da constituição e da lei – a força de lei?

As duas primeiras grandes avaliações (auditorias) realizadas pelo Programa de Transparência Pública, da Fundação Getúlio Vargas, em 2014, teve como mira o Poder Judiciário: uma “Avaliação Geral” em 8 jurisdições no país e uma “Avaliação do Judiciário” voltada aos juízes. Um Relatório foi publicado, sob o título “Estado Brasileiro e Transparência: avaliando a aplicação da Lei de Acesso à Informação”, em novembro de 2014. A perspectiva era de uma transparência passiva, tendo uma taxa de resposta de 69% e tempo de resposta médios de 21 dias na primeira avaliação e de 61% no segundo, embora com apenas 26% de precisão.⁴⁵

Mesmo os atos processuais devem observar o princípio constitucional da publicidade (art. 93, inciso IX),⁴⁶ devendo ser assegurado o acesso às informações a toda a população por ser de interesse público. No Poder judiciário, os sites dos tribunais, superiores e estaduais,

⁴³ Ofício n. 1577/2019/GM, de 06 de agosto de 2019. Disponível em: < Moro agora diz ao STF que não mandou destruir provas obtidas com *hackers*. *Consultor jurídico – CONJUR*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/moro-afirma-nao-determinou-destruicao.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁴⁴ Folha de São Paulo. 'In Fux we trust', diz Moro a Deltan em mensagem sobre ministro do STF. 12 jun.2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/in-fux-we-trust-diz-moro-a-deltan-em-mensagem-sobre-ministro-do-stf.shtml>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁴⁵ Fundação Getúlio Vargas - FGV. Disponível em: <<https://transparencia.ebape.fgv.br/avaliacao-geral-judiciario-0>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁴⁶ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 93 [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago.2019.

possibilitam a consulta pública dos processos e dos atos processuais. Seus dados, ademais, estão disponíveis em conjunto com os demais poderes no Portal de Transparência e Portal de Dados Abertos.

3.1 Abertura de um inquérito no STF para controle de informações: o uso retórico da democracia e da liberdade como fundamento

O Poder Judiciário, por seu Supremo Tribunal Federal, tem a missão de fazer cumprir a constituição e as leis infraconstitucionais. Afirmando a necessidade de se combater as *fake news*, para garantir a “verdade” das notícias, sigilo foi decretado e atos de censura da mídia foram praticados.

Um inquérito sigiloso (INQ 4781)⁴⁷ foi aberto pela iniciativa do Supremo Tribunal Federal, por seu Ministro Presidente, Ministro José Antonio Dias Toffoli, sem provocação do Ministério Público, por meio de uma Portaria datada de 14 de março de 2019 (Portaria GP 69/2019), anunciado em sessão plenária.

Acredita-se que a democracia estaria “se afundando nas fake news [...] será a crise das *fake news* a causa do colapso da democracia? Ou seria ela só a consequência de um mal-estar mais profundo, estrutural, que está em desenvolvimento há muito tempo?”⁴⁸ Ao anunciar o inquérito, ressaltou-se que estaria justificado na própria democracia; que estaria explicitada por um Poder Judiciário independente; e que seria a garantia de uma liberdade de imprensa:

Não existe Estado Democrático de Direito nem democracia sem um Judiciário independente e sem uma imprensa livre”[...] “O STF sempre atuou na defesa das liberdades, em especial da liberdade de imprensa e de uma imprensa livre em vários de seus julgados.⁴⁹

Inúmeras soluções vêm sendo apontadas para as *fake news*, segundo Morozov, equivocadas:

[...] banir memes de internet (proposta do partido governante da Espanha); estabelecer comissões de especialistas para averiguar a veracidade das notícias (solução lançada pelo chefe antitruste da Itália); abrir centros de combate às *fake news* e multar quem quer que as espalhe por redes sociais

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4781. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁴⁸ MOROZOV, Evgeny. Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo : Ubu editora, 2018, p. 182-183.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Ministro Alexandre de Moraes designa equipe de delegados em inquérito para apurar ameaças e fake News. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=406357>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

como o Twitter e o Facebook (abordagem sugerida pelas autoridades alemãs).⁵⁰

Pressupõe, então, que o acesso à informação deve observar como conteúdo uma informação “verdadeira”, cujo controle da “veracidade” deverá se dar, segundo o que se conclui da medida tomada, pela “verificação prévia” do conteúdo do que será divulgado pela mídia, no caso, pelos próprios interessados. Isto tem um nome: censura. A responsabilização e os efeitos do conteúdo divulgado, se difamatório ou injuriante, por exemplo, é feito sempre *a posteriori* em regimes democráticos.

Pior, no caso, o inquérito não tem um fato noticiado (*notitia criminis*) determinado que será objeto de investigação. Ele tem como objeto, segundo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, apurar *fake news*. Quais? Só as que atingem os membros do próprio Tribunal. A proteção que se objetiva não é a do cidadão, comum mortal, que pode continuar sendo atingido por *fake news*, mas apenas as pessoas dos Ministros membros do STF, que se preservam e obstam a sua divulgação. E seriam todas e qualquer uma? A princípio sim, pois o objeto e a temporalidade é aberta, já que se não trata de investigar e apurar uma *notitia criminis*:

O objeto deste inquérito é a investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus *caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.⁵¹

Segundo relata o Presidente, Ministro Dias Toffoli, o processo busca identificar ações criminosas "isoladamente praticadas" e associações de pessoas que tenham objetivo de "perpetrar, de forma sistemática, ilícitos que vão de encontro aos bens jurídicos em questão". Sem distribuição por sorteio, ferindo a impessoalidade republicana, o Ministro Alexandre de Moraes recebeu a “atribuição” para conduzir os trabalhos de investigação do Presidente da Corte; para desempenhar as atividades, designou uma equipe de dois delegados para auxilia-

⁵⁰ MOROZOV, Evgeny. Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo : Ubu editora, 2018, p. 182.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho inicial. Inquérito 4781/DF. Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

lo nas apurações e uma servidora para secretariar (despacho de 19 de março de 2019); trata-se do Delegado federal Alberto Ferreira Neto, chefe da Delegacia especializada em Repressão a Crimes Fazendários e o Delegado federal de polícia Maurício Martins da Silva, da Divisão de Inteligência do DIPOL-SP. Imperioso ressaltar que não se trata de distribuição para um ministro que compõe a corte, mas de uma indicação por escolha pessoal.

O Ministério Público Federal questionou a medida de abertura de uma investigação, entendendo ser caso de usurpação da sua função e, ademais, sustentou que posicionará a Corte Constitucional como investigador dos supostos crimes que ele mesmo irá julgar. Segundo Raquel Dodge, Procuradora-geral da República, que requereu o arquivamento da investigação, "O sistema penal acusatório estabelece a intransponível separação de funções na persecução criminal: um órgão acusa, outro defende e outro julga. Não admite que o órgão que julgue seja o mesmo que investigue e acuse". Agregue-se, ainda consoante alerta a Procuradora-geral da República, que acarretará a adoção e o cumprimento de medidas cautelares penais, bem como de ordens judiciais, sem requerimento ou manifestação prévia ao Ministério Público.

Críticas vieram de todos os lados. A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e a Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros, se posicionaram contra a medida tida como uma afronta ao Estado democrático de direito. Todos pediram seu arquivamento. A Associação Nacional dos Procuradores da República, temendo investigações contra seus próprios procuradores, inclusive se manifestou perante o Supremo Tribunal Federal. O Ministro Luis Edson Fachin deu prazo de 72 horas para que a Advocacia-Geral da União se posicionasse sobre o pedido.

O pedido de arquivamento da Procuradora-geral da República encaminhado por Ofício, foi negado em manifestação de 4 laudas, mantendo-se a investigação por entender que “não encontra qualquer respaldo legal, além de ser intempestivo, e, se baseando em premissas absolutamente equivocadas, pretender, inconstitucional e ilegalmente, interpretar o regimento da Corte e anular decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal”.

Sustenta-se que estaria fundamentada em disposição do seu Regimento Interno ⁵² que fixa atribuição ao Presidente para “velar pelas prerrogativas do Tribunal” e seus membros, pelo

⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Regimento interno. Art. 13. São atribuições do Presidente: I – velar pelas prerrogativas do Tribunal [...] Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

que que “ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição”.⁵³

Note-se que a infração à lei penal deve ocorrer na “sede” ou “dependência” do Tribunal e, ainda, envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou seja, diz respeito ao autor e não à(s) vítima(s), cuja competência atribuída ao STF decorre de prerrogativa por função.

3.2 Sigilo decretado: em segredo

Encontra-se o inquérito em sigilo, por segredo de justiça e todas as informações eventualmente obtidas ou são as disponibilizadas pelo próprio Tribunal no seu Portal de notícias ou são as divulgadas pela mídia que obteve acesso a algum dado.

As investigações podem ser acobertadas por sigilo. Estabelece o Código de Processo Penal – Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941⁵⁴ –, em seu art. 20, que a “autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.” Poder-se-ia invocar as disposições da Lei (art. 23), que estabelece que na investigação será decretado o sigilo pela autoridade competente para garantia da celeridade e eficácia das diligências investigatórias, ou seja, quando imprescindível para assegurar a segurança da população diante da notícia de crime. Mesmo em tal situação, é assegurado ao defensor o amplo acesso aos elementos de prova para o exercício do direito constitucional de defesa, inclusive a prévia vista dos autos mesmo quando classificados como sigilosos.⁵⁵

A Lei das organizações criminosas ao tratar da colaboração premiada contém também algumas disposições sobre sigilo, mas nenhuma é aplicada ao caso. A ação controlada para obtenção de informações e produção de provas é mantida em sigilo enquanto em observação e acompanhamento para que seja eficaz no momento em que será concretizada, sendo a comunicação a respeito sigilosamente distribuída (art. 8º, e § 2º), permanecendo os autos com

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal de notícias. Presidente do STF abre inquérito para apurar ameaças e *fake news* que têm a Corte como alvo. 14 mar.2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405790>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁵⁴ BRASIL. Poder Executivo. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁵⁵ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Lei das organizações criminosas. Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

acesso restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia. No caso da investigação sigilosa do STF, o sigilo atinge até o Ministério Público.

Na situação de infiltração de agentes, pelas mesmas razões de eficácia da medida, quando solicitada no curso de uma investigação em inquérito, será precedida de motivada e sigilosa autorização judicial (art. 10, *caput*), assim como sua distribuição (art. 12). Em ambas situações o descumprimento do sigilo é tipificado como crime (art. 20).

Nas hipóteses de negociação com um colaborador, mesmo em se tratando de um acordo de colaboração sigiloso, o pedido de homologação será “sigilosamente distribuído”, contendo algumas informações não protegidas pelo sigilo, tais como as que não possam identificar o colaborador e o seu objeto (art. 7º, *caput*) e, assim que seja recebida a denúncia, o sigilo é levantado (art. 7º, § 3º).⁵⁶

A Constituição da República, em seu art. 93, inciso IX⁵⁷, impõe, sob pena de nulidade, sejam públicos todos os julgamentos, bem como fundamentadas as decisões, indicando que a restrição às próprias partes e seus advogados ou somente a estes, poderá ser decretada apenas na hipótese em que o “direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Trata-se da supremacia do interesse público quando em confronto com o direito à informação.

3.3. Investigações e censura pelo STF: o caso da Revista *Crusoé* e do site *O Antagonista*

Durante a tramitação da investigação, o Ministro relator decidiu, cautelarmente, determinar a retirada de uma reportagem da revista *Crusoé* e do site *O antagonista*⁵⁸ em que se noticiava o envolvimento do Presidente do Tribunal com a empresa Odebrecht, em caso de corrupção. A matéria se intitulava “Vocês fecharam com o amigo do amigo de meu pai?”.

Foram expedidos mandados de busca e apreensão contra 10 alvos do inquérito, que tiveram inclusive suas redes sociais bloqueadas e, dentre eles, encontra-se inclusive um general da reserva, Paulo Chagas, que fora candidato ao governo do Distrito Federal (PRP) em 2018, e que teve seu computador apreendido.

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Lei das organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁵⁸ “Vocês fecharam com o amigo do amigo do meu pai?” O antagonista. 12 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.oantagonista.com/brasil/voces-fecharam-com-o-amigo-do-amigo-do-meu-pai/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

Na matéria havia menção de que a Procuradoria Geral da República estaria em posse de um documento sigiloso, correspondente a uma delação premiada que fazia referência ao Presidente do Supremo Tribunal Federal.

A medida foi criticada amplamente como um ato de censura. Posicionaram-se contrários à decisão o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, o Vice-Presidente, general Hamilton Mourão, os Ministros da Casa Civil, Onyx Lorenzoni e da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, além do Comandante do Exército, Edson Pujol, o ex-comandante, general Eduardo Villas Bôas.

Na sequência, o Ministro relator revogou a medida de bloqueio (dia 18), após constatar que as informações não poderiam ser classificadas como sendo *fake news*, reiterando a “pertinência, a constitucionalidade e a importância do inquérito que foi instaurado para investigação de notícias fraudulentas”:

Os atos investigados são práticas de condutas criminosas, que desvirtuando a liberdade de expressão, pretendem utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a consumação de atividades ilícitas contra os membros da Corte e a própria estabilidade institucional do Supremo Tribunal Federal.⁵⁹

A Procuradoria Geral da República não confirmou o teor ou a posse de documento sigiloso ao prestar esclarecimentos:

Em virtude da flagrante incongruência entre a afirmação da matéria jornalística amplamente divulgada e os esclarecimento da PGR, solicitei à autoridade competente cópia integral dos autos referidos pela matéria, para verificação das afirmações realizadas. A documentação solicitada (ofício 2881/2019 – IPL 1365/2015-4 SR/PF/PR) foi enviada, via SEDEX; tendo chegado hoje ao meu gabinete, para conhecimento.⁶⁰

A decisão é de 13 de abril de 2019. Somente no dia anterior, 12 de abril, uma sexta-feira à tarde, é que o documento sigiloso referido na matéria e em decorrência da publicação e ampla divulgação, teve o seu desentranhamento solicitado pelo Ministério Público Federal do Paraná e fora encaminhado para Brasília à Procuradoria Geral da República, como informado pela Justiça Federal do Paraná, por sua 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, onde tramitam os processos conhecidos como Lava Jato. Dentre eles, o que resultou a condenação de Marcelo

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal de notícias. Ministro Alexandre de Moraes restabelece circulação de matérias, refuta tese de censura e mantém inquérito. 18 abr. 2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=408958>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4781/DF. Decisão . Ministro Alexandre de Moraes. 18 abr. 2019. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ478118abril.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

Odebrecht a 19 anos e quatro meses de prisão pelos crimes de corrupção ativa, lavagem de dinheiro e associação criminosa (operação Lava Jato/Petrobrás), em 8 de março de 2016. Ele estava preso desde 19 de junho de 2015, pela 14ª fase da Operação Lava Jato, batizada de Operação Erga Omnes.

O documento correspondente ao teor de mensagens que documentam a delação premiada de Marcelo Odebrecht, Presidente da Organização Odebrecht (2008-2015), uma das maiores empresas de construção civil da América Latina e, portanto, existe: o acordo foi firmado dezembro de 2016, com o compromisso de pagar 8,6 bilhões de reais a título de indenização⁶¹ por atos de corrupção e pena reduzida em razão do acordo de colaboração.⁶² Como constatado, não tinha o documento até então sido encaminhado à Procuradoria Geral da República:

Comprovou-se que o documento sigiloso citado na matéria realmente existe, apesar de não corresponder à verdade o fato que teria sido enviado anteriormente à PGR para investigação. Na matéria jornalística, ou seus autores anteciparam o que seria feito pelo MPF do Paraná, em verdadeiro exercício de futurologia, ou induziram a conduta posterior do Parquet; tudo, porém, em relação a um documento sigiloso somente acessível às partes no processo, que acabou sendo irregularmente divulgado e merecerá a regular investigação dessa ilicitude.⁶³

A primeira das mensagens, datada de 13 de julho de 2007, encaminhada pelo delator a dois altos executivos da Odebrecht, Irineu Berardi Meireles e Adriano Sá de Seixas Maia, continha uma pergunta: “Afim, vocês fecharam com o amigo do amigo do meu pai?” O “amigo do amigo do meu pai” seria o codinome usado para se referir a Dias Toffoli, atualmente Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, na época ministro da Advocacia Geral da União (AGU) durante o governo Luis Inácio Lula da Silva (PT), como confirmado pelo empresário e delator em esclarecimento à Polícia Federal, sobre tratativas ilícitas e lícitas encontradas em mensagens eletrônicas.⁶⁴ Não há, porém, na mensagem, nenhuma referência a pagamentos

⁶¹A Odebrecht S.A. ajuizou, com suas sociedades controladoras e controladas, pedido de recuperação judicial perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo (autos 1057756-77.2019.8.26.0100) em 17 de junho de 2019, deferida. Disponível em: <<https://www.odebrecht.com/pt-br/comunicacao/recuperacao-judicial-da-odebrecht-sa>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁶² Marcelo Odebrecht passou a cumprir pena domiciliar em 19 de dezembro de 2017.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4781/DF. Decisão. Ministro Alexandre de Moraes. 18 abr. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ478118abril.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁶⁴ Odebrecht diz que 'amigo do amigo de meu pai', citado em email, era Toffoli. Jornal Folha de São Paulo. 12 abr. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/odebrecht-diz-que-amigo-do-amigo-de-meu-pai-citado-em-email-era-toffoli.shtml>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

efetuados; diz-se que teriam sido tratativas a respeito de hidroelétricas do rio Madeira, em Rondônia, com o Diretor Jurídico Adriano Maia, não esclarecidas.

Como se constatou a sua existência e houve o envio a Brasília, tanto para o Ministério Público Federal quanto para o Supremo Tribunal Federal por determinação no inquérito, foi revogada a medida cautelar pois se tornou

desnecessária a manutenção da medida determinada cautelarmente, pois inexistente qualquer apontamento no documento sigiloso obtido mediante suposta colaboração premiada, cuja eventual manipulação de conteúdo pudesse gerar irreversível dano a dignidade e honra do envolvido e da própria Corte, pela clareza de seus termos.⁶⁵

Negando ter havido ato de censura, o Presidente, Ministro Dias Toffoli, sustentou a intervenção, afirmando que entende que tais “situações representam a utilização abusiva desse direito (da liberdade de expressão)” e que “não deve servir à alimentação do ódio, da intolerância, da desinformação”.⁶⁶ E, acrescenta, em argumento de autoridade: “Hoje sou presidente da Corte, querem atingir o STF, por isso temos de ter defesa, não podemos deixar o ódio entrar na nossa sociedade”, afirmou Toffoli.

A posição, no entanto, não é compartilhada por todos os integrantes do Tribunal. O Ministro Marco Aurélio afirmou se consubstanciar verdadeiro ato de censura: “Isso, pra mim, é inconcebível (a remoção do conteúdo dos sites jornalísticos). Prevalece a liberdade de expressão, para mim é censura”,⁶⁷ outros Ministros se enfileiram nesta posição crítica, mas segundo relatos na mídia não aceitaram se manifestar publicamente.

Algumas conclusões provisórias ou nunca é demais lembrar o dito popular: o Brasil não é para amadores

Está constitucionalmente garantido, como expressão democrática e republicana, o princípio de publicidade que vincula todos os poderes de estado.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4781/DF. Decisão . Ministro Alexandre de Moraes. 18 abr. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/INQ478118abril.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁶⁶ Trecho de entrevista concedida à *Rádio Bandeirantes* na manhã desta quinta, 18, o ministro negou que tenha ocorrido censura contra a *Crusoe* conforme Jornal O Estado de São Paulo, 17 abr. 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/direito-de-expressao-nao-deve-alimentar-o-odio-diz-toffoli/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁶⁷ Portal UOL notícias. Fachin dá 5 dias para Moraes apresentar informações sobre inquérito. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/04/16/fachin-da-5-dias-para-moraes-apresentar-informacoes-sobre-inquerito.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

De modo geral é preciso reconhecer que há, por ora, um compromisso com a transparência ativa e passiva, tanto no que se refere à disponibilidade de consulta, atualizada e completa, nos Portais e em outros sites, acessíveis a todo cidadão independentemente de cadastro e senha, de dados públicos, quanto no tocante a obtenção de informações e respostas, assim como documentos quando solicitados.

A cultura da transparência está ainda presente na mídia, que revela a importância sobre a divulgação dos fatos que se relacionam com o comportamento dos ocupantes de cargos e funções públicas quando no exercício de suas atividades, ainda que efeitos sejam pouco sentidos no que tange ao campo jurídico.

O Poder judiciário testemunha que ainda há espaços de opacidade no trato da publicidade e transparência, quando envolve interesses particulares, pontuais e específicos, sem controle, sob a justificativa da tutela da democracia e liberdade.

O Brasil não é para amadores....