

PARECER

Publicidade, direito à informação e sigilo penal em repúblicas democráticas. Limites constitucionais ao direito administrativo sancionador. Afronta aos princípios da confiança legítima, da tipicidade, da fundamentação adequada das decisões administrativas e da proporcionalidade da sanção

SUMÁRIO: 1. A Consulta. 2. Publicidade é regra, sigilo é exceção: ausência de sigilo quando houve a divulgação do release. 3. Escopo limitado do sigilo e controle social dos agentes públicos em repúblicas democráticas. Mero release não importa em violação de sigilo. 4. Segurança jurídica, proteção da confiança legítima e irretroatividade de novas orientações desfavoráveis ao administrado no campo punitivo. 5. Limites principiológicos ao direito administrativo sancionador. 5.1. Violação ao princípio da tipicidade: inexistência de elementos objetivo e subjetivo essenciais à configuração do tipo infracional. 5.2. Violação ao princípio da fundamentação adequada das decisões administrativas: ausência de justificativa para a indicação da pena de demissão. 5.3. Violação ao princípio da proporcionalidade da sanção. 6. Nota final. 7. Resposta aos quesitos

1. A Consulta

Consultam-me Eduardo Ribeiro Gomes El Hage, Fabiana Keylla Schneider, Marisa Varotto Ferrari, José Augusto Simões Vagos, Gabriela de G. A. M. T. Câmara, Sérgio Luiz Pinel Dias, Rodrigo Timóteo da Costa e Silva, Stanley Valeriano da Silva, Felipe A. Bogado Leite, Renata Ribeiro Baptista e Tiago Misael de Jesus Martins, membros do Ministério Público Federal, e Luciana Duarte Sobral, integrante do

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ministério Público do Estado de Sergipe, acerca de questões jurídico-constitucionais relativas à Reclamação Disciplinar nº 1.00477/2021-45, que tramita no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

Narram os Consulentes que, na condição de membros da Força Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro, subscreveram e protocolaram digitalmente, em 09/03/2021, duas denúncias em face dos Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão, Romero Jucá e outros, perante a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Tais denúncias, segundo os Consulentes, descreviam o recebimento indevido de valores milionários, oriundos de supostos atos de corrupção em contratos relativos à construção da Usina Nuclear de Angra 3. Afirmam que, à época dos fatos descritos nas denúncias, o Sr. Edison Lobão, então senador eleito, ocupava o cargo de Ministro de Minas e Energia, enquanto o Sr. Romero Jucá era senador e líder do governo junto ao Senado Federal. Dizem, ainda, que, em 10/03/2021, divulgaram o ajuizamento das denúncias no *site* oficial do MPF, por meio de simples *release*, com o intuito de informar o fato à imprensa e à sociedade civil.

Todavia, de acordo com os Consulentes, tal *release* motivou os Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão e Romero Jucá a apresentarem reclamações disciplinares em seu desfavor perante o CNMP, pela alegada prática de infração disciplinar. Na versão dos reclamantes, de 09/03/2021 até 18/03/2021, as denúncias estariam submetidas a suposto sigilo processual de nível 3 (“*visualização somente pelos usuários internos do juízo em que tramita o processo*”, na forma do art. 22, inciso IV, da Resolução nº TRF2-RSP-2018/00017), o que tornaria ilícita qualquer divulgação de informações relativas aos fatos narrados nas respectivas peças. Conforme se extrai da petição inicial da reclamação disciplinar oferecida pelo Sr. Romero Jucá, “[a] atuação midiática de membros do Ministério Público [...] traz danos irreparáveis à reputação do RECLAMANTE, o qual passa a ser julgado pela sociedade como ‘culpado’, quando lhe era conferido o sigilo e segredo de justiça no processo”.

Informam os Consulentes que ambas as reclamações foram distribuídas a membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público, que, reunindo os autos, manifestou-se no sentido da instauração de processo administrativo disciplinar

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

contra os Consulentes, indicando, em um primeiro momento, a aplicação de pena de suspensão a todos eles, o que foi acolhido por decisão do Corregedor Nacional. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho da respectiva Portaria CNMP-CN nº 54/2021:

*“2. Em relação à Excelentíssima Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, **Luciana Duarte Sobral**, indicar, atendendo à exposição circunstanciada acima realizada, a ocorrência de infração disciplinar por desrespeito ao artigo 131, inciso II (revelação de assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da Justiça), ensejando, por consequência, a aplicação da sanção disciplinar de **SUSPENSÃO**, por 30 (trinta) dias, nos termos do artigo 128, inciso III, ambos da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Sergipe n. 02/1990.*

*3. Em relação ao Excelentíssimo Procurador Regional da República, **José Augusto Simões Vagos**; e aos Excelentíssimos Procuradores da República, **Eduardo Ribeiro Gomes El Hage, Fabiana Keylla Schneider, Marisa Varotto Ferrari, Gabriela de G. A. M. T. Câmara, Sérgio Luiz Pinel Dias, Rodrigo Timóteo da Costa e Silva, Stanley Valeriano da Silva, Felipe A. Bogado Leite, Renata Ribeiro Baptista e Tiago Misael de Jesus Martins**, indicar, atendendo à exposição circunstanciada acima realizada, a ocorrência de infração disciplinar por desrespeito ao artigo 240, inciso V, alínea ‘f’ (revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça), da Lei Orgânica do Ministério Público da União n. 75/1993, ensejando, por consequência, a aplicação da sanção disciplinar de demissão, nos termos do artigo 239, inciso IV, convertida, uma única vez, por proporcionalidade, na pena de **SUSPENSÃO**, por 30 (trinta) dias, nos termos do artigo 240, § 5º, da Lei Orgânica do Ministério Público da União n. 75/1993.” (grifos originais)*

Posteriormente, contudo, o referido membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público alterou de ofício o seu despacho anterior, sugerindo, especificamente para os membros do Ministério Público Federal, a gravíssima pena de demissão. Como restou consignado na nova manifestação, “[n]o caso do presente Processo Administrativo Disciplinar, ainda pendente de referendo, melhor seria deixar a critério do Egrégio Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, no instante

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

do julgamento definitivo, apreciar a penalidade mais condizente e adequada para com as condutas perpetradas [...]”. Tal decisão foi igualmente ratificada pelo Corregedor Nacional, como se pode ler na respectiva Portaria CNMP-CN nº 70/2021:

2. *Onde se lê:* [...]

*Deve ser lido: Em relação ao Excelentíssimo Procurador Regional da República, José Augusto Simões Vagos; e aos Excelentíssimos Procuradores da República, Eduardo Ribeiro Gomes El Hage, Fabiana Keylla Schneider, Marisa Varotto Ferrari, Gabriela de G. A. M. T. Câmara, Sérgio Luiz Pinel Dias, Rodrigo Timóteo da Costa e Silva, Stanley Valeriano da Silva, Felipe A. Bogado Leite, Renata Ribeiro Baptista e Tiago Misael de Jesus Martins, indicar, atendendo à exposição circunstanciada acima realizada, a ocorrência de infração disciplinar por desrespeito ao artigo 240, inciso V, alínea ‘f’ (revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça), da Lei Orgânica do Ministério Público da União n. 75/1993, ensejando, por consequência, a aplicação da sanção disciplinar de **DEMISSÃO**, nos termos do artigo 239, inciso IV, da Lei Orgânica do Ministério Público da União n. 75/1993.” (grifos originais)*

De acordo com os Consulentes, não há precedente institucional para a recomendação de demissão conjunta de onze Procuradores da República, todos com trajetória funcional ilibada. Além disso, ao ver dos Consulentes, todo o procedimento viola gravemente princípios fundamentais da Constituição de 1988.

Em primeiro lugar, ignorou-se que as ações penais ajuizadas pelo Ministério Público gozam, em regra, da publicidade típica dos atos emanados dos órgãos do Estado nas repúblicas democráticas. Por razões excepcionais, normalmente ligadas à efetividade de medidas processuais não cumpridas ou à tutela de direitos da personalidade, tal regra pode ser afastada a pedido do *parquet* ou pelo juízo da causa, mas não foi isso que se verificou, a princípio, neste caso. Como asseveram os Consulentes, as denúncias oferecidas contra os Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão e Romero Jucá não foram protocoladas em sigilo, nem houve manifestação do juízo nesse sentido por ocasião do protocolo. Na realidade, as denúncias foram distribuídas por dependência a outro processo pré-existente, este sim sigiloso. Nesse contexto, foi o

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

próprio sistema eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região que atribuiu às denúncias, de maneira automática, o mesmo grau de sigilo imposto sobre o processo conexo.

Informam os Consulentes que, apenas ao receber as denúncias, em 16/03/2021 – isto é, seis dias depois da publicação do *release* no *site* oficial do MPF –, o juízo competente consignou que as respectivas ações penais “*deverão permanecer com o Sigilo 3 até a análise do aludido requerimento de indisponibilidade de bens nos autos nº 5015331-64.2020.4.02.51*” (grifos acrescentados). Não por outro motivo, no dia 18/03/2021, após o cumprimento bem-sucedido da referida medida cautelar de bloqueio de bens, postulada em outro processo conexo, o referido sigilo foi totalmente afastado. Confirmam-se, a esse respeito, as esclarecedoras informações prestadas pela própria juíza da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro:

“Em resposta ao ofício acima mencionado, inicialmente consigno que não houve decretação de sigilo pelo Juízo nos autos dos processos nº 5014916-47.2021.4.02.5101 e 5014902-63.2021.4.02.5101, tampouco houve pedido do Ministério Público Federal nesse sentido, de forma que o sigilo foi mantido em razão do nível de sigilo identificado no sistema processual por consequência da sua distribuição por dependência a um procedimento sigiloso.

Informo, outrossim, que a menção à manutenção de sigilo na decisão de recebimento da denúncia se deu única e exclusivamente como forma de dar efetividade à medida cautelar de indisponibilidade de bens, não havendo na inicial acusatória qualquer dado ou informação de natureza sigilosa que exigisse algum nível de sigilo, dada a natureza pública das ações penais.

Exatamente em razão disso houve, inclusive, equívoco em minha decisão quando determinei que após o cumprimento da indisponibilidade a ação penal deveria observar o sigilo nível 1, na medida em que, sendo a ação penal de natureza pública, não deveria sequer haver manutenção de qualquer sigilo após o cumprimento da medida cautelar.

Assim, não tendo havido pedido de decretação de sigilo pelo MPF tampouco decisão judicial que o decretasse, concluo que o sigilo se deu em razão de sua atribuição no próprio sistema, tendo sido mantido única e exclusivamente em razão da necessidade de garantir a medida cautelar de indisponibilidade de bens.

(marcações acrescentadas)

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Em segundo lugar, mesmo que houvesse sigilo validamente decretado antes da publicação do *release* no *site* oficial do MPF, a conduta dos Consulentes não implicaria a sua violação. É que o *release* em questão constituiu comunicado genérico contendo informações de interesse público sobre o caso, sendo que muitas delas, de acordo com os Consulentes, já haviam sido, inclusive, veiculadas pela imprensa e pela própria Procuradoria-Geral da República anos antes, por ocasião do ajuizamento de denúncia sobre a existência de organização criminosa dentro do atual MDB, supostamente integrada, entre outros, pelos Srs. Edison Lobão e Romero Jucá. No *release* dos Consulentes, não houve divulgação de peças processuais, de quaisquer dados sigilosos – inexistentes nas peças acusatórias –, nem alusão à medida de indisponibilidade de bens requerida e prestes a ser cumprida. Sequer foi feita menção à numeração dos autos.

Ademais, como mencionado, o caso envolve políticos que ocupavam, à época dos fatos, os altos cargos de Ministro de Minas e Energia, e de senador e líder do governo junto ao Senado Federal. Por isso, tais denunciados devem se submeter a escrutínio social mais rigoroso em relação aos atos que praticaram, em prol da transparência exigida pela democracia e pelo regime republicano.

Não bastasse, mesmo em casos de sigilo decretado, a publicação de informações de interesse público sobre os fatos de determinado processo judicial, nos termos do *release* feito pelos Consulentes, não é incomum no âmbito do *parquet*, e nunca mereceu reprimenda dos órgãos de controle da atuação ministerial. Por isso, punir os Consulentes por seguirem prática consolidada e jamais reputada ilegítima violaria a proteção da segurança jurídica e da confiança legítima.

Demais disso, a indicação de pena de demissão aos Consulentes ultrapassa diversos limites principiológicos incidentes sobre o direito administrativo sancionador.

Para que seja aplicada a pena de demissão por afronta a sigilo, é preciso que ocorra “*revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça*” (grifos acrescentados), nos termos do art. 240, inciso V, alínea “f”, da Lei Complementar n° 75/1993, que fundamentou a decisão da Corregedoria Nacional no presente caso. No entanto, a conduta dos Consulentes, por não ter, sequer em tese, afetado

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

intencionalmente nem a dignidade das funções ministeriais, nem a administração da justiça, carece de elemento essencial à configuração do tipo infracional, bem como de dolo, razão pela qual a recomendação da pena de demissão afronta o princípio da tipicidade, também incidente sobre processos administrativos de caráter disciplinar. Para os Consulentes, a violação ao referido princípio fica ainda mais clara a partir deste trecho de manifestação do membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público:

“A discussão se gerou ou não prejuízo a divulgação do release no portal eletrônico do Ministério Público Federal à efetivação das medidas cautelares de bloqueio de bens igualmente desimporta neste momento. Ora, estamos diante do descumprimento de dever legal de manter sigilo sobre algo alcançado em razão da função exercida na atividade-fim.” (grifos acrescentados)

A indicação da pena de demissão também viola o princípio da fundamentação adequada das decisões administrativas. Isso porque, entre a primeira manifestação do membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público, que sugeria a aplicação da pena de suspensão a todos os Consulentes, e a sua segunda manifestação, que retificou o despacho anterior para recomendar aos integrantes do MPF a pena de demissão, não houve nenhum fato novo que pudesse justificar a mudança de entendimento do órgão, nem sequer a interposição de recurso por parte dos Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão e Romero Jucá. Nessa linha, ao ver dos Consulentes, não havia motivo plausível para que o membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público, afastando a regra geral da preclusão consumativa dos atos processuais, modificasse de ofício o seu primeiro entendimento.

Por fim, a indicação da pena de demissão – e mesmo a de suspensão – afronta o princípio da proporcionalidade da sanção. Com efeito, na eventual hipótese de se entender caracterizada a violação ao sigilo, restaria configurada espécie de ilícito de bagatela, que, além de não ter gerado nenhum dano ao funcionamento regular da justiça ou a direitos da personalidade, decorreu, no máximo, de descuido escusável dos Consulentes. Afinal, por não integrarem o quadro de funcionários de secretaria da

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Justiça Federal da 2ª Região, era natural que não conhecessem todas as filigranas internas do processo eletrônico, a ponto de saber que a mera distribuição por dependência a autos sigilosos atribui à denúncia protocolada, de forma automática, o mesmo grau de sigilo. Sendo assim, é inadmissível que se tente punir conduta tão pouco significativa com sanções tão graves.

Na visão dos Consulentes, tais fatos e argumentos – devidamente explicitados ao longo do processo administrativo disciplinar, inclusive em sede de embargos de declaração e de recurso interno – demonstram que não deve ser autorizada a instauração do processo administrativo disciplinar pelo Plenário do CNMP, no julgamento que está marcado para ocorrer no próximo dia 10/08/2021.

Diante desse contexto, formulam os Consulentes os seguintes quesitos:

a) Quando da publicação do *release* no *site* oficial do MPF, incidia algum sigilo sobre as denúncias oferecidas em face dos Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão e Romero Jucá?

b) Ainda que se tivesse decretado validamente sigilo antes da publicação do *release* no *site* oficial do MPF, a conduta dos Consulentes importaria na sua violação, justificando a aplicação de sanção disciplinar?

c) Levando-se em conta as circunstâncias deste caso, a indicação da pena de demissão em desfavor dos Consulentes é compatível com os princípios da tipicidade, da fundamentação das decisões administrativas e da proporcionalidade da sanção?

Antes de responder aos questionamentos dos Consulentes, é relevante definir os pressupostos jurídicos que embasam o parecer, o que se passa a fazer.

2. Publicidade é regra, sigilo é exceção: ausência de sigilo quando houve a divulgação do *release*

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A garantia da publicidade ocupa lugar de destaque nas repúblicas democráticas. E não poderia ser diferente. É que, nos regimes republicanos, os agentes do Estado não cuidam do que é seu, mas do que pertence à toda a coletividade. Tampouco exercem as suas funções em benefício próprio, devendo sempre buscar, em vez disso, a realização do interesse geral da comunidade. Por isso, exige-se ampla transparência na gestão da coisa pública e no exercício dos poderes estatais, com vistas a se evitar fenômenos indesejados, como a corrupção, a violação de direitos fundamentais e a ineficiência governamental. Nas palavras certeiras de Louis Brandeis, que foi juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, “*não há melhor desinfetante do que a luz solar*”.¹

Nas democracias, as atividades do Estado devem ser realizadas às claras, sob o olhar sempre atento dos veículos de imprensa, das organizações da sociedade civil e dos cidadãos.² A premissa é de que o amplo acesso à informação – esse verdadeiro “*oxigênio da democracia*”³ – viabiliza à cidadania, em sua plenitude, o exercício da liberdade de expressão, de opinião e de crítica, fundamentais não só ao livre desenvolvimento da personalidade, como também à plena participação na vida política da comunidade. Não à toa, os regimes autoritários têm ojeriza à transparência, buscando criar redoma de opacidade ao redor das suas ações, o que frequentemente envolve a censura da imprensa e o amordaçamento dos críticos.

Por esses motivos, a Constituição de 1988 assegura o princípio da publicidade e o acesso à informação em vários dispositivos. Ressalte-se, nessa linha, o art. 5º, que garante a todos o direito fundamental à informação (incisos XIV e XXXIII), além de prever que “*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a*

¹ Louis D. Brandeis. “What Publicity Can Do”. In: *Other People’s Money and How the Bankers Use It*. New York: Cosimo Books, 2009, p. 62 (tradução livre).

² Como bem afirmou Norberto Bobbio, “*a opacidade do poder é a negação da democracia*”, que, portanto, deve ser concebida como “*o governo do poder visível, ou o governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública*” (“O Poder Invisível”. In: *As Ideologias e o Poder em Crise*. Trad. José Ferreira. Brasília: UnB, 1990, p. 209 e 211).

³ A expressão foi cunhada pela *Article 19*, ONG internacional voltada à defesa das liberdades de expressão e de informação.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

*defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (inciso LX). Tem-se, ainda, o art. 37, caput, que alça a publicidade ao rol de princípios da Administração Pública. Também se destaca o art. 93, inciso IX, segundo o qual “**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**” (grifos acrescentados).*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é igualmente pródiga em reconhecer a importância da publicidade e do acesso à informação, como se pode depreender do seguinte trecho de recente julgado da Corte:

“A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade.

[...]

A publicidade específica de determinada informação somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar. Portanto, salvo em situações excepcionais, a Administração Pública tem o dever de absoluta transparência na condução dos negócios públicos, sob pena de desrespeito aos artigos 37, caput, e 5º, incisos XXXIII e LXXII, pois, como destacado pelo Ministro CELSO DE MELLO, ‘o modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta’ (Pleno, RHD n. 22/DF, Red. p/ Acórdão Min. CELSO DE MELLO, DJ, 1-9-95).”⁴

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público possui normas e julgados que prestigiam a publicidade, em detrimento do sigilo. De acordo com a Resolução CNMP nº 92/2013, que aprova o Regimento Interno do Conselho, nos procedimentos administrativos conduzidos pelo órgão em questão, “[o] Relator, **mediante decisão**

⁴ STF. ADI nº 6.347-MC-Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 14/08/2020.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

fundamentada, poderá determinar o sigilo da realização de determinados atos instrutórios, permitindo somente a presença das partes e de seus advogados, ou apenas destes, desde que tal medida não prejudique o interesse público” (art. 43, § 5º, grifos acrescentados). Já a Súmula CNMP nº 03/2018 consigna que “[o] sigilo, nos processos administrativos, inclusive disciplinares, só é admitido em caráter excepcional, dada a regra da publicidade, consagrada nos arts. 5º, XXXIII, 37 e 93, IX e X, da Constituição da República”.

Nota-se, assim, que, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora a “*observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção*”, nos termos do art. 3º, inciso I, da Lei nº 12.527/2011, que regula o acesso à informação. Nesse contexto, a decretação do sigilo nos processos judiciais deve se dar apenas mediante pedido expresso e decisão justificada de órgãos estatais com atribuição ou competência para tanto, tais como o Ministério Público e o Poder Judiciário.

A mesma orientação normativa se aplica às denúncias penais. Embora a lei processual preveja que a autoridade policial pode impor sigilo aos inquéritos quando “*necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade*”, na forma do art. 20, *caput*, do Código de Processo Penal, uma vez ajuizada a ação penal pública, a regra é a ampla publicidade. É o que se extrai do art. 792, *caput*, também do CPP: “*As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados*”. Do ponto de vista da filosofia do processo penal, cuida-se de regra que confere legitimidade ao poder de punir em repúblicas democráticas, na medida em que, além dar aos indivíduos e à sociedade os meios de controlar a atuação dos agentes envolvidos no exercício do poder punitivo, assegura à cidadania o acesso a informações sobre assuntos que envolvem interesses públicos – os crimes e seu julgamento. Como ressaltou Gustavo Badaró:

“Os processos secretos são típicos de Estados autoritários. O desconhecimento da existência do processo, ou mesmo de alguns de seus atos, é uma forma de esconder as arbitrariedades do exercício do poder. Quando se faz algo errado ou ilegal, quanto menor o número

de pessoas que tiverem conhecimento de tal ato, menor será a possibilidade de criticá-lo ou de demonstrar o equívoco do ato abusivo.

A publicidade de um ato de poder é fundamental para a sua legitimidade, até mesmo porque, do reconhecimento de que tal ato é correto, razoável e aceitável depende, em parte, sua aceitação popular, que incorrerá sem publicidade. A publicidade assegura a transparência dos atos estatais.

[...]

Ou seja, a regra geral é a publicidade ampla. Em casos especialmente previstos em lei, para preservar a intimidade das partes, a publicidade poderá ser restrita às partes e seus advogados. No entanto, não se poderá restringir a publicidade do processo, nem mesmo para preservar a intimidade das partes, se isso prejudicar o ‘interesse público à informação’. Entre intimidade e interesse à informação, privilegiou-se este sobre aquela.”⁵

Confira-se, sobre o ponto, este julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SIGILO. ART. 201, § 6º, DO CPP. PROTEÇÃO DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DO OFENDIDO. RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE EM BENEFÍCIO DE RÉUS OU INVESTIGADOS. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. Embora seja possível restringir a divulgação e o acesso de dados relativos a processos em andamento, tal limitação deve ficar adstrita a hipóteses em que a preservação da intimidade e da vida privada se sobrepõe ao interesse público.

3. A previsão contida na Resolução n. 212/2010, do Conselho Nacional de Justiça - que regulamenta a publicidade de atos processuais na internet e ressalva os casos de sigilo ou segredo de justiça -, assim como as referidas disposições do art. 201, § 6º, do Código de Processo Penal, não têm o condão de afastar o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais.

⁵ Gustavo Badaró. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63-65 (grifos acrescentados).

- 4. O sigilo dos dados de um processo judicial não é direito subjetivo absoluto dos envolvidos. Ao contrário, interpretando-se a norma inserta no art. 792, do Código de Processo Penal, chega-se à conclusão de que a regra, para os processos regidos por esse diploma, é a da publicidade dos atos, que só será restringida nas hipóteses em que o acesso irrestrito puder resultar em escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem.**
- 5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido, para determinar-se o levantamento do sigilo nos autos de origem.”⁶**

Veja-se também o seguinte precedente do Conselho Nacional do Ministério Público, que, em muitos aspectos, aproxima-se do presente caso:

“RECURSO INTERNO. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE. CORREGEDORIA NACIONAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ARQUIVAMENTO.

1. Reclamação Disciplinar instaurada em face de Promotores de Justiça do GAECO para apurar suposto vazamento de informações sigilosas de autos judiciais referentes à Operação Hígia, amparados pelos Inquéritos Civis n. 52.14.01.0161, n. 52.16.01.0163 e Procedimento de Investigação Criminal n. 52.16.01.0162.

2. A Constituição da República estabelece que a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário é pressuposto inafastável de sua validade, de modo que o sigilo somente será empregado para preservar a intimidade ou o interesse social.

3. A ausência de manifestação expressa da autoridade judiciária em relação ao segredo de justiça, quando do recebimento da Denúncia, na hipótese, não convalida o sigilo, pois o disposto no art. 28, parágrafo 2º, da Resolução nº 185 do CNJ, não pode ser utilizado como justificativa para se manter em segredo processos cuja publicidade se impõe.

4. A ocorrência de um delito, conforme a situação, pode gerar eventual exposição da intimidade ou da vida privada do acusado. Tal fato, isoladamente considerado, contudo, não pode servir de supedâneo para o segredo de justiça.

5. Inexiste, no caso concreto, fundamento legal para a decretação de segredo de justiça. Os fatos praticados pelos membros, portanto, não caracterizam infração disciplinar, sendo de rigor a manutenção do

⁶ STJ. RMS nº 55.420, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 22/08/2018.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

arquivamento da Reclamação Disciplinar por ausência de justa causa. Recurso interno CONHECIDO e DESPROVIDO.”⁷

Pois bem. No presente caso, duas circunstâncias deixam claro por que as denúncias ajuizadas pelos Consulentes em desfavor dos Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão e Romero Jucá realmente não eram objeto de sigilo quando da publicação do *release* no *site* oficial do MPF, em 10/03/2021.

Por um lado, àquela altura, inexistia pedido ministerial ou decisão judicial nesse sentido. De fato, no momento de realizar o protocolo digital, os Consulentes não optaram por requerer o sigilo das denúncias, cujas petições só foram marcadas como supostamente sigilosas devido a uma singularidade do sistema eletrônico – à época, ignorada pelos Consulentes –, que lhes atribuiu, de forma automática, o mesmo grau de sigilo que já incidia sobre o processo ao qual elas foram distribuídas por dependência. Da mesma maneira, a única alusão ao sigilo em sede de decisão judicial se deu apenas em 16/03/2021, quando, ao receber as denúncias, o juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro determinou que as respectivas ações penais deveriam quedar-se sigilosas até que se cumprisse a medida cautelar de bloqueio de bens pleiteada em outro processo, e tão somente com o objetivo de não frustrar a execução da medida judicial.

Evidentemente, **restrição a princípio constitucional e a direito fundamental – o princípio da publicidade e o direito de acesso à informação –, como é a decretação de sigilo de um processo, não pode ser imposta de forma automatizada pelo sistema da Justiça Federal, sem que haja sequer intervenção humana nessa “decisão”.**

Por outro lado, não havia qualquer interesse público a justificar a imposição de sigilo às denúncias em si. Pelo contrário. Em uma república democrática como a brasileira, o sigilo não poderia se fundamentar na alegada necessidade de se preservar a imagem dos denunciados perante a opinião pública – como se verá, ainda mais detidamente, no próximo item deste parecer. Afinal, são políticos e autoridades

⁷ CNMP. Reclamação Disciplinar nº 1.00761/2018-34, Rel. Cons. Valter Shuenquener (grifos acrescentados).

públicas, envolvidos em temas de inequívoco interesse coletivo. Por isso, em casos como este, a sociedade tem o direito de saber, e o Ministério Público, o dever de informar. A única justificativa constitucionalmente plausível para o sigilo é o interesse da justiça na efetividade da medida cautelar de indisponibilidade de bens pleiteada em outro processo. Foi justamente por essa razão que, uma vez cumprida a referida cautelar em 18/03/2021, levantou-se o sigilo mantido pelo juízo na decisão de recebimento das denúncias.

Todos esses fatos foram devidamente reconhecidos pela própria juíza da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Em manifestação juntada aos autos da Reclamação Disciplinar nº 1.00477/2021-45 e já transcrita neste parecer, a magistrada afirmou, sem rodeios: *“não tendo havido pedido de decretação de sigilo pelo MPF tampouco decisão judicial que o decretasse, concluo que o sigilo se deu em razão de sua atribuição no próprio sistema, tendo sido mantido única e exclusivamente em razão da necessidade de garantir a medida cautelar de indisponibilidade de bens”*.

E, mesmo que houvesse decretação válida de sigilo antes da publicação do *release* no site oficial do MPF, o simples comunicado feito pelos Consulentes não acarretaria a sua violação, como se verá melhor a seguir.

3. Escopo limitado do sigilo e controle social dos agentes públicos em repúblicas democráticas. Mero *release* não importa em violação de sigilo

Por constituir exceção à regra geral da publicidade, limitando o pleno gozo do direito constitucional à informação, o sigilo deve ser interpretado de maneira restrita. Com efeito, é lição corrente que os direitos e as garantias fundamentais, por consagrarem os bens e valores jurídicos mais relevantes da comunidade política, possuem força expansiva, o que justifica a sua aplicação extensiva e generosa. Por consequência, as medidas restritivas desses direitos devem ser objeto de interpretação restritiva, de modo a potencializar a incidência dos direitos fundamentais nas relações sociais. Como consigna o jurista português Jorge Miranda, *“na dúvida, os direitos*

devem prevalecer sobre as restrições”.⁸ Na mesma linha, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que, “*em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau*”.⁹ Na literatura brasileira, Walter Claudius Rothenburg sublinha o mesmo ponto: “*enquanto a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, a interpretação das restrições deve ser limitativa*”.¹⁰

No presente caso, tal diretriz constitucional impõe que se busque definir a verdadeira abrangência da hipótese de sigilo, já que aumentar indevidamente o seu escopo pode colocar em risco valores constitucionais relevantes, ligados à democracia e à república. Como também afirma a jurisprudência do Conselho Nacional do Ministério Público, “*o art. 5º [da Constituição] enuncia a publicidade e o direito à informação como garantias fundamentais [...]. Sendo inequívoco que os dispositivos contidos no art. 5º da Constituição estabelecem direitos e garantias do cidadão em face do Estado, pode-se afirmar que tais normas devem ser sempre interpretadas favoravelmente aos indivíduos que protegem, tomando-se as exceções em sentido estrito*”.¹¹

Nessa linha, a decretação de sigilo a determinado processo não significa que os fatos de interesse público relativos à causa não possam ser conhecidos por terceiros, sobretudo quando muitos desses fatos já tenham sido previamente divulgados na imprensa ou em comunicados feitos por outras autoridades. Na verdade, o sigilo recai apenas sobre as peças do processo, assim entendidos os documentos, as petições ou os eventos constantes na movimentação, bem como sobre os dados sigilosos que elas revelem. Em sentido semelhante, já afirmou o CNMP que “[i]nformações de domínio público ou não protegidas não passam a ser sigilosas só porque ingressaram na investigação”¹² sobre a qual exista sigilo decretado.

⁸ Jorge Miranda. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 470.

⁹ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 143.

¹⁰ Walter Claudius Rothenburg. “Direitos fundamentais e suas características”. *Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, nº 29, 1999.

¹¹ CNMP. PCA nº 0.00.000.001493/2009-41, Rel. Cons. Achilles Siquara, Red. p/ ac. Cons. Mario Bonsaglia, DOU 10/05/2010.

¹² CNMP. Recurso Interno nº 0.00.000.000193/2008-64, Rel. Cons. Diaulas Costa Ribeiro, DOU 20/10/2008.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Sendo assim, não há dúvidas de que a mera publicação de *release*, com informações genéricas sobre as denúncias ajuizadas em desfavor dos Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão e Romero Jucá, não viola o conteúdo do suposto sigilo. Afinal, além de ter divulgado informações de interesse público, em grande parte já veiculadas pela imprensa e pela PGR anos antes, o referido comunicado não continha documentos, petições ou tabelas de movimentação. Tampouco apresentava qualquer dado ou informação de natureza sigilosa. Na realidade, como já visto, não houve sequer menção à numeração dos respectivos autos. Nem mesmo o requerimento de medida cautelar de bloqueio de bens, cuja efetividade se buscava garantir com o sigilo, foi aludido no *release*. Em última análise, considerar que o simples comunicado publicado pelos Consulentes, tendo como principais destinatários a imprensa e a sociedade civil, fere alguma regra de sigilo traduz absoluta incompreensão acerca do papel central que o acesso à informação cumpre nas repúblicas democráticas. Trata-se de exegese incompatível com a premissa constitucional de que as restrições a direitos fundamentais têm de ser objeto de interpretação restritiva.

Tal premissa é ainda mais verdadeira no presente caso, devido às funções exercidas pelos principais denunciados e ao inegável interesse público que subjaz aos fatos narrados. É que, como visto, as denúncias se baseiam em provas do suposto cometimento de atos de corrupção na construção da Usina de Angra 3, com o possível recebimento de propinas milionárias por altas autoridades da República, notadamente os Srs. Edison Lobão e Romero Jucá, que ocupavam, respectivamente, os cargos de Ministro de Minas e Energia e de líder do governo junto ao Senado Federal.

A propósito, não se pode ignorar que, no combate contra possíveis desmandos e ilícitos praticados por poderosos, é fundamental a fiscalização atenta da sociedade civil e da imprensa. Não por outro motivo, a Constituição de 1988, que pretendeu romper com o passado nacional de silêncio imposto pela ditadura, confere proteção reforçada às liberdades comunicativas (arts. 5º, incisos IV e IX, e 220, *caput*). Nas democracias, é unicamente a partir do pleno acesso à informação que os indivíduos podem formar as suas convicções pessoais sobre os mais diversos assuntos, participar

de maneira consciente do autogoverno da sociedade, e fazer valer os seus próprios direitos.¹³

Nesse sentido, é atemporal a lição de James Madison: *“Um governo do povo, sem informação para o povo ou sem os meios para que ele a obtenha, não é nada mais do que o prólogo de uma farsa ou de uma tragédia, ou talvez de ambas. O conhecimento sempre governará sobre a ignorância, de modo que, se o povo pretende governar a si mesmo, precisa se armar com o poder que o conhecimento assegura”*.¹⁴ E, para que isso ocorra, é fundamental a atuação dos órgãos de imprensa na obtenção, na circulação e na transmissão de informações. Como bem afirmou o Supremo Tribunal Federal ao declarar a não recepção da Lei de Imprensa do regime militar pela Constituição de 1988:

“A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome ‘Da Comunicação Social’ (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de ‘atividades’ ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais

¹³ Cf. Alexander Meiklejohn. “Free Speech and its Relation to Self-Government”. In: *Political Freedoms*. Westport: Greenwood Press, 1960, p. 03-89; Cass Sunstein. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993; e Owen Fiss. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

¹⁴ Citado em Jeremy Pope. “Access to information: whose right and whose information?”. *Global Corruption Report 2003* (tradução livre). Disponível em: <<http://www.anti-corruption.org/wp-content/uploads/2016/11/Global-Corruption-Report-A2I-Whose-Right-and-Whose-Information-Jeremy-Pope-2003.pdf>>.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.”¹⁵

Dentro do próprio Ministério Público, o reconhecimento da importância do controle social das atividades estatais vem estimulando a criação de uma cultura de interação com a opinião pública e com a imprensa. Quando utilizados a serviço do interesse público, de maneira responsável e escrupulosa – a exemplo do que se verifica no presente caso –, os canais de diálogo entre o *parquet*, a sociedade e a imprensa podem produzir bons frutos para a democracia. Como consignou o CNMP em julgado sobre o tema, “[n]ão se veda ao membro do Ministério Público o acesso aos meios de comunicação, desde que ocorra de forma profissional, com vistas à satisfação do interesse público. A utilização de meios de comunicação, se feita em atenção aos postulados acima realçados, ganha importância em face do papel desempenhado pela imprensa, como órgão de fiscalização e informação da sociedade.”¹⁶

Confiram-se, ainda, os seguintes dispositivos da Recomendação CNMP n° 58/2017, que estabelece a Política Nacional de Comunicação Social do Ministério Público brasileiro:

“Art. 2º A comunicação social do Ministério Público orienta-se pelos seguintes princípios:

I – impessoalidade;

II – publicidade;

III – transparência;

IV – economicidade;

V – respeito aos direitos fundamentais;

VI – verdade;

VII – unidade;

VIII – visão estratégica;

IX – sustentabilidade;

¹⁵ STF. ADPF n° 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 06/11/2009.

¹⁶ CNMP. Recurso Interno n° 0.00.000.000482/2009-44, Rel. Cons. Achilles de Jesus Siquara Filho, DOU 09/06/2011. No mesmo sentido, afirmou o Conselho em outro precedente: “É plenamente aceitável que o Ministério Público mantenha uma relação de diálogo com a imprensa, pois é insito da Instituição dar publicidade a fatos sob investigação, desde que em prol da sociedade e desde que estes não estejam resguardados pelo sigilo em razão de interesse público ou por se tratarem unicamente da intimidade dos interessados envolvidos, sem repercussão pública” (CNMP. Recurso Interno n° 0.00.000.000521/2010-47, Rel. Cons. Marcelo Ferra de Carvalho, DOU 06/02/2014).

X – acessibilidade;

XI – simplicidade;

XII – integração;

XIII – diversidade regional.

Parágrafo único. A comunicação social tem o dever constitucional de promover a transparência e de garantir o direito coletivo à informação, visão que deve orientar as escolhas estratégicas e operacionais da instituição.

Art. 3º O Ministério Público deve estabelecer canais de comunicação que estimulem o debate e a participação de cidadãos e de integrantes da instituição.

[...]

Art. 7º A comunicação institucional deverá ser elaborada e divulgada pelo setor responsável pela comunicação social, a fim de manter a unidade e o caráter impessoal.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, comunicação institucional deve ser entendida como o conjunto de procedimentos e práticas, adotadas no âmbito da atividade de gestão, destinadas a divulgar os valores, os objetivos, a missão e as ações desenvolvidas pelo Ministério Público com o propósito de construir sua imagem junto à sociedade.

[...]

Art. 11. A escolha dos veículos de comunicação institucionais deve ser orientada pelo interesse público.

Art. 12. Os veículos de comunicação devem ter acesso às informações de interesse público.

[...]

Art. 14. Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, a instituição poderá prestar informações aos meios de comunicação social sobre as providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo, de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas.” (grifos acrescentados)

Dessa forma, equivocam-se os Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão e Romero Jucá quando caracterizam o *release* como “*atuação midiática*” ilegítima, que, ao ter possibilitado o conhecimento dos fatos da denúncia pela imprensa e pela sociedade civil, gerou “*danos irreparáveis à [sua] reputação*”. Até porque, nas repúblicas democráticas, quando há conflito entre a pretensão de preservação da própria imagem

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ou de proteção à privacidade nutrida por governantes e autoridades, e o evidente interesse coletivo no acesso a informações relevantes sobre a gestão da coisa pública, prevalece o segundo.

Veja-se, sobre o ponto, a seguinte passagem do voto do Min. Luís Roberto Barroso, proferido no julgamento em que o STF declarou a constitucionalidade das biografias não autorizadas:

“38. Há, ainda, uma importante discussão sobre o âmbito de proteção da intimidade e da vida privada em relação a pessoas públicas e não públicas. A doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade dessa proteção: o grau de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública – políticos, atletas, artistas – sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto-exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. [...]

39. Ainda que se reconheça que algum âmbito da privacidade de pessoas públicas deva ser interdito à curiosidade alheia, a definição do conteúdo dessa esfera de proteção é uma tarefa muito complexa. É por isso que se deve utilizar com cautela critérios como o de ‘interesse público’, que deve ser presumido quando envolver pessoas notórias. [...].”¹⁷

Para além dos fundamentos constitucionais relativos ao acesso à informação e ao controle social dos agentes políticos nas repúblicas democráticas, outra razão, ligada à tutela da segurança jurídica e da confiança legítima, revela por que a conduta dos Consulentos não pode ser interpretada como violação de sigilo.

¹⁷ STF. ADI n° 4.815, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 01/02/2016.

4. Segurança jurídica, proteção da confiança legítima e irretroatividade de novas orientações desfavoráveis ao administrado no campo punitivo

Como se sabe, em nossa ordem constitucional, a tutela da segurança jurídica não se esgota na observância de garantias expressamente positivadas na Lei Maior, como a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI), e a irretroatividade das leis penais gravosas e das normas tributárias (arts. 5º, inciso XL, e 150, inciso III, alínea “a”). Na verdade, uma das mais importantes emanções da segurança jurídica, implicitamente assegurada pela Constituição, é o princípio da proteção da confiança legítima, que representa a sua faceta subjetiva.¹⁸ Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho,

“[...] a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos do poder público. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial.”¹⁹

Sob tal perspectiva, a proteção da confiança, decorrente da própria ideia de segurança jurídica, visa a preservar expectativas legítimas daqueles que, agindo de boa-fé, tenham se fiado em atos e orientações estatais. Nas palavras de Gustavo Binbenbujm,

¹⁸ Sobre o princípio da proteção da confiança legítima, cf., e.g., Almiro do Couto e Silva. “O princípio da proteção à confiança e a teoria da invalidade dos atos administrativos no direito brasileiro”. In: *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 91-122; Humberto Ávila. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 360-496; Valter Shuenquener de Araújo. *O Princípio da Proteção à Confiança*. Niterói: Impetus, 2009; e Sylvia Calmes. *Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Alemans, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz, 2001.

¹⁹ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 250 (grifos originais).

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

*“tendo agido subjetivamente de boa-fé (boa-fé subjetiva) confiando numa situação digna de confiança gerada pelo Poder Público (standard de comportamento leal e médio que se aproxima da boa-fé objetiva) e tendo orientado a sua conduta em conformidade com essas premissas, não é justo [...] que essa confiança legítima do particular seja frustrada por uma mudança de posição do Estado”.*²⁰

A jurisprudência constitucional brasileira também é pacífica no reconhecimento desse princípio,²¹ como se vê nos precedentes abaixo:

*“5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público.”*²²

*“Na realidade, os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/92, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES) em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado.”*²³

Pois bem. Com a crescente interação entre Ministério Público, imprensa e sociedade civil – importante no regime democrático –, tornou-se comum, entre os membros do *parquet*, a prática de publicação de *releases* com informações de interesse público, com vistas a comunicar à coletividade os resultados dos trabalhos ministeriais, inclusive na seara penal. Essa é uma prática louvável, que favorece o direito à

²⁰ Gustavo Binenbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 181-182.

²¹ Para uma detida análise da jurisprudência do STF na matéria, cf. Carlos Alexandre de Azevedo Campos. “Proteção da Confiança Legítima na Jurisprudência do STF”. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, nº 07, 2014, p. 11-32.

²² STF. MS nº 22.357, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2004.

²³ STF. MS nº 27.083-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 09/02/2015 (sem os grifos originais).

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

informação, e assegura a impessoalidade no trato com a imprensa: é preferível o comunicado geral à priorização de alguns veículos prediletos, eventualmente mais simpáticos à medida divulgada. Nele se ressalta a atuação da instituição, e não o papel deste ou daquele procurador ou promotor, o que evita perniciosos estrelismos individuais.

Tal prática nunca recebeu qualquer censura dos órgãos de controle interno, inclusive do CNMP, que possui jurisprudência e recomendação específica estimulando a comunicação social no âmbito do *parquet*.

Na realidade, a prática de divulgação de *releases* é realizada até mesmo para publicizar o ajuizamento de denúncias vinculadas a procedimentos sobre os quais pesa efetivamente o sigilo. Cite-se, por exemplo, a divulgação, pela própria PGR, do ajuizamento de ação penal em face do ex-governador do Rio de Janeiro Wilson Witzel, embora o inquérito que a tenha subsidiado ainda esteja em sigilo no Superior Tribunal de Justiça.²⁴

Assim, a imposição de gravíssima punição pela simples divulgação de *release* viola a confiança legítima daqueles que se limitaram a observar uma prática comum no âmbito do Ministério Público brasileiro, que nunca foi tratada como ilegal ou ilegítima pelos órgãos de controle do *parquet*. Novos entendimentos – mesmo quando corretos, o que não é o caso – não podem ser aplicados retroativamente, como impõe a Constituição, e proclama o art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999, que rege todos os procedimentos administrativos federais.²⁵

E essa é uma exigência ainda mais importante quando se trata de processo administrativo sancionador, em que também se aplica o princípio constitucional que veda a retroatividade das normas punitivas (art. 5º, inciso XL, CF/88). Tal garantia não se aplica apenas ao direito penal. Como se verá mais detidamente no próximo item, a principiologia garantista da Constituição incide sobre todo o direito punitivo,

²⁴ Cf. <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-denuncia-wilson-witzel-por-estruturar-esquema-de-corrupcao-no-rio-de-janeiro>>.

²⁵ Segundo o dispositivo, será observado o critério de “*interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação*” (grifos acrescentados).

englobando também as sanções administrativas. Nas palavras de Emerson Garcia e Rodrigo Pacheco Alves, “[a] irretroatividade da lei punitiva que agrave a situação do agente, princípio há muito consagrado no Direito Penal, deve prevalecer em qualquer seara na qual o Estado exerça seu poder sancionador, pois a violação e consequente recomposição da ordem jurídica sempre possuem um alicerce comum [...]”.²⁶

Não é diferente a orientação da jurisprudência. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “[o] art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage”.²⁷ Ora, se o STJ afirma que a retroatividade da norma mais benéfica também se aplica ao âmbito do direito administrativo sancionador, evidentemente não retroagem as normas que prejudiquem o administrado.

E não se diga que tal garantia se aplica apenas às normas previstas em lei em sentido formal. É que a *ratio* da Constituição consiste justamente em tutelar a segurança jurídica para o indivíduo, protegendo-o de qualquer mudança repentina de orientação do Estado, esteja ela consubstanciada em leis, decisões judiciais ou práticas administrativas. Tal entendimento se alinha com o art. 24 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, que prevê a regra da irretroatividade de novas orientações gerais no âmbito da revisão administrativa, assim definidas, no parágrafo único do dispositivo, como “as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.²⁸

²⁶ Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁷ STJ. REsp nº 1.153.083, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, Red. p/ ac. Min. Regina Helena Costa, DJe 19/11/2014.

²⁸ Comentando o art. 24 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, afirma Jacintho Arruda Câmara: “O novo dispositivo deixa claro que a irretroatividade, para assegurar a segurança jurídica, deve se estender à interpretação dos textos normativos, não se atendo apenas à lei em sentido formal. [...] A frustração da legítima expectativa da sociedade na preservação de situações constituídas sob a égide do que se entendia como lícito é mais acentuada ainda quando se trata do entendimento assumido pelo próprio Estado, seja por meio de decisões judiciais, administrativas ou mesmo quando ela é encampada por práticas reiteradas de seus agentes burocráticos” (“Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas”. *Revista de Direito Administrativo*, edição especial, nov. 2018, p. 116-117).

Portanto, resta claro que, também por razões de segurança jurídica, de proteção da confiança legítima e de irretroatividade das normas punitivas, não se pode sujeitar os Consulentes a qualquer sanção disciplinar pelos fatos discutidos no presente caso – muito menos à pena gravíssima de demissão recomendada pela Corregedoria Nacional do Ministério Público aos membros do MPF.

5. Limites principiológicos ao direito administrativo sancionador

Apesar de as sanções administrativas não resultarem em restrições à liberdade corporal,²⁹ é indiscutível que elas podem atingir bens e direitos extremamente relevantes. Nesse sentido, é fundamental a definição de limites para o desempenho do poder sancionador estatal, inclusive na seara administrativa.³⁰ No Estado de Direito, a imposição de punições deve estar sujeita a balizas e condicionamentos que assegurem o irrestrito respeito aos direitos fundamentais dos apenados. Por mais importantes que sejam os bens tutelados pelos poderes públicos, os fins não justificam os meios, razão pela qual a tentativa de coibir irregularidades administrativas não importa em concessão de carta branca para a prática de arbitrariedades ou para a violação de direitos fundamentais.

Muitos dos limites ao poder punitivo estatal estão expressamente positivados em normas constitucionais voltadas para o direito penal e processual penal. Nada obstante, entende-se que a maior parte desses limites se estende também às sanções de índole administrativa, incidindo sobre o *jus puniendi* estatal em toda a sua extensão. É o que já afirmava, com pioneirismo, a doutrina espanhola, ao identificar que as várias manifestações do poder de punir possuem um mesmo núcleo comum, circunscrito pelas

²⁹ O ordenamento jurídico admite exceções, como a contida no inciso LXI do art. 5º da Constituição, que estabelece a possibilidade de prisão administrativa “*nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*”.

³⁰ Sobre o tópico, cf., e.g., Gustavo Binenbojm. “O Direito Administrativo Sancionador e o Poder Punitivo Estatal”. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 11, 2014, p. 11-35; e Rafael Munhoz de Mello. *Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

garantias inerentes ao Estado de Direito e pelo devido processo legal.³¹ Tal orientação foi igualmente acolhida em conhecida decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, na qual se consignou: *“Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”*.³²

Também no Brasil, Marçal Justen Filho registra que *“as sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante”*.³³ Nessa mesma direção, aponta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cuja 5ª Turma já afirmou que, *“[c]onsoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.”*³⁴

Dentre os limites principiológicos que incidem sobre o exercício do poder punitivo da Administração Pública, quatro deles se afiguram especialmente relevantes para os fins deste parecer: (i) a irretroatividade das normas punitivas (ou da sua interpretação mais gravosa), (ii) a tipicidade, (iii) a fundamentação adequada das decisões estatais e (iv) a proporcionalidade da sanção. A aplicação do primeiro deles ao presente caso foi analisada acima. A seguir, será discutida a incidência dos demais.

³¹ Cf., e.g., Luis Prieto Sanchis. “La jurisprudência constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 04, jan./abr. 1982, p. 99-121.

³² Tribunal Constitucional da Espanha, sentença de 30 de janeiro de 1981.

³³ Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 603. Na mesma linha, cf. Gustavo Binenbojm. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações jurídico-políticas, econômicas e institucionais no Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 105; Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flavio Amaral Garcia. “A principiologia no direito administrativo sancionador”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 28, 2012; e Edilson Pereira Nobre Junior. “Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 219, 2000.

³⁴ STJ. RMS nº 24.559, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 01/02/2010.

5.1. Violação ao princípio da tipicidade: inexistência de elementos objetivo e subjetivo essenciais à configuração do tipo infracional

Como salientado anteriormente, o estatuto constitucional das sanções administrativas aproxima-se daquele delineado no campo do direito penal. E, dentre as limitações a que está sujeito o poder administrativo sancionador, figura o *princípio da tipicidade*, que, como se sabe, possui duas dimensões, uma *objetiva* e outra *subjetiva*.

Para que se cumpra a tipicidade objetiva, é necessário que tanto a conduta ilícita quanto a sanção correspondente sejam bem definidas em ato normativo prévio, de modo a preservar a segurança jurídica. No Estado de Direito, não pode o administrador aplicar sanções fora das hipóteses previamente delineadas pelas normas vigentes. O ponto é incontroverso em sede doutrinária, valendo reproduzir a lição de Rafael Munhoz de Mello:

“No campo do direito administrativo sancionador o princípio da segurança jurídica dá origem ao princípio da tipicidade. A tipicidade exige que o comportamento proibido esteja descrito de modo claro, assim como exige precisão e clareza na descrição da sanção a ele correspondente.”³⁵

Nessa linha, também é remansosa a jurisprudência, como se vê nos seguintes trechos de julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“A aplicação de sanções administrativas, como elemento de coerção e intimidação, somente se legitima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente previsto como infração administrativa, além de que a punição também terá de ser exatamente aquela cominada para o caso.”³⁶

³⁵ Rafael Munhoz de Mello. *Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador*. Op. cit., p. 134.

³⁶ STJ. HC nº 45.462, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 10/09/2007.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

“Não é legítima a aplicação a motoristas de táxi, modalidade de transporte individual, de penalidades estabelecidas para infrações no âmbito do transporte coletivo de passageiros. No âmbito do poder estatal sancionador, penal ou administrativo, não se admite tipificação ou penalização por analogia.”³⁷

Já a tipicidade subjetiva, para ser adequadamente observada, exige que o agente atue com *dolo* ou, ao menos, com *culpa*. Enquanto o dolo ocorre “quando o agente quer o resultado produzido [...] ou assume o risco de produzi-lo”, a culpa se verifica “quando o agente não quer o resultado, não o deseja nem o aceita, mas, por imprudência (atitude positiva – o agente faz algo que não deveria), negligência (atitude negativa – o agente não faz algo que deveria) ou imperícia (falta de habilidade técnica para o exercício de ofício, arte ou profissão), ou seja, por ausência de um dever de cuidado, acaba por provocá-lo”.³⁸ Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt, “uma pessoa pode ter dado causa a determinado resultado e não ser possível imputar-se-lhe a responsabilidade por esse fato, por não ter agido nem dolosa nem culposamente, isto é, não ter agido tipicamente”.³⁹

Nessa linha, há casos em que o tipo, pela conduta descrita, permite a punição do agente seja por dolo, seja por culpa. No direito penal, tomando-se como exemplo o caso mais óbvio do homicídio, é possível “matar alguém” tanto de forma consciente e intencional, quanto por negligência, imprudência ou imperícia. Os dois ilícitos – homicídio doloso e culposo – foram expressamente tipificados pelo legislador. Há outras hipóteses, contudo, em que o elemento objetivo do tipo é inseparável do elemento subjetivo do dolo. Como afirma Juarez Cirino dos Santos, “[e]m alguns tipos legais as dimensões subjetiva e objetiva estão entrelaçadas: assim, o artifício, artil ou fraude, no estelionato [...], referem acontecimentos externos impensáveis sem a consciência interna do engano”.⁴⁰ De fato, não existe estelionato por negligência, imprudência ou imperícia, já que o ato de enganar pressupõe consciência e intenção por

³⁷ STJ. RMS n° 19.510, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 03/08/2006.

³⁸ Eugênio Pacelli e André Callegari. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁹ Cezar Roberto Bittencourt. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 331.

⁴⁰ Juarez Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: ICPC, 2014, p. 108 (grifos acrescentados).

parte do agente. Sendo assim, em hipóteses como a do exemplo dado pelo eminente penalista, é impossível a punição de condutas culposas, mas somente dolosas.

O mesmo raciocínio se aplica ao direito administrativo sancionador. Afinal, também nesse campo, é da própria descrição típica que se infere se conduta punível é unicamente dolosa, apenas culposa, ou se abre margem tanto para o dolo, quanto para a culpa. Segundo o manual oficial da Corregedoria-Geral da União sobre processos administrativos disciplinares, as *“características próprias [das infrações] e a interpretação da gravidade de cada uma é que irão determinar quando haverá a exigência do dolo e quando bastará a culpa”*.⁴¹ Nesse sentido, se o tipo infracional contemplar somente condutas dolosas, atos culposos não poderão ser punidos.

Pois bem. No presente caso, o dispositivo legal utilizado pela Corregedoria Nacional do Ministério Público em sua decisão desfavorável aos Consulentes que compõem o MPF é, como visto, o art. 240, inciso V, alínea “f”, da Lei Complementar nº 75/1993, que, ao dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, comina a pena de demissão à conduta de *“revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, **comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça**”*. Da análise do tipo infracional, percebe-se que é necessária, para a sua configuração, a presença de quatro elementos objetivos: (i) o ato consciente de revelar determinado assunto, no sentido de divulgar, informar, comunicar; (ii) a prévia existência de sigilo sobre esse assunto, devidamente justificado em decisão expressa; (iii) o nexó de implicação entre o conhecimento do assunto e o cargo exercido; e (iv) o abalo à dignidade das funções ministeriais ou da justiça. Naturalmente, todos eles devem estar configurados para que exista a infração.

Todavia, ainda que se parta do pressuposto de que o *release* divulgou informações efetivamente sigilosas – o que, como visto, não ocorreu –, não se verifica, sequer em tese, a presença do elemento objetivo constante da cláusula final do art. 240, inciso V, alínea “f”, da Lei Complementar nº 75/1993. Com efeito, ao divulgarem o informativo, os Consulentes não comprometeram a dignidade das suas funções. Ao contrário, prestigiaram princípios de transparência fundamentais às repúblicas

⁴¹ CGU. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília, 2021, p. 189.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

democráticas. Ainda que tivesse havido alguma irregularidade – o que não foi o caso –, seria um ilícito administrativo menor, de bagatela, nada que minimamente pudesse comprometer a dignidade das funções ministeriais ou da justiça.

Os Consulentes tampouco prejudicaram a boa administração da justiça, haja vista que o *release* não atrapalhou nem o andamento regular das denúncias oferecidas em face dos Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão e Romero Jucá, nem o cumprimento da medida cautelar de indisponibilidade de bens pleiteada em outro processo. O tipo em questão, portanto, não está configurado no caso, sequer em tese.

O próprio membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público admite que aplicou o art. 240, inciso V, alínea “F”, da Lei Complementar nº 75/1993 sem levar em conta a sua parte final. Como já mencionado, lê-se, na respectiva decisão, que “[a] *discussão se gerou ou não prejuízo a divulgação do release no portal eletrônico do Ministério Público Federal à efetivação das medidas cautelares de bloqueio de bens igualmente desimporta neste momento. Ora, estamos diante do descumprimento de dever legal de manter sigilo sobre algo alcançado em razão da função exercida na atividade-fim*”.

Contudo, como visto, todos os elementos objetivos do tipo devem estar presentes para que a pena correspondente seja aplicada, não sendo suficiente a mera verificação “*do descumprimento de dever legal de manter sigilo sobre algo alcançado em razão da função*”. Resta, assim, ainda mais claro que o dispositivo em questão não foi corretamente empregado, pois nem sequer se afirma que a conduta dos Consulentes tenha correspondido integralmente ao tipo infracional pelo qual eles são acusados.

Do ponto de vista da tipicidade subjetiva, também não há margem para se aplicar aos Consulentes a pena de demissão. É que o tipo infracional da quebra de sigilo, na forma descrita no art. 240, inciso V, alínea “F”, da Lei Complementar nº 75/1993, exige o dolo por parte do agente, não abrindo margem para a punição de condutas meramente culposas. A ideia é simples: não se viola um sigilo cuja existência se desconhece. Não se *compromete a dignidade* das funções do ministério público ou da justiça para uma infração meramente culposa.

A própria gravidade da sanção prevista pelo legislador – a demissão – evidencia que o legislador não cogitou de condutas meramente culposas. Não fosse assim, a norma infracional seria parcialmente inconstitucional, por violação ao princípio da proporcionalidade da pena. E, como postula o princípio da interpretação conforme a Constituição, é dever do intérprete preferir sempre as exegeses que tornem o preceito interpretado compatível com a Lei Maior.⁴²

Ora, no presente caso, não houve dolo, mas, no máximo, culpa, haja vista que os Consulentes ignoravam a existência do sigilo quando da divulgação do *release*. Repita-se, eles protocolaram as denúncias sem requisição de sigilo, que lhes foi atribuído não por decisão judicial expressa, mas por simples marcação automática do próprio sistema eletrônico, em virtude de peculiaridade informática que, à época, era compreensivelmente desconhecida pelos procuradores. O próprio uso do *site* oficial do MPF para a divulgação do ajuizamento das denúncias deixa claro que, de fato, não houve intenção de quebrar qualquer segredo de justiça de que se tivesse conhecimento. Quem, conhecendo o direito, tem a intenção espúria de divulgar elementos sigilosos, não o faz às claras, por meio de *release* oficial, expondo-se à responsabilização futura. As regras ordinárias de experiência ensinam que, nesse caso, o recurso usual é o vazamento para repórteres “amigos”.

O mesmo raciocínio – seja quanto à tipicidade objetiva, seja quanto à subjetiva – se aplica ao caso da promotora Luciana Duarte Sobral, integrante do Ministério Público do Estado de Sergipe. Afinal, o tipo infracional que lhe foi atribuído, conquanto estabelecido em norma legal diversa – o artigo 131, inciso II, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Sergipe – tem a mesma redação daquele em que foram indevidamente enquadrados os demais Consulentes (“revelação de assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da Justiça”).

Logo, os enquadramentos pretendidos pela Corregedoria Nacional do Ministério Público são flagrantemente incompatíveis com o princípio da tipicidade das sanções administrativas.

⁴² Veja-se, a propósito, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 457.

5.2. Violação ao princípio da fundamentação adequada das decisões administrativas: ausência de justificativa para a indicação da pena de demissão

Outra garantia inerente ao devido processo legal administrativo é a exigência de fundamentação adequada das decisões do Poder Público. Umbilicalmente ligado à publicidade e expressamente previsto no art. 93, inciso IX, CF/88, tal princípio parte da premissa de que, em ordenamentos jurídicos comprometidos com a transparência necessária ao bom funcionamento da república e da democracia, “*todo o cidadão tem o direito de saber o que o Estado por ele formado faz, como faz, porque faz e para que faz*”,⁴³ na feliz síntese da Min. Cármen Lúcia. Com isso, também se contribui para a tutela efetiva da segurança jurídica, possibilitando que a atuação estatal seja mais cognoscível, uniforme e previsível.

Em sentido semelhante, diz o Conselho Nacional do Ministério Público:

*“A necessidade de fundamentação das decisões é sustentáculo do Estado de Direito Democrático, porquanto permite o auxílio à formação do convencimento, oferece transparência e permite o exercício dos controles.”*⁴⁴

Ademais, a exigência de fundamentação adequada leva a sério o direito individual ao contraditório e à ampla defesa nos processos judiciais e administrativos (art. 5º, inciso LV, CF/88). É que, sem saber as justificativas por trás dos atos do Poder Público, torna-se impossível para as partes resistir aos argumentos e às pretensões do Estado, o que lhes é especialmente danoso no campo do direito administrativo sancionador.⁴⁵ Não à toa, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo

⁴³ STF. ADPF nº 153, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe 06/08/2010.

⁴⁴ CNMP. PCA nº 0.00.000.000519/2008-53, Rel. Cons. Sandro José Neis, DOU 26/09/2008.

⁴⁵ Cf. Ruy Samuel Espíndola. “Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 47, abr./jun. 2004, p. 16-47.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

federal e que já foi caracterizada pelo STJ como “*um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania*”,⁴⁶ prevê que “[o]s atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando [...] neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses” (art. 50, *caput* e inciso I, grifos acrescentados).

No presente caso, como visto, o membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público indicou a pena de suspensão a todos os Consulentes, em manifestação que foi posteriormente acolhida pelo Corregedor Nacional. Nesse primeiro despacho, afirmou que a conduta dos procuradores ensejaria “*a aplicação da sanção disciplinar de demissão, nos termos do artigo 239, inciso IV, convertida, uma única vez, por proporcionalidade, na pena de **SUSPENSÃO**, por 30 (trinta) dias, nos termos do artigo 240, § 5º, da Lei Orgânica do Ministério Público da União n. 75/1993*”. Posteriormente, contudo, retificou o seu entendimento, no que foi acompanhado pelo Corregedor Nacional, aplicando aos Consulentes que integram o MPF a gravíssima pena de demissão, sob o único argumento de que “*melhor seria deixar a critério do Egrégio Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, no instante do julgamento definitivo, apreciar a penalidade mais condizente e adequada para com as condutas perpetradas [...]*”.

Ora, se diante do que já se expôs até aqui, a pena de suspensão já não seria juridicamente cabível, há claro déficit de fundamentação para a recomendação posterior de demissão. Isso porque não cabe ao membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público fazer cálculos de conveniência e de oportunidade não fundamentados, em detrimento de direitos e garantias fundamentais de aplicação inafastável, como é o caso da proporcionalidade, que fora, inclusive, citada para fundamentar a indicação da pena de suspensão no primeiro despacho.

Ademais, verifica-se, no caso, clara inobservância à regra da preclusão consumativa dos atos processuais. Nas palavras de Araken de Assis, “[o] *avanço do processo, no curso programado, progressivamente cria limites à atuação dos diversos sujeitos, com o fito de alcançar o respectivo escopo. As barreiras criadas pré-excluem*

⁴⁶ STJ. MS nº 8.946, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17/11/2003.

retrocessos e variantes rituais. A paulatina superação dos momentos e das fases inerentes ao procedimento, através da extinção de faculdades e poderes, revela-se fundamental para assegurar o movimento permanente do processo".⁴⁷ O instituto em questão não se aplica apenas às partes, mas também à autoridade que conduz o processo. A preclusão consumativa *pro judicato*, como é conhecida, faz com que a ocorrência de certos eventos leve à perda de determinados poderes titularizados pelo Estado-juiz, como, *e.g.*, o de alterar decisões.

É o que prevê o art. 494 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente aos processos administrativos:⁴⁸

*“Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais ou erros de cálculo;
II - por meio de embargos de declaração.”*

Acontece que, neste caso, não se verificou nenhuma das hipóteses excepcionais à regra da preclusão consumativa *pro judicato* contempladas no art. 494, CPC. A rigor, entre a primeira e a segunda decisão do membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público, não houve interposição de recurso por nenhuma das partes, nem mesmo ocorrência de fatos novos relevantes para o processo administrativo disciplinar. Nessa linha, no mínimo, era ainda maior o ônus argumentativo necessário à incomum alteração do entendimento sobre a pena aplicável aos procuradores, exigindo-se da Corregedoria fundamentos muito mais robustos para modificá-lo de ofício. Nada obstante, tais fundamentos não foram sequer fornecidos.

Portanto, a indicação da pena de demissão aos Consulentes também viola o princípio da fundamentação adequada dos atos estatais.

⁴⁷ Araken de Assis. *Processo Civil Brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁸ Dispõe o art. 15 do Código de Processo Civil: “*Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*”

5.3. Violação ao princípio da proporcionalidade da sanção

A noção de que todos os atos dos poderes públicos devem ser proporcionais é até intuitiva. A ideia foi capturada por Walter Jellinek em expressiva metáfora: “*não se deve usar canhões para matar pardais*”.⁴⁹ No campo penal, essa exigência foi explorada por autores clássicos, como Cesare Beccaria, para quem “*deve haver proporção entre os delitos e as penas*”.⁵⁰ Tal imperativo jurídico implica na impossibilidade de aplicação de sanções excessivas, diante da gravidade dos fatos delituosos a serem punidos. A imposição se dirige não apenas ao legislador, quando prevê as sanções em abstrato, como também ao juiz, quando as aplica aos casos concretos.

O princípio da proporcionalidade das penas, incidente sobre a atividade sancionatória do Estado, não se confunde com o princípio mais geral da proporcionalidade,⁵¹ embora mantenha com ele relevante afinidade, na medida em que ambos se voltam à contenção do arbítrio e da imoderação estatais. O segundo, amplamente estudado e empregado no país, impõe, como se sabe, a observância de exigências cumulativas para validade constitucional dos atos dos Poderes Públicos, que devem ser (a) *adequados* para os fins a que se destinam, (b) *necessários*, no sentido de inexistirem alternativas mais suaves para atingimento dos mesmos fins, e (c) *proporcionais em sentido estrito*, por gerarem benefícios que, sob o ângulo constitucional, superem os ônus causados.⁵² Já a proporcionalidade da pena se volta à

⁴⁹ Citado em Almiro do Couto e Silva. “Prefácio”. In: Raquel Denize Stumm. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 07.

⁵⁰ Cesare Beccaria. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.

⁵¹ Cf. Massimo Donini. “Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei”. *Rev. trim. Dir. Pen. Cont.*, 2013, p. 12 e ss. O autor destaca, inclusive, que a Carta Europeia de Direitos Humanos consagra essas duas vertentes da proporcionalidade em preceitos diversos: o princípio da proporcionalidade como critério de controle das restrições a direitos fundamentais no artigo 52, 1, e o princípio da proporcionalidade das penas no artigo 49.

⁵² Veja-se, a propósito, e.g., Suzana de Barros Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; e

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

garantia de equivalência entre atos ilícitos e as correspondentes sanções. Na literatura constitucional, por vezes essa garantia é apresentada como uma das vertentes do princípio da razoabilidade: a *razoabilidade como equivalência*. Veja-se, a propósito, o registro de Jane Reis Gonçalves Pereira:

“Finalmente, a ideia de razoabilidade pode ser associada à noção de equivalência. Esse tipo de controle, que se relaciona com a ideia de proporção em seu sentido lato, diz respeito à imposição constitucional de que haja uma relação de correspondência entre certas grandezas. Tal critério de aferição da correção material das leis tem aplicação especialmente quanto à fixação do valor de taxas no campo tributário e da dosimetria das penas no âmbito penal.”⁵³

Não há dúvida de que essa exigência também se aplica às sanções administrativas. Penas desproporcionais, em qualquer campo do direito, violam a ideia básica que informa a ordem jurídica das democracias: a exigência de moderação estatal e de justiça. Como ressaltou Marçal Justen Filho, “[o] *sancionamento do infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é o dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados.*”⁵⁴ Vale dizer, o princípio em questão permite o controle não só do ato normativo que consagra a pena, como também do ato concreto de sua aplicação, já que, de acordo com o art. 22, § 2º, da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, “[n]a *aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente*”.

No presente caso, o que está em debate é justamente a absoluta ausência de proporcionalidade na aplicação da pena, haja vista o dever de se levar em conta as

Aharon Barak. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁵³ Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 365. No mesmo sentido, cf. Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 160.

⁵⁴ Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 606.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

circunstâncias concretas do caso, os efeitos da ação, o grau de reprovabilidade da conduta e os próprios antecedentes do agente, entre outros elementos. Nessa linha, mesmo que os Consulentes tivessem violado algum dever de sigilo – o que, repita-se, não ocorreu –, deve-se considerar que, como já mencionado, não houve dolo de sua parte. Verificar-se-ia, no máximo, deslize culposos, oriundo do desconhecimento de que o sistema eletrônico atribui a processos recém-distribuídos o mesmo grau de sigilo que incide sobre os feitos conexos. Nesse contexto fático, sem que tenha havido qualquer intenção de violação de sigilo, seria absolutamente desproporcional aplicar aos Consulentes, que sempre tiveram vida funcional ilibada, a gravíssima pena de demissão ou mesmo de suspensão.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho de precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a incidência do princípio da proporcionalidade em processo envolvendo a aplicação de pena de demissão à conduta que carecia de dolo:

“Tratando-se de demissão fundada na prática de ato de improbidade de natureza culposa, sem imputação de locupletamento ou proveito pessoal por parte do servidor, é possível, diante das peculiaridades do caso concreto, a análise da proporcionalidade da medida disciplinar aplicada pela Administração.”⁵⁵

Mas não é só. No caso, sequer houve dano ao bem jurídico protegido pelo sigilo. Como reconheceu a própria juíza da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, a sua decisão de manter o sigilo automaticamente atribuído pelo sistema eletrônico não tinha como objetivo preservar a imagem de figuras notórias da política brasileira perante a opinião pública – o que, de resto, violaria a Constituição –, mas sim garantir a efetividade de medida cautelar de indisponibilidade de bens postulada em outro processo. Ora, o *release* não aludiu a essa medida, e ela foi cumprida com sucesso.

Sendo assim, caso se entenda que os Consulentes cometeram de fato alguma irregularidade, a insignificância do ilícito praticado, haja vista a inexistência de lesão aos interesses resguardados pelo sigilo, bem como a mínima culpabilidade dos agentes,

⁵⁵ STF. RMS nº 24.129, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 30/04/2012.

confere-lhe as feições de verdadeira infração de bagatela. Esta, também no âmbito do direito administrativo sancionador, não deve ser objeto de punição, justamente em virtude da ideia de justiça que inspira o princípio da proporcionalidade sancionatória. Como bem disse Edilson Pereira Nobre Jr. também no campo administrativo, “[a] exemplo do Direito Penal, é de bom alvitre a aplicação do princípio da insignificância. Assim, o aplicador da norma punitiva haverá de relevar as situações de não ocorrência de lesão a bens jurídicos da coletividade, escoimando de pena o infrator”.⁵⁶

Se não se justifica aplicação de qualquer punição, o que dizer da sanção gravíssima de demissão? Seria medida verdadeiramente draconiana, francamente incompatível com a Constituição e com a ideia de justiça. Sobre o ponto, já disse o Superior Tribunal de Justiça, em julgado acerca da desproporcionalidade da aplicação de pena de demissão à conduta insignificante:

“A punição administrativa há de se nortear [...] segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades verificadas.”⁵⁷

Em suma, os Consulentes não cometeram qualquer ato ilícito. Mas, caso tivessem cometido, tratar-se-ia de uma infração leve, culposa, que não lesou bens jurídicos relevantes. Portanto, viola o princípio da proporcionalidade da pena a indicação, em desfavor dos Consulentes, da gravíssima sanção de demissão, e mesmo da pena suspensão, sugerida em relação à integrante do Ministério Público do Estado de Sergipe.

6. Nota final

⁵⁶ Edilson Pereira Nobre Júnior. “Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal”. *Op. cit.*, p. 138.

⁵⁷ STJ. MS nº 10.827, 3ª Seção, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 06/02/2006.

Em setores da opinião pública e da comunidade jurídica, difundiu-se a percepção de que, no afã de combater a corrupção estatal – objetivo certamente nobre e importante –, agentes do sistema de justiça, no passado recente, cometeram graves arbitrariedades, atuaram com seletividade política e indevido messianismo. Há, inclusive, quem veja nesses desvios – **que não envolveram nenhum dos Consulentos** – um dos fatores para a eclosão da crise democrática que o país ora atravessa.

Não divirjo dessa compreensão. Mas é absolutamente incongruente com tal visão – que cobra uma postura mais rigorosa do CNMP no controle de abusos ministeriais – atuar desconsiderando os direitos fundamentais de membros do Ministério Público, e cometendo arbitrariedades e excessos em processo administrativo disciplinar. Uma contradição em termos.

Se os fins não justificam os meios, a finalidade legítima de limitar e coibir os abusos cometidos por integrantes do *parquet* não pode conduzir à aplicação de punição absolutamente desproporcional a procuradores ou promotores apenas para “dar o exemplo”, diante de uma conduta regular e absolutamente banal: a simples divulgação de um *release* de denúncia criminal ofertada contra políticos poderosos, sobre fatos de indiscutível interesse público, sem que sequer houvesse, à época, efetiva decretação do sigilo dos autos pelas autoridades competentes. Definitivamente, não se protege a Constituição violando-a gravemente!

7. Respostas aos quesitos

Diante do exposto, passo a responder, de forma sintética, aos quesitos formulados pelos Consulentos:

a) *Quando da publicação do release no site oficial do MPF, incidia algum sigilo sobre as denúncias oferecidas em face dos Srs. Edison Lobão, Márcio Lobão e Romero Jucá?*

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Não. Nas repúblicas democráticas, a publicidade é a regra e o sigilo é exceção, o que se aplica inclusive às ações penais. O sigilo só pode ser decretado quando existir fundamento constitucional legítimo para tanto, mediante pedido justificado e decisão judicial expressa. Na época da publicação do *release*, em 10/03/2021, não havia requerimento do Ministério Público ou pronunciamento do juízo competente nesse sentido, mas somente atribuição automática de sigilo pelo próprio sistema eletrônico da Justiça Federal, gerada em virtude do sigilo que já incidia sobre o processo ao qual as denúncias foram distribuídas por dependência. Evidentemente, restrição a direito fundamental não pode ser imposta automaticamente pelo sistema informatizado da Justiça Federal, sem qualquer controle humano, muito menos amparo em decisão fundamentada. Tal marcação automática de sigilo foi mantida pelo juízo em decisão proferida apenas em 16/03/2021, mas com o único e exclusivo fim de garantir o cumprimento regular de medida cautelar de bloqueio de bens, pleiteada em outro processo.

No regime republicano e democrático, não é lícita a atribuição de sigilo a uma denúncia, com o objetivo de preservar a reputação de autoridades públicas acusadas de corrupção. A sociedade tem o direito de saber dessas acusações. O único fundamento constitucional plausível para a decretação de sigilo neste caso não se liga à tutela da imagem de figuras da vida política nacional, mas sim ao interesse da justiça na garantia da efetividade da medida cautelar de indisponibilidade de bens. Foi justamente por essa razão que, uma vez cumprida a referida cautelar em 18/03/2021, o juízo federal levantou o sigilo do processo.

b) Ainda que se tivesse decretado sigilo antes da publicação do release no site oficial do MPF, a conduta dos Consulentes importaria na sua violação, justificando a aplicação de sanção disciplinar?

Não. Em primeiro lugar, porque o sigilo, por limitar a publicidade e o direito fundamental de acesso à informação, deve ser interpretado de maneira restritiva, de modo a abarcar apenas as peças do processo propriamente ditas, e os dados sigilosos que elas eventualmente contenham, mas não as informações de interesse público

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

relativas à causa. Apenas essas foram comunicadas em *release*, que não continha documentos, petições, dados sigilosos ou sequer referência à numeração dos autos. Não há, inclusive, qualquer menção à medida cautelar, cujo cumprimento justificou a posterior imposição judicial de sigilo.

Em segundo lugar, porque a natureza dos cargos ocupados pelos principais denunciados e o inegável interesse público no conhecimento dos fatos narrados – suposta prática de corrupção em grande obra pública – legitimavam a comunicação dos fatos à imprensa e aos cidadãos, em uma república democrática preocupada com o controle social dos seus agentes políticos e das autoridades públicas.

Em terceiro lugar, porque é praxe no âmbito do *parquet* a publicação de *releases* com informações de interesse público sobre os resultados dos trabalhos ministeriais – inclusive denúncias criminais –, sem que jamais tenha havido reprovação institucional dos órgãos internos de controle. Isso criou nos Consulentes a confiança legítima acerca da licitude da sua conduta, que deve ser tutelada pelo Estado, e não frustrada com a aplicação de gravíssimas sanções.

c) Levando-se em conta as circunstâncias deste caso, a indicação da pena de demissão em desfavor dos Consulentes é compatível com os limites ao direito administrativo sancionador, notadamente os princípios da tipicidade, da fundamentação das decisões administrativas e da proporcionalidade da sanção?

Não. Há clara violação ao aspecto objetivo do princípio da tipicidade, decorrente do fato de que o tipo infracional não restou inteiramente caracterizado no caso, sequer em tese. Afinal, a conduta descrita pelo art. 240, inciso V, alínea “f”, da Lei Complementar nº 75/1993, é a “*revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça*”. A mesma redação possui o art. 131, II, da Lei Orgânica do Estado de Sergipe – imputação feita em desfavor da promotora Luciana Duarte Sobral. Porém, ao divulgarem o informativo, os Consulentes não comprometeram a dignidade das suas funções, nem a da justiça, sequer em tese. Esse comprometimento, aliás, sequer foi

afirmado pela Corregedoria Nacional do Ministério Público. O ato praticado visou dar transparência à atuação ministerial, viabilizando maior controle social dos agentes públicos denunciados pela imprensa e pela sociedade civil. Não se prejudicou nem o andamento dos processos criminais, nem o cumprimento da medida cautelar de indisponibilidade de bens pleiteada em outro processo.

Ainda que se entenda que houve alguma irregularidade, na pior das hipóteses, os Consulentes cometeram infração culposa, oriunda do desconhecimento – compreensível e escusável para quem não trabalha na burocracia interna da Justiça Federal – de que o sistema eletrônico atribui automaticamente a processos recém-distribuídos o mesmo grau de sigilo que incide sobre feitos conexos. E o tipo infracional em discussão não permite a punição de condutas culposas, mas apenas de atos dolosos, o que também impede, em virtude da faceta subjetiva do princípio da tipicidade, a aplicação da pena de demissão ou suspensão aos Consulentes.

Ademais, existe afronta ao princípio da fundamentação adequada dos atos e decisões estatais. Embora tivesse proferido uma primeira decisão, sugerindo a aplicação de pena de suspensão, em virtude do princípio constitucional da proporcionalidade, o membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público retificou *ex officio* o seu entendimento para recomendar a demissão dos Consulentes que integram o MPF, o que foi acolhido pelo Corregedor Nacional. Nada obstante, não apresentou justificativas apropriadas para essa incomum modificação de entendimento, ocorrida sem provocação das partes ou ocorrência de novos fatos, e à revelia da regra geral da preclusão consumativa, também aplicável às autoridades que conduzem processos administrativos.

Por fim, existe violação ao princípio da proporcionalidade da sanção. Isso porque, mesmo que se considere que houve infração ao sigilo – com o que não estou de acordo –, considerando-se as circunstâncias concretas do caso, o baixíssimo grau de reprovabilidade da conduta, a ausência de danos e os bons antecedentes funcionais dos Consulentes, a aplicação concreta da pena de demissão revela-se evidentemente desproporcional à conduta. Afinal, não houve dolo, mas, no máximo, deslize culposos, que não gerou qualquer dano aos objetivos tutelados pelo sigilo processual – haja vista

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL
FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

que a medida cautelar de bloqueio de bens foi cumprida de modo exitoso – e que, sequer em tese, comprometeu a dignidade das funções ministeriais ou da justiça. Por isso, ainda que se repute ilícita a conduta dos Consulentes, ela corresponderia, no máximo, a uma infração insignificante, de bagatela, que não pode ser punida com a grave pena de demissão ou mesmo com a de suspensão.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 06 de agosto de 2020.



DANIEL SARMENTO

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Visiting Scholar na Yale Law School