

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 6.351 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REQTE.(S) : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**
ADV.(A/S) : **FELIPE DE SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETSKY E
OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**VOTO - VOGAL
CONJUNTO
ADIs 6.351, 6.347 e 6.353**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de três ações diretas de inconstitucionalidade, com pedidos de medida cautelar, ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), pela Rede Sustentabilidade (Rede) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), com o objetivo de impugnar o art. 1º da Medida Provisória 928/2020, que acrescenta o art. 6º-B à Lei 13.979/2020. A referida medida provisória “*dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus*” (Covid-19, tecnicamente Sars-CoV-2). Eis o teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 6º-B. Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 1º. Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de:

I – acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou

ADI 6351 MC-REF / DF

II – agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.

§ 2º. Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 3º. Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.

§ 4º. Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.

§ 5º. Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011”.

Na ADI 6.351, o CFOAB defende a inconstitucionalidade formal e material da legislação impugnada.

Quanto à inconstitucionalidade formal, aponta afronta ao princípio da separação dos poderes, além do não preenchimento dos requisitos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias.

Alega que o art. 11, §1º, II, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) já contém o arcabouço jurídico suficiente para ser aplicado em cenário de crise, uma vez que permite a negativa justificada de acesso à informação por parte do agente público.

Afirma que a exposição de motivos da Medida Provisória 928/2020 não é capaz de demonstrar a necessidade urgente e imperiosa da alteração legislativa, sendo baseada em suposições, e não em necessidades concretas.

No tocante à inconstitucionalidade material, aduz que o diploma atacado restringe de forma desproporcional e arbitrária o direito à informação, à transparência e à publicidade. Sustenta que o direito à

ADI 6351 MC-REF / DF

informação foi elevado à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXIII). Argumenta que o dever de publicidade é outra face do direito à informação, o qual foi consagrado como um dos princípios norteadores da Administração Pública, tanto no art. 37, § 3º, II, quanto no art. 216, § 2º, ambos da Constituição Federal.

Alega que a transparência deve ser a regra, e o sigilo de informações públicas a exceção. Defende que *“a promoção da transparência é viabilizada pela LAI não só a partir da limitação do poder de manter dados públicos sob sigilo, mas também por meio da previsão de procedimentos e de prazos para a resposta aos pedidos de acesso e para a disponibilização das informações solicitadas, incluindo o direito de recurso contra eventual negativa de acesso”*.

Além disso, sustenta que foram contrariadas recomendações internacionais sobre acesso à informação, em especial o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual protege a liberdade de expressão e, conseqüentemente, o direito à informação.

Alega que a suspensão dos prazos para apreciação de pedidos, na forma prevista pelo §1º do art. 6º-B, foi realizada de forma genérica e excessiva, uma vez que não esclarece em quais situações a solicitação pode ser atendida remotamente e em quais situações seria necessária a presença física do servidor.

Acrescenta ainda que o § 2º do art. 6º-B impõe um ônus excessivo ao cidadão, ao exigir que o pedido de acesso à informação seja reiterado ao término do período de calamidade, não havendo justificativa para obrigar o solicitante a renovar seu interesse na obtenção da informação.

Afirma que o § 3º do art. 6º-B, ao não conhecer de recurso interposto pelo cidadão, ofende o devido processo legal, uma vez que deixa o cidadão sem meios de defesa em caso de recusa arbitrária ou sem fundamento.

Diante de um quadro de pandemia, defende que a informação não pode ser restringida. Ao revés, a divulgação de dados deve ser ampliada, uma vez que *“mediante a promoção de cidadãos e profissionais bem informados, estaremos mais bem preparados para enfrentar essa crise”*.

Finalmente, requer a concessão de medida cautelar e, no mérito, a

ADI 6351 MC-REF / DF

declaração de inconstitucionalidade formal e material do art. 1º da Medida Provisória 928/2020.

Na ADI 6.347, a Rede Sustentabilidade também pugna pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Medida Provisória 928/2020.

Além de reforçar argumentos da ADI 6.351, a REDE aponta ainda que foram flexibilizadas várias normas para compras públicas durante o período de calamidade, o que demonstra a necessidade de controle social, por meio do acesso à informação. Pondera também que *“devemos, todos, ficar atentos às propostas que, aos poucos, vão nos levando para caminhos não desejados, que resultem na perda de direitos arduamente conquistados pela humanidade e, em especial, pela sociedade brasileira”*.

Por seu turno, na ADI 6.353, o PSB questiona os §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º-B da Lei 13.979/2020, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória 928/2020.

A impugnação, em síntese, está centrada no argumento de que o objeto da norma impugnada é o de impedir a aplicação da LAI aos setores da Administração Pública que estão combatendo a pandemia relacionada ao Covid-19. Defende que a suspensão seletiva da vigência da LAI ofende os princípios da legalidade e da motivação dos atos administrativos, previstos no arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal.

Argumenta, ainda, que os dispositivos questionados estão em frontal dissonância com o princípio da eficiência, uma vez que a LAI já contém as hipóteses de flexibilização das normas de acesso à informação.

Defende ainda que o § 3º do art. 6º-B da Lei 13.979/2020 afronta o devido processo administrativo, o contraditório, a ampla defesa e o direito de petição, uma vez que suprime do solicitante de informação o direito de recurso contra decisões que negarem ou sobrestarem o atendimento ao pedido de acesso à informação.

Também requer a concessão de medida cautelar e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

Distribuídas as três ADIs ao Ministro Alexandre de Moraes, este

ADI 6351 MC-REF / DF

determinou o apensamento das ADIS 6.347 e 6.353 à ADI 6.351, tendo em vista a parcial identidade do objeto impugnado.

No dia 26 de março de 2020, o relator considerou presentes, em sede de cognição sumária, os requisitos para concessão da medida cautelar, tendo em vista que o ato normativo questionado parece ter tornado regra a exceção do sigilo. Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes consigna que:

“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.

À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo

A participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes, como lembrado pelo JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais, que somente se torna efetivamente possível com a garantia de publicidade e transparência.

O acesso as informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange ‘debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta’ (Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72).

A publicidade específica de determinada informação somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar.

Portanto, salvo 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 políticojurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta' (Pleno, RHD no 22/DF, Red. p/ Acórdão Min. CELSO DE MELLO, DJ, 1-9-95).

O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso a informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade”.

Diante da tramitação urgente que o assunto demanda, os processos foram incluídos no calendário do Plenário, na sessão de julgamento de 16.4.2020, para referendo da medida cautelar deferida pelo Min. Alexandre de Moraes.

Feito esse breve relatório, passo às considerações de meu voto.

I – Breves considerações sobre o princípio da publicidade como direito fundamental

O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático.

Ademais, o art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, ao estabelecer que “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*”, erigiu o direito de informação à

ADI 6351 MC-REF / DF

condição de direito fundamental.

Nesse mesmo sentido, o art. 37 da Constituição Federal estabelece que a Administração Pública de todos os níveis e esferas governamentais obedecerá ao princípio da publicidade.

Isso porque não há democracia sem a garantia do direito à informação.

O princípio da publicidade pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, *caput*, e artigos seguintes da CF/88).

A Constituição Federal de 1988 é exemplar na determinação de participação cidadã e publicidade dos atos estatais. Destacam-se, por exemplo, o direito de petição e de obtenção de certidões, de garantia do *habeas data*, de realização de audiências públicas e da regra de publicidade de todos os julgamentos do Poder Judiciário (art. 93, IX, CF/88).

Nesse sentido, a Constituição abriu novas perspectivas para o exercício ampliado do controle social da atuação do Estado, com destacada contribuição da imprensa livre, de organizações não governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão.

Ao mesmo tempo, os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a serem divulgados na internet, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços.

Conforme Catarina Castro, esse fenômeno contínuo potencializou a divulgação dos órgãos e serviços públicos disponíveis:

“(…) através da publicitação de informações úteis, como

moradas, horários de atendimento, telefones, competências dos organismos, características dos serviços prestados, etc., contribuindo para a democratização do acesso aos serviços administrativos, e para aproximação ao cidadão. Hoje, os organismos públicos são obrigados a ter um sítio na Internet e a divulgá-lo, o que constitui um passo importante para a desburocratização, para a transparência, a simplificação do atendimento, o alargamento dos horários (no sentido de horário contínuo de atendimento), a rapidez no atendimento, a diminuição de tráfego de serviços, a diminuição do tempo de resposta, a melhoria do serviço prestado, e a redução dos custos administrativos. [...] A Administração Pública não utiliza a informática apenas no seu contato com os cidadãos, procedendo ao tratamento de dados pessoais que lhes respeitam. Os seus funcionários e agentes também veem os seus dados pessoais tratados pela Administração". (CASTRO, Catarina Sarmento. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra/Portugal: Almedina, p. 190-191)

A criação dos Portais de Transparência dos diversos entes estatais, nos diferentes níveis de governo, tem proporcionado a experimentação social da relação cidadão-Estado e o exercício do controle social dos gastos públicos em novas perspectivas. Nesse sentido:

"O acesso à informação dá aos cidadãos controle democrático sobre o trabalho das autoridades, facilitando a descoberta de diferentes formas de irregularidades, atos ilegais e corrupção. Ao mesmo tempo, confere aos cidadãos os recursos políticos suficientes para lhes permitir participar de maneira plena, como cidadãos iguais (com igual acesso aos dados e informes públicos), da tomada de decisões coletivas às quais estão obrigados". (RODRIGUES, João Gaspar. *Publicidade, transparência e abertura na administração pública*. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014. p.4)

ADI 6351 MC-REF / DF

No âmbito nacional, pode-se afirmar que a Lei de Acesso à Informação (LAI) foi um marco revolucionário no que se refere à concretização dos princípios da publicidade e da transparência. Reitera-se expressamente o acesso à informação como direito fundamental, além de garantir que o sigilo da informação deve ser tratado como medida excepcional.

Nesse sentido, o art. 3º da LAI contém os princípios norteadores da lei:

“Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública”.

Conforme ensinamentos de Juliano Heinen, a LAI instaurou uma nova maneira de relacionamento entre a Administração Pública e o administrado, no qual houve maior balanceamento entre os interesses públicos e privados. Criou-se, assim, um novo “*paradigma da transparência de uma forma radical*” (HEINEN, Juliano. *Comentários à lei de acesso à informação*. Lei 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 58).

A despeito desse avanço positivo, não se olvida que o tratamento dos dados e informações públicos e a sua divulgação devem ter como meta a transmissão de uma informação de interesse público ao cidadão (individual ou coletivamente), desde que inexista vedação constitucional ou legal. Assim, veda-se a divulgação de informação inútil e sem

ADI 6351 MC-REF / DF

relevância, que deturpe informações e dados públicos em favor de uma devassa, de uma curiosidade ou de uma exposição ilícita de dados pessoais, para mero deleite de quem a acessa.

Em outros termos, o artigo 5º, XXXIII, da Constituição condiciona a divulgação de informações de interesse público individual, coletivo ou geral à segurança da sociedade e do Estado.

Esse tema ganha especial importância nos dias atuais, em que é comum a divulgação – às vezes até por órgãos oficiais – das chamadas “*fake news*”, isto é, informações falsas, que em nada concretizam o princípio da publicidade.

Também por meio da interpretação do artigo 5º, X, da Constituição, apreende-se que a divulgação pública de informações e dados de domínio estatal está condicionada à preservação da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Ressalte-se neste ponto que o dever de transparência com os gastos e atos estatais deve-se pautar pela maior exatidão e esclarecimento possíveis, pois, conforme a doutrina de Raffaele De Giorgi (Giorgi, Raffaele de. *Direito, Democracia e risco vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 191-192), uma característica marcante da sociedade moderna está relacionada à sua paradoxal capacidade tanto de controlar, quanto de produzir indeterminações.

Contudo, a forma como a concretização do princípio da publicidade, do direito de informação e do dever de transparência será satisfeita constitui tarefa dos órgãos estatais, nos diferentes níveis federativos, que dispõem de liberdade de conformação, dentro dos limites constitucionais, sobretudo diante do princípio da proporcionalidade e da inviolabilidade da vida privada.

Assim, diante do dinamismo da atuação administrativa para reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a persecução do interesse público, segundo novos insumos e manifestações dos servidores, do controle social e do controle oficial, por exemplo, deve a Administração Pública perseguir diuturnamente o aperfeiçoamento do modo de divulgação dos dados e informações, bem como a sua exatidão e seu

maior esclarecimento possível.

Novas soluções propostas à Administração são sempre viáveis para aperfeiçoar a divulgação de dados que privilegiem a transparência e busquem preservar, ao mesmo tempo, a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem e a segurança dos servidores.

Nesse sentido, a Administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias, desde que não fira de forma arbitrária o direito à informação.

II – Do risco de violação ao direito à informação, à publicidade e à transparência

Conforme mencionado no tópico anterior, a LAI é um dos principais instrumentos do ordenamento jurídico brasileiro para concretizar os princípios constitucionais da publicidade, da transparência e do direito à informação, os quais assumem especial importância em um Estado Democrático de Direito.

A negativa generalizada de acesso a informações públicas, além de limitar o controle social em um momento crítico, pode acarretar vícios de nulidade e dar margem a práticas não democráticas. É inequívoco que o controle social efetivo sobre os atos administrativos depende do funcionamento dos mecanismos de transparência.

Nesse aspecto, há espaço para se fazer um juízo da medida provisória a partir do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). Isto é, é possível ao Judiciário examinar a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo impugnado.

Considero que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de Poder Legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de

ADI 6351 MC-REF / DF

conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*).

A inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicarem os *motivi interiori della volizione legislativa*.

Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da norma, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo ou, no caso em exame, da excepcional competência reservada ao Presidente da República para editar medidas provisórias, tendo em vista que isso envolveria o próprio mérito do ato normativo.

Na Alemanha, a Corte Constitucional assentou, em uma de suas primeiras decisões (23.10.1951), que sua competência cingia-se à apreciação da legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência (*Zweckmässigkeit*).

Todavia, “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial”.

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas.

Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*).

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã parece aceitar que o fundamento do princípio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do estado de direito. Todavia, afigura-se inegável que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo.

O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida

constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito. Daí, a aplicação do referido princípio nas situações de conflito de competência entre União e estado ou entre maioria e minoria parlamentar ou, ainda, entre o parlamento e um dado parlamentar.

No que se refere aos elementos do princípio da proporcionalidade, em obra doutrinária, tive a oportunidade de registrar:

“[...] a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação* desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é ‘simplesmente inadequado’ (*schlechthin ungeeignet*), ‘objetivamente inadequado’ (*objektiv ungeeignet*), ‘manifestamente inadequado ou desnecessário’ (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), ‘fundamentalmente inadequado’ (*grundsätzlich ungeeignet*), ou ‘se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado’ (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*).

O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso ao indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se

revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*.

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da *necessidade* tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.

Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um *controle de sintonia fina* (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 223/226).

Assim, cabe avaliar no presente caso se o regramento inaugurado pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, na parte em que acrescenta o art. 6º-B à Lei 13.979/2020, é apto a garantir a proteção do direito à

ADI 6351 MC-REF / DF

informação e dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência.

Aqui, há que se ressaltar a extrema responsabilidade atribuída ao Chefe do Poder Executivo quando se admite a este agente o exercício da função normativa, ainda que de forma atípica, especialmente em matéria como esta.

A esse respeito, considero oportuno ressaltar a advertência feita pelo ilustre Victor Nunes Leal acerca da gravidade da atividade legiferante, no que se aplica ao exercício do poder regulamentar. Como pondera o autor:

“Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”. (LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 7-8)

Tão delicada é a tarefa normatizadora que o ilustre professor alemão Hermann Jahrreiss faz a advertência de que criar normas configura uma das mais difíceis experiências, qual seja a “*experiência com o destino humano*” – tradução livre (JAHRREISS, Hermann. *Groesse und Not der Gesetzgebung*. Bremen: Schünemann, 1953, p. 5).

No caso dos autos, pelo menos nesse juízo preliminar, a mim me parece que – da forma como construída a norma impugnada – a amplitude da limitação ao acesso à informação compromete a publicidade dos atos administrativos e a transparência da atuação administrativa, colocando em risco o direito à informação, à publicidade e à transparência (art. 5º, XXXIII, e art. 37 da CF).

Não há como considerar, antecipadamente, que, no período em que perdurar a pandemia internacional, a publicidade das informações devam ficar condicionadas a entraves meramente burocráticos, tais como saber se o servidor estaria em teletrabalho ou não teria acesso aos

ADI 6351 MC-REF / DF

documentos necessários para responder ao questionamento do cidadão.

Ademais, não é possível limitar de antemão o acesso a toda e qualquer informação de um setor que esteja prioritariamente envolvido no combate à pandemia (inciso II do §1º do art. 6-B da Lei 13.979/2020). E o pior, sem a possibilidade de recurso contra essa decisão (§ 3º do art. 6º-B da Lei 13.979/2020).

A restrição a um direito assegurado constitucionalmente deve ser proporcional aos meios necessários para corresponder ao interesse público prevalecente.

No caso em questão, uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do servidor por outro que não estivesse realizando trabalho remoto, dilargar o prazo para resposta ou outro servidor ainda que em trabalho remoto envolvido no combate à pandemia responder à solicitação, mas jamais obrigar o cidadão a renovar seu pedido de acesso à informação.

Ademais, em casos devidamente justificados, a própria LAI permite a negativa ou postergação de atendimento à solicitação de informação, conforme se observa do seu art. 11, § 1º, II, *in verbis*:

“Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível.

§ 1º. Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias:

(...)

II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido”.

Vê-se, pois, que existem inúmeras propostas que seriam viáveis à Administração para enfrentar o período de pandemia, ao mesmo tempo sem prejudicar a divulgação de dados que privilegiem a transparência, inclusive dos gastos públicos durante essa calamidade pública.

A Administração poderia ter indicado soluções alternativas ou intermediárias, em vez de optar por transferir o ônus ao administrado.

ADI 6351 MC-REF / DF

É óbvio que o sistema protetivo-constitucional incide em toda e qualquer circunstância. Já afirmei que as salvaguardas constitucionais não são obstáculos, mas instrumentos de superação dessa crise. O momento exige grandeza para buscar soluções viáveis do ponto de vista jurídico, político e econômico.

Ademais, principalmente em tempos excepcionais como o que vivemos, o acesso à informação deve ser ampliado e utilizado como instrumento tanto de controle quanto – e principalmente – de conscientização social. Conforme bem pontuado pelo CFOAB, *“mediante a promoção de cidadãos e profissionais bem informados, estaremos mais bem preparados para enfrentar essa crise”*.

O pleno exercício de uma democracia participativa exige que restrições ao direito à informação sejam devidamente justificadas e proporcionais, sob pena de tornar regra a exceção do sigilo das informações.

Esta Suprema Corte já teve oportunidade de se manifestar de maneira firme, no sentido de que o princípio da publicidade e o direito à informação são corolários de um Estado republicano e Democrático de Direito. Nesse sentido:

“SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do

inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. (...). No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. **A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.** 4. **A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.** 5. Agravos Regimentais desprovidos”. (SS 3902 AgR-segundo, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 30.9.2011, grifo nosso)

“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito Constitucional. Art. 86 do Decreto-lei nº 200/1967, que prevê o sigilo da movimentação dos créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais. não Recepção pela Constituição de 1988. Arguição Julgada procedente. 1. O Princípio de Publicidade dos Atos da Administração Pública caracteriza-se como preceito fundamental para fins de cabimento de Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental. **2. O Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988 estabeleceu, como regra, a publicidade das informações referentes às despesas públicas, prescrevendo o sigilo como exceção, apenas quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Quanto maior for o sigilo, mais completas devem ser as justificativas para que, em nome da proteção da sociedade e do Estado, tais movimentações se realizem.** 3. Os tratados internacionais e a própria Constituição Federal convergem no sentido de se reconhecer não apenas a ampla liberdade de acesso às informações públicas, corolário, como visto, do direito à liberdade de expressão, mas também a possibilidade de restringir o acesso, desde de que haja previsão legal; (ii) destine-se a proteger a intimidade e a segurança nacional; e (iii) **seja necessária e proporcional.** 4. O art. 86 do Decreto-lei nº 200/1967, embora veiculado em norma jurídica, não foi recepcionado pela Constituição da República na medida em que é insuficiente para amparar a restrição ao direito de acesso à informação. 5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada procedente". (ADPF 129, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 9.12.2019, grifo nosso)

Diante desse contexto, em juízo preliminar, não me parecem razoáveis, adequadas e necessárias as medidas implementadas pela MP 928/2020, na parte em que acrescenta o art. 6º-B à Lei 13.979/2020.

IV – Do perigo na demora

Por fim, além da plausibilidade jurídica do pedido, resta claro que o perigo na demora na suspensão da eficácia da norma impugnada gera grave e irreparável dano aos cidadãos.

As alterações promovidas pela Medida Provisória 928/2020 estavam em vigor desde sua edição, em 23 de março de 2020, uma vez que a medida não previu nenhum prazo de transição para que os cidadãos se adaptassem às novas formas de acesso à informação.

ADI 6351 MC-REF / DF

Além disso, em curto espaço de tempo, e antes mesmo da confirmação da medida provisória pelo Congresso, os efeitos de sua edição afetam a própria liberdade de imprensa, bem tão caro à Democracia.

Ademais, *“o preço da ignorância é o da própria subsistência do regime democrático. Democracia e informação são, assim, no plano das realidades virtuais da organização democrática, conceitos complementares entre si, pois é exatamente no sistema do pluralismo de opinião onde avulta a importância da informação como fator de formação da consciência coletiva, na qual assenta a fonte primacial do poder na comunidade política”* (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 438).

Essas duas circunstâncias determinam a suspensão dos efeitos da Medida Provisória 928/2020, em sede cautelar.

V – Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de referendar a medida cautelar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, para suspender a eficácia do art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020.