

Espionagem e a revelação de segredos estatais: uma análise do artigo 359-K, § 4º, do Código Penal

Espionage and the disclosure of State secrets: an analysis of article 359-K, § 4º, of Brazilian Penal Code

Tatiana Stoco 

Resumo: A alteração legislativa trazida pela Lei nº 14.197/2021, que introduziu o art. 359-K, § 4º, no Código Penal brasileiro, prevê causa de exclusão da responsabilidade criminal no caso de comunicação, entrega ou publicação de informações e documentos classificados como secretos, protegendo denunciante contra condenações pela prática de espionagem, sempre que a finalidade da revelação seja expor a prática de crime ou a violação de direitos humanos. O presente artigo pretende enfrentar, primeiramente, se o legislador brasileiro, ao contrariar a tendência mundial neste tema, agiu bem ao inserir no ordenamento jurídico uma previsão legal dessa natureza. A seguir, será analisado criticamente o formato escolhido para a proteção penal de denunciante contra sanções criminais. Finalmente, diante dos problemas que a redação do § 4º do art. 359-K do Código Penal suscita, serão feitas algumas considerações de *lege ferenda* na tentativa de contorná-los.

Palavras-chave: espionagem; revelação de segredos estatais; segurança nacional; proteção de denunciante; justificativa.

Abstract: The amendment by Law nº 14.197/2021, which introduced art. 359-K, § 4º, in the Brazilian Penal Code, provides a cause for exclusion of criminal liability in case of communication, delivery or publication of information and documents classified as secret, protecting whistleblowers against convictions of espionage, whenever the purpose of disclosure is to expose the practice of crime or violation of human rights. The present article intends to address, at first, whether the Brazilian legislator, contrary to the world trend in this matter, had acted well when inserting in the legal system a provision of this nature. Next, the structure chosen for the criminal protection of whistleblowers against criminal sanctions will be critically analyzed. Finally, in face of the problems raised by the wording of § 4º of art. 359-K of the Brazilian Penal Code, some considerations will be made as *lege ferenda*, in an attempt to overcome them.

Keywords: espionage; disclosure of state secrets; whistleblower protection; justification.

Sumário: Introdução; 1 Confidencialidade de informações estatais e o problema dos segredos ilegais; 1.1 Segredos estatais de interesse para a segurança nacional; 1.2 O lado mais opaco dos segredos estatais: segredos estatais ilegais; 1.3 Caminhos rumo à transparência: leis de acesso à informação; 1.4 Atalho para a transparência: revelações não autorizadas; 1.5 *Fairness* e o conteúdo de injusto de revelações não autorizadas com a finalidade de revelar ilícitos; 2 O formato do § 4º do artigo 359-K do Código Penal brasileiro; 2.1 Exclusão do tipo?; 2.2 Causa de justificacão?; 3 Uma sugestão de *lege ferenda*: justificacão parcial proporcional ao menor conteúdo de injusto da conduta; Conclusão; Referências.

Introdução

Em setembro de 2021 foi sancionada a Lei nº 14.197/2021, que (finalmente) revogou a antiga Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983) e trouxe novas condutas típicas que tutelam o Estado Democrático de Direito, entre essas os crimes que tutelam a soberania nacional. Entre os novos tipos penais, chama especialmente atenção o crime de espionagem, tratado no art. 359-K do Código Penal. Isso, não pelos seus elementos típicos, que pouco destoam da redacção anterior ou mesmo daqueles previstos em legislações estrangeiras para esse tipo de conduta¹, senão pela previsão contida em seu § 4º, que cataloga uma hipótese de exclusão do crime quando o agente comunicar, entregar ou publicar informações ou documentos classificados com a finalidade de expor a prática de crime ou de violacção a direitos humanos.

A novidade surpreende porque vai precisamente na contramão da tendência mundial: ao redor do globo, leis que conferem proteccção a denunciante que revelam ilícitos dentro de empresas ou órgãos públicos e, para tanto, revelam informações consideradas sigilosas proliferam cada vez mais. Os benefícios conferidos por esse tipo de legislação vão de incentivos financeiros pela revelacção de ilícitos à proteccção dos denunciante contra demissão, responsabilidade civil e sanções criminais pela revelacção de segredos. Mas, com grande frequência, tais leis excepcionam expressamente informações classificadas como de interesse para a segurança nacional, deixando esse tipo de denunciante fora de seu escopo².

-
- 1 A literatura sobre o tema ressalta, com certo consenso, que o crime de espionagem pressupõe a comunicacção de informacção significativa relacionada à segurança nacional a um poder estrangeiro com a intencção de que a informacção seja usada por ele para prejudicar a defesa nacional. Por todos, ver EMERSON, *Yale Journal of World Public Order* 9, p. 88.
 - 2 Neste texto utilizarei o termo “segurança nacional” para designar, indistintamente, os interesses estatais de defesa da nação, do território nacional e das relações diplomáticas internacionais (entre os quais inclui-se a soberania nacional). Essa opção não tem o sentido de qualquer preferéncia pela definicção anacrônica utilizada pela revogada Lei de Segurança Nacional (amplamente a este respeito WUNDERLICH, *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, p. 111 e ss.). A opção se deve, sobretudo, ao fato de que, embora “segurança nacional” seja um conceito

Ilustrativo exemplo é a regulamentação da Diretiva nº 2019/1937, do Parlamento Europeu, que dispõe sobre a proteção de pessoas que denunciam violações do direito da União. Enquanto prevê ampla proteção a denunciante que revelam informações sigilosas com a finalidade de reportar ilícitos dentro de empresas e órgãos públicos, excepciona denúncias que envolvam informações classificadas de interesse para a segurança nacional (art. 3º, §§ 2º e 3º, alínea a)³. Mesmo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem excepciona interesses de segurança nacional para limitar a liberdade de expressão e a liberdade de transmissão de ideias e informações, como já se viu, concretamente, em decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos⁴.

Eu não poderia, neste curto espaço, investigar as razões que levaram o legislador brasileiro a contemplar essa rara proteção contra sanções criminais para esse tipo de conduta. Interessa-me, isso sim, investigar se há boas razões para isso. Afinal, ao menos em tese, denúncias por parte de agentes internos, seja de empresas ou de órgãos públicos de qualquer natureza, inclusive militares e de inteligência, podem promover resultados sempre ressaltados pela literatura como positivos (podem levar à responsabilização dos agentes, melhorar o funcionamento da Administração Pública, servir como dissuasão para a prática de delitos futuros, informar adequadamente o público sobre o funcionamento do Governo e as suas políticas, etc.). De outro lado, a história nos mostra episódios de condenações pouco justas pela prática de espionagem, nos quais os agentes comunicaram fatos ilícitos de relevante interesse público e graves violações a direitos humanos por parte do próprio governo⁵.

Após essa primeira análise, pretendo discutir o formato escolhido pelo legislador brasileiro para afastar a responsabilidade criminal nesses casos. Tendo isso em vista, algumas considerações *de lege ferenda* deverão ser acrescentadas, na tentativa de escapar dos problemas identificados na redação do § 4º do art. 359-K do Código Penal.

absolutamente impreciso também para a literatura estrangeira, continua sendo utilizado por legislações mundo a fora, em especial as que serão referidas neste texto.

3 Portugal, que já implementou internamente a Diretiva em seu ordenamento jurídico (Lei nº 93/2021), igualmente excepciona do escopo da lei informações classificadas como de interesse para a segurança nacional. Da mesma forma, o projeto de lei para proteção de denunciante do Parlamento alemão, votado em 16 de dezembro de 2022, exclui do âmbito de proteção a revelação daquele mesmo tipo de informações classificadas.

4 Art. 10, parágrafo 2º, da Diretiva nº 2019/1937.

5 De que são exemplo as condenações por espionagem contra Chelsea Manning e Edward Snowden pela revelação de informações classificadas ao público respectivamente, em 2010 e 2013, com a finalidade de revelar ilícitos estatais.

Boa parte da literatura referida neste texto e dos casos reais aqui mencionados são de origem norte-americana. A razão para isso é que, nos Estados Unidos da América, o debate a respeito da possibilidade de justificação de revelações não autorizadas de informações classificadas de interesse para a segurança nacional é bastante profícuo, especialmente em razão dos episódios envolvendo a prática de ilícitos estatais em assuntos ligados à segurança nacional. Isso não compromete a análise que se segue; ao contrário, a discussão norte-americana pode ajudar a elucidar muitos pontos neste tema.

1 Confidencialidade de informações estatais e o problema dos segredos estatais ilegais

A razão aparente para o tratamento distinto conferido pelos legisladores dos mais diversos países a denunciante que divulga informação classificada de interesse para a segurança nacional, com a finalidade de expor ilícitos, é, precisamente, a natureza dos segredos envolvidos. Esse tipo de informação é especialmente sensível e o interesse do Estado em sua confidencialidade constitui um interesse público, consistente com princípios democráticos, nomeadamente, a concessão de poder aos representantes eleitos para a sua utilização, a fim de manter a sociedade segura⁶. Em uma democracia deliberativa, o povo elege seus representantes para levar a cabo a missão constitucional de fazer cumprir e respeitar as suas leis. Tal missão compreende a necessidade de promover medidas para proteger bens jurídicos, em especial a segurança da nação contra perigos internos e externos. Para cumprir seu dever, será necessária alguma medida de sigilo: alguns processos, se tornados públicos, não poderiam sequer ser executados ou executados de forma eficaz⁷.

De outro lado, confidencialidade é também necessária para melhorar a qualidade das deliberações governamentais e o desempenho eficiente das funções governamentais. Sem confidencialidade, tomadores de decisões perdem a confiança nos seus subordinados em importantes processos de deliberação. A confidencialidade protege a liberdade desses agentes que, com a garantia do sigilo, podem considerar e debater diferentes opções, aceitar riscos, mudar de ideia, confiar em peritos e não serem forçados a reduzir drasticamente o círculo de pessoas responsáveis pelas políticas a serem deliberadas⁸. Dessa forma, o Estado, justificado pelo interesse público de defender a sociedade, exerce tal prerrogativa

6 DYCUS/BANKS/RAVEN-HANSEN/VLADECK, *National Security Law*, p. 1217.

7 THOMPSON, *Political Science Quarterly* 114, p. 182, 1999; FENSTER, *The Transparency Fix*, p. 60.

8 Cf. POZEN, *Stanford Law Review* 62, p. 277; KATZ, *California Law Review* 64, p. 111, 1976.

por meio da classificação de informações, da incriminação de revelações não autorizadas e do estabelecimento de sanções administrativas contra seus agentes por violação de sigilo.

O interesse estatal na confidencialidade parece suficientemente justificado quando sustentado em nome da segurança nacional. Mas ainda é necessário esclarecer o que significa ou deveria ser entendido por “interesse de segurança nacional” quando se trata de segredos estatais. É razoável pensar que, diante da prerrogativa de manter a informação estatal fora dos olhos do público de uma forma tão fortemente protegida e sob um argumento tão poderoso (dificilmente um cidadão diria que não concorda com tal prática governamental executada em nome de sua própria segurança), o Estado terá no seu sistema jurídico regras, procedimentos, diretrizes e funcionários alinhados em torno de um conceito muito claro do que constitui um interesse de segurança nacional, bem como diretrizes que esclareçam suficientemente quais informações podem e devem ser classificadas para satisfazer tais interesses.

1.1 Segredos estatais de interesse para a segurança nacional

O que realmente constitui esse interesse, no entanto, não é tão claro. Há uma crítica constante na literatura que salienta que o conceito de segurança nacional praticamente não tem limites e pode incluir tudo, desde assuntos relativos à atividade das Forças Armadas até a questão de saber se crianças devem ser forçadas a saudar a bandeira nacional⁹. As distintas administrações federais de países como Estados Unidos e Canadá chegaram até mesmo a incluir no conceito de segurança nacional “uma economia sólida, inovativa e crescente”¹⁰ e “os valores dos cidadãos canadenses”¹¹.

Mesmo quando observamos os estatutos legais que tratam sobre a classificação de informações em busca de um sentido preciso para o conceito de segurança nacional, pouco se pode extrair a respeito. Tomando o exemplo da legislação dos EUA – um país com níveis alarmantes de informações classificadas relacionadas à segurança nacional –, o máximo que se pode deduzir sobre o con-

9 Assim o exemplo de EMERSON, *Yale Journal of World Public Order* 9, p. 80.

10 Cf. MEESE/NIELSEN/SONDHEIMER, *American National Security*, p. 4.

11 FORCESE/WEST, *National Security Law*, p. 4.

teúdo e alcance do conceito “interesse de segurança nacional”¹² é a sua relação com um “dano razoavelmente esperado”¹³ à segurança nacional¹⁴.

A partir dessa relação entre informação classificada e uma expectativa razoável de risco ou dano, a literatura estrangeira assume, atualmente, com algum consenso, que um legítimo interesse de segurança nacional é aquele que serve à proteção de informações que criariam uma ameaça identificável à segurança da nação, comprometendo a sua defesa ou a condução das suas relações internacionais¹⁵.

1.2 O lado mais opaco dos segredos estatais: segredos estatais ilegais

A legitimidade do Estado em manter a confidencialidade sobre informações é posta em xeque quando confrontada com outros tipos de segredo que se disfarçam como um segredo estatal legítimo. Pelo menos dois tipos podem ser identificados. O primeiro é o que se pode chamar de um *segredo burocrático*, o tipo de informação que os agentes do governo, por conveniência, erro, parcialidade ou desconfiança, acabam por classificar como informação de interesse para a segurança nacional¹⁶. O segundo tipo é o que se pode chamar de *segredo profundo*. Atividades, programas, tomadas de decisões e todo o tipo de informação que o governo esconde deliberadamente da sociedade, que sequer tem conhecimento de sua existência¹⁷.

Existe um segredo profundo quando poucos agentes têm conhecimento dele, de modo que as chances de vazamento ou de conhecimento por parte de terceiros são menores. Especialmente, quanto menos agentes do setor privado ou

12 Questionando o caráter vago do conceito de “dano à segurança nacional”: AFTERGOOD, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 48, p. 513.

13 Ver parágrafo 1.2 da atual Ordem Executiva nº 13.526, de 2009.

14 Padrão semelhante é observado na Lei nº 7.724/2012, que, em seu art. 25, vincula a necessidade de sigilo de informações à possibilidade de criação de riscos ou prejuízos à segurança da sociedade ou do Estado, muito embora inclua outros interesses mais amplos, como a estabilidade financeira, econômica ou monetária do país.

15 AFTERGOOD, *Yale Law & Policy Review* 27, p. 402; DYCUS/BANKS/RAVEN-HANSEN/VLADECK, *National Security Law*, p. 1218. Na doutrina canadense, sublinhando que a ameaça relacionada com a segurança nacional deva compreender danos massivos à vida e à propriedade: FORCESE/WEST, *National Security Law*, p. 5.

16 Cf. LASSWELL, *National Security and Individual Freedom*, p. 30.

17 A literatura refere-se a essa espécie de segredos como “*unkown unknowns*”, em referência ao discurso de Donald Rumsfeld, então Secretário de Defesa dos Estados Unidos: “*There are known knowns; there are things we know we know. We also know there are known unknowns; that is to say we know there are some things we do not know. But there are also unknown unknowns – the ones we don’t know we don’t know. And if we look to the history of our country and other free countries, it is the latter category that tend to be the difficult ones*”. Ver SETTY, *National Security Secrecy*, p. 2.

de órgãos cujas atribuições são supervisionar ou mesmo processar violações – e, por outro lado, quanto mais funcionários de órgãos que lidam com inteligência e segurança nacional, treinados para manter o sigilo, são os que têm conhecimento –, há maior probabilidade de que o segredo seja mantido em confidencialidade profunda. Por outro lado, a informação classificada – sobre uma determinada política pública, por exemplo –, cuja existência é conhecida pelo público e por um grande número de funcionários estatais, mas cujo conteúdo é desconhecido, pode ser considerada um segredo superficial¹⁸. Quanto mais as pessoas na sociedade sabem que existe informação cujo conteúdo lhes é ocultado, mais é provável que ela seja descoberta por pressão popular, mecanismos administrativos ou judiciais para assegurar a transparência ou por jornalismo investigativo¹⁹. Segredos superficiais podem emergir mais facilmente e o alvo do segredo (o público) é mais suscetível de tentar remover o véu da confidencialidade e acessar seu conteúdo²⁰.

Segredos profundos representam o nível mais opaco de confidencialidade de informação estatal e oferecem uma série de problemas. Eles mantêm a população ignorante sobre as questões, as ações e os planos do Estado, retirando-lhe os mecanismos para consentir com o próprio governo que a governa, impedindo seu projeto de autodeterminação e ferindo valores democráticos de soberania popular e responsabilidade governamental²¹.

Entretanto, o mais grave desses problemas talvez seja o fato de que segredos profundos podem ocultar, com grande sucesso, *segredos ilegais*.

18 Essa importante distinção originalmente feita por *Scheppele* foi aperfeiçoada por *Pozen*, que demonstrou convincentemente que, quando se trata de segredos de Estado, o que distingue segredos superficiais de segredos profundos não é exclusivamente o seu grau de profundidade, mas depende, especialmente, do quanto as pessoas sabem, que tipo de pessoas sabem, quanto sabem e quando o sabem; uma linha contínua de opacidade que vai desde o segredo mais superficial ao mais profundo. Cf. SCHEPPELE, *Legal Secrets*, p. 21-22; POZEN, *Stanford Law Review* 62, p. 267-275.

19 A definição de *Pozen* não leva em conta o conteúdo dos segredos, de modo que um segredo superficial pode eventualmente ser também um segredo ilegal. Assim, o seu exemplo: “[agentes externos] sabem que a agência X está retendo fotografias de abusos de detidos, embora não saibam exatamente o que as fotografias mostram. As fotografias são um segredo superficial”. Cf. POZEN, *Stanford Law Review* 62, p. 260.

20 Como o que se tem visto recentemente no Brasil com relação às informações classificadas por decretos do ex-Presidente da República durante seu mandato. A sociedade civil e as suas mais diversas instituições possuem conhecimento da existência de informações classificadas sobre as quais suspeitam haver algum conteúdo de ilicitude. Tais informações são um segredo superficial e, por essa razão, a pretensão de sua revelação acabou sendo fomentada pela própria sociedade, tornando-se inclusive uma promessa de campanha e primeira providência do novo governo eleito (Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/01/03/sigilos-de-bolsonaro-entenda-o-que-acontecera-com-documentos-secretos-durante-governo-lula.ghtml>. Acesso em: 1º jun. 2023).

21 POZEN, *Stanford Law Review* 62, p. 279. Mesma crítica por SETTY, *National Security Secrecy*, p. 7.

Também, nesse aspecto, a história americana é ilustrativa e repleta de casos de segredos estatais ilegais mantidos pelo governo por décadas, escondidos sob a etiqueta de legítimos segredos de interesse para a segurança nacional. As experiências conduzidas pela CIA no final da década de 1940 e início da de 1950, utilizando a substância alucinógena LSD administrada involuntariamente a indivíduos não suspeitos como parte de um programa de teste de modificação de comportamento (denominado MKULTRA), foram oficialmente justificadas pela necessidade de defender o país contra supostos agentes hostis que alegadamente utilizavam substâncias químicas e biológicas contra oficiais americanos, permanecendo em segredo durante décadas²². Da mesma forma, a institucionalização do uso da tortura como técnica de interrogatório de suspeitos detidos na prisão de Abu Ghraib durante a administração Bush, justificada na “guerra global contra o terrorismo”, também foi mantida em segredo e constantemente negada pelo governo federal americano²³.

Como tais práticas se tornaram tão opacas, tão profundamente ocultas? Entre outros fatores agravantes, o principal facilitador é o sistema de classificação de informações.

Ainda olhando para o cenário dos EUA, o que a literatura considera ser um problema central do sistema de classificação de informação é que existe ampla discricionariedade do Poder Executivo para regulá-lo e a utilização desenfreada desse sistema por autoridades com poderes para armazenar informações estatais²⁴. É verdade que com cada nova administração federal, dependendo do atual cenário de conflito doméstico ou internacional, as ordens executivas presidenciais tendem ou para uma maior necessidade de confidencialidade ou para uma

22 O oficial militar Frank Olson, embora voluntário para a experiência, atirou-se da janela do seu quarto no 10º andar dias após ter recebido uma dose de LSD, em novembro de 1953. Nesse mesmo ano, a CIA chegou a discutir a compra de 10 quilos de LSD, suficientes para 100 milhões de doses. Cf. HALPERIN/BERMAN/BOROSAGE/MARWICK, *The Lawless State*, p. 51-53. De acordo com o relatório final da Comissão Church sobre as operações governamentais, instalada pelo Senado dos EUA em 1975, houve duas mortes resultantes do programa e graves danos como efeito secundário da experiência em vários outros participantes. Cf. KRIS/WILSON, *National Security Investigations & Prosecutions 3d 1*, p. 41-42.

23 Alguns anos mais tarde, descobriu-se que a utilização da tortura como técnica de interrogatório era apoiada por pareceres do *Office of Legal Counsel* do governo, registrados em memorandos secretos que concluíram que a prática era legal e garantiam que os agentes que aplicassem tais métodos não seriam processados por seus atos. Cf. SETTY, *National Security Secrecy*, p. 22-24; DYCUS/BANKS/RAVEN-HANSEN/VLADECK, *National Security Law*, p. 999-1001.

24 KITROSSER, *University of Illinois Law Review* 3, p. 890-896; AFTERGOOD, *Yale Law & Policy Review* 27, p. 399-404; AFTERGOOD, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 48, p. 513; DYCUS/BANKS/RAVEN-HANSEN/VLADECK, *National Security Law*, p. 1223-1224.

maior abertura à transparência²⁵. Mas, a rigor, há poucas mudanças na produção de informação classificada²⁶. A ordem executiva atualmente em vigor nos EUA, por exemplo, não fornece orientação suficiente às autoridades sobre quando a informação deve efetivamente ser classificada, de modo que classificar informações como confidenciais tornou-se uma prática burocrática, fácil, segura e vantajosa²⁷. Quando em dúvida, as autoridades tendem para a confidencialidade e o resultado disso é um fenômeno de excessiva confidencialidade de informação estatal²⁸.

A legislação brasileira, nesse aspecto, é especialmente problemática, pois procura prevenir a criação de riscos ou prejuízos a outros interesses que vão além do que se possa considerar um típico interesse de segurança nacional²⁹. Além da soberania nacional, a integridade do território, as relações internacionais, e os planos e as operações estratégicos das Forças Armadas também são passíveis de classificação informações relacionadas à “segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais e seus familiares”³⁰. Ainda, as autoridades com poder de classificação em nível secreto³¹ vão desde o Presidente da República até os titulares de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e não apenas autoridades cujas atribuições estejam ligadas à defesa nacional ou atividades militares ou de inteligência³². Diante dessas previsões, segredos ilegais podem ser facilmente ocultados com auxílio das próprias regras de classificação de informação.

O principal problema relacionado à confidencialidade de informações estatais parece claro. Há um interesse legítimo em exigir a confidencialidade de informações relacionadas à segurança nacional e os mecanismos que proíbem sua divulgação não autorizada servem a um propósito legítimo. No entanto, sistemas que têm regras pouco claras quanto à necessidade de classificar informação e que conferem uma grande discricionariedade às autoridades com poderes de classifi-

25 DYCUS/BANKS/RAVEN-HANSEN/VLADECK, *National Security Law*, p. 1219; FENSTER, *Iowa Law Review* 97, p. 785.

26 Sobre os fatores políticos que justificam a inalterabilidade do estado de excessiva confidencialidade no sistema norte-americano e a crise atual devida à acumulação de informação classificada, ver especialmente: CONNELLY, *The Perilous Public Square*, p. 280-290.

27 CONNELLY, *The Perilous Public Square*, p. 286. Sobre a arbitrariedade e subjetividade das decisões de classificação de informação relacionada à segurança nacional: AFTERGOOD, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 48, p. 513-515.

28 FUCHS, *Administrative Law Review* 58, p. 133-135, 2006; FENSTER, *Iowa Law Review* 97, p. 786-78.

29 Art. 25 do Decreto-Lei nº 7.724/2012.

30 Art. 25, inciso VIII, do Decreto-Lei nº 7.724/2012.

31 Art. 28, inciso II, do Decreto-Lei nº 7.724/2012.

32 Art. 30, inciso II, do Decreto-Lei nº 7.724/2012.

cação podem levar a um quadro de excessiva confidencialidade, o que, por sua vez, serve como um facilitador para a ocultação de ilícitos. Segredos ilegais são diluídos em um oceano de segredos legítimos, altamente protegidos por estatutos legais rigorosos que preveem ameaças de sanções penais e funcionais para uma revelação não autorizada.

Diante de um cenário como esse, torna-se um verdadeiro desafio para a sociedade alcançar a transparência necessária para o exercício de uma democracia deliberativa fundada em decisões informadas e racionais a respeito do governo que a governa. A questão que se coloca, portanto, é como superar esse desafio. É o que tratarei a seguir.

1.3 Caminhos rumo à transparência: leis de acesso à informação

Um caminho legal disponível em boa parte das democracias atuais para alcançar a almejada transparência do Estado são as leis de acesso à informação, amplamente consideradas instrumentos indispensáveis para o exercício da cidadania³³. Em uma democracia participativa, a responsabilização governamental só pode ser alcançada com uma população devidamente informada sobre a atividade governamental. Essa ideia constitui o fundamento do reconhecimento do acesso à informação estatal como um direito fundamental por parte de vários organismos internacionais, tais como o Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e o Conselho da Europa³⁴.

A necessidade de prever mecanismos legais específicos que permitam o exercício desse direito levou a uma onda global de promulgação de leis de acesso à informação em todos os continentes, desde a década de 1990 e mais concentradamente na década de 2000³⁵. Em 2021, cerca de 124 países já tinham leis que garantiam aos indivíduos o direito de acesso à informação detida por organismos públicos³⁶.

33 Por todos, ver FUCHS, *Administrative Law Review* 58, p. 132 e 141.

34 Ver *A Convenção de Tromsø, de dezembro de 2020*, o primeiro instrumento legal vinculante a reconhecer um direito fundamental de acesso a documentos mantidos por autoridades públicas. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680084826>. Acesso em: 1º jun. 2023).

35 ACKERMAN/SANDOVAL-BALLESTEROS, *Administrative Law Review* 58, p. 97-99.

36 Ver *Article 19. International standards: Right to information*. Disponível em: <https://www.article19.org/resources/international-standards-right-information>. Acesso em: 1º jun. 2023.

Embora fundamental para assegurar à sociedade o acesso à informação estatal, o fato é que o véu da confidencialidade em matéria de segurança nacional é sempre difícil de remover. Leis de acesso à informação preveem, como regra, expressas exceções de aplicação quando se trata de informações relativas à segurança nacional. No caso da lei brasileira, a exemplo de outros países, informações de interesse para a defesa e segurança nacional ou à integridade do território encontram-se entre as hipóteses de restrição de acesso são especialmente protegidas contra perda, transmissão e divulgação não autorizadas e restritas a um pequeno círculo de pessoas que tenham necessidade de conhecê-la³⁷.

Esse tipo de exceção é considerado padrão em todas as leis de acesso à informação em todo o mundo, mas não tem necessariamente de representar uma barreira intransponível contra a transparência nessa matéria³⁸. A Organização *Article 19* dedicada à promoção e proteção dos direitos de liberdade de expressão e acesso à informação publicou, no final da década de 1990, uma série de princípios com normas a serem observadas pelos legisladores, baseadas na experiência de vários países³⁹. No campo das exceções, o documento considera ilegítimo que o governo recuse a divulgação de informações simplesmente porque se relaciona com um interesse de segurança nacional e estabelece o princípio do “âmbito limitado das exceções”, que prescreve que “as exceções ao direito de acesso à informação devem ser clara e estritamente definidas e sujeitas a testes de danos e de interesse público”. A presunção deve ser a favor da divulgação da informação e o ônus deve recair sobre o órgão público para demonstrar a necessidade de retenção⁴⁰. No entanto, esse princípio não é adotado pela maior parte das leis de acesso à informação⁴¹.

Um outro obstáculo no caminho à transparência é que, como regra, leis de acesso à informação somente podem ser acionadas por requisitantes que possuem uma descrição mínima a respeito daquilo que pretendem acessar⁴². Segredos profundos, cuja existência é desconhecida pela sociedade, sequer poderiam ser, em tese, objeto de um requerimento de acesso.

37 Arts. 23, 24 e 25 da Lei nº 12.527/2012 e a sua regulamentação pelo Decreto-Lei nº 7.845/2012.

38 ACKERMAN/SANDOVAL-BALLESTEROS, *Administrative Law Review* 58, p. 101.

39 Disponível em: <https://www.article19.org>. Acesso em: 1º jun. 2023.

40 Ver Princípio 4, parágrafo 1º. O teste sugerido é composto por três considerações: “1- a informação deve estar relacionada com um objetivo legítimo listado na lei; 2- a divulgação deve ameaçar ou causar danos substanciais a esse objetivo e 3- o dano ao objetivo deve ser superior ao interesse público em obter a informação”.

41 Com exceção de algumas leis de liberdade de informação, tais como a da África do Sul. Cf. ACKERMAN/SANDOVAL-BALLESTEROS, *Administrative Law Review* 58, p. 103.

42 Ver art. 10 da Lei nº 12.527/2012.

Sem previsões legais que assegurem uma presunção a favor da divulgação, colocando o ônus de demonstrar um interesse legítimo sobre os órgãos governamentais e que permitam, ademais, um teste de necessidade em nome do interesse público, leis de acesso à informação dificilmente podem desafiar a excessiva confidencialidade em matéria de segurança nacional e o encobrimento de segredos ilegais. Além disso, elas claramente não permitem a descoberta de segredos profundos⁴³.

1.4 Atalho para a transparência: revelações não autorizadas

Como visto, leis de acesso à informação, como regra, possuem a limitação da exigência de conhecimento prévio de um fato antes que os requerentes possam dirigir um pedido de divulgação a órgãos do governo. Além disso, os pedidos dependem de uma descrição mínima dos registros que o requerente quer acessar. Esse tipo de disposição, é claro, pode ser problemático no caso de segredos ilegais profundos. Os funcionários envolvidos em práticas ilegais mantêm informações e dados ocultos com grande rigor para impedir qualquer indício da sua existência a agentes fora desse pequeno círculo de acesso. É impossível para qualquer agente externo procurar, pelos meios legais, aquilo que ele desconhece.

No entanto, embora essa seja uma hipótese razoável, a experiência prática da história recente não a confirma. No período imediatamente após os ataques de 11 de setembro nos EUA, durante a declarada “guerra global ao terror”, que deflagrou políticas antiterroristas seriamente contestáveis, o cenário social americano revelou uma dinâmica de busca por transparência que demonstrou, concretamente, que os mecanismos legais de acesso à informação são apenas parte de uma engenharia mais ampla. Essa dinâmica provou ser capaz de revelar inclusive segredos profundos.

Voltemos ao já mencionado exemplo das revelações das práticas de tortura nas prisões de Abu Ghrabi, uma verdadeira política oficial do governo americano que institucionalizou a tortura como meio de interrogatório de suspeitos de ter-

43 Leis de acesso à informação nos moldes da lei americana dependem exclusivamente de “requerentes perseverantes que sabem o que procurar”. Cf. POZEN, *University of Pennsylvania Law Review* 165, p. 1099 (tradução livre). Abordando amplamente esse problema: KREIMER, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 10, p. 1025-102, que compreende, no entanto, que a volatilidade e digitalização da informação pode colaborar com descobertas colaterais de segredos profundos. *Ibid.*, p. 1033-1036. No caso da lei brasileira, apesar da exigência de que haja formalização da classificação em decisão que informe o assunto sobre o qual versa a informação, o fundamento da classificação, a indicação do prazo do sigilo e a identificação da autoridade – o que pareceria deixar um registro identificável das informações classificadas –, tal decisão, nos termos do parágrafo único do art. 28, “será mantida no mesmo grau de sigilo da informação classificada”, ou seja, aparentemente, inacessível ao público.

rorismo detidos. Esse caso era um segredo profundo. Desde setembro de 2001, o Presidente Bush havia autorizado a CIA a fazer detenções de suspeitos de “alto valor”, detê-los em prisões anônimas e conduzir interrogatórios secretos utilizando métodos coercivos “avançados”⁴⁴. Embora o uso de métodos de interrogatório coercivo tenha sido, a certa altura, objeto de rumores, a administração federal negou oficialmente o envolvimento em tortura em repetidas declarações públicas⁴⁵. Tendo em vista que meros rumores não têm a capacidade de sustentar pedidos de divulgação por meio da lei de acesso à informação americana, o caminho para a transparência contou principalmente com a participação de agentes internos do governo.

Internamente, militares consternados com o emprego de práticas que ameaçavam os limites da lei que há duas gerações vinha contendo abusos recorreram a advogados de direitos humanos em busca de apoio⁴⁶. Com o aumento dos rumores sobre as práticas, bem como do número de detidos e das reportagens dos meios de comunicação, grupos de advogados representando uma coligação de organizações de direitos civis ativaram a lei de acesso à informação, procurando documentos relacionados com políticas, procedimentos e diretrizes sobre as prisões mantidas pelo governo americano. Também internamente, em janeiro de 2004, após a queixa de um sargento do Exército contendo um CD com fotografias das prisões de Abu Ghraib, foi iniciada uma investigação interna, resultando em um relatório que registrava os abusos e a conivência dos oficiais, o qual foi divulgado algum tempo depois à imprensa, juntamente com o conteúdo dos memorandos que autorizavam a prática dos interrogatórios⁴⁷. Com tais evidências já no domínio público, a coligação de organizações de direitos humanos renovou o pedido de acesso à informação e, no final de 2006, mais de 100.000 páginas de documentos tinham sido divulgadas⁴⁸.

Essa história exemplifica bem o papel que revelações marginais de informação relatando ilícitos governamentais podem desempenhar na engenharia da transparência, mesmo que digam respeito a segredos profundos. Podem permitir

44 DYCUS/BANKS/RAVEN-HANSEN/VLADECK, *National Security Law*, p. 998.

45 Em fevereiro de 2002, o então Presidente Bush anunciou em uma ordem executiva o compromisso dos EUA com as proteções concedidas pela Convenção de Genebra, assegurando que os suspeitos receberiam tratamento humanitário. Esta ordem executiva aplicava-se apenas às forças militares, mas não à CIA, que, em teoria, poderia continuar a utilizar técnicas de interrogatório mais agressivas. Cf. DYCUS/BANKS/RAVEN-HANSEN/VLADECK, *National Security Law*, p. 999.

46 Cf. KREIMER, *Lewis & Clark Law Review* 11, p. 1195.

47 *Ibid.*, p. 1196-1200.

48 *Ibid.*, p. 1206.

à imprensa recolher, estudar e ligar dados de realidade com a informação vazada, iniciando medidas típicas de jornalismo investigativo que podem levar à revelação do quadro completo. Isso, por sua vez, permite que outros atores, tais como organizações de direitos civis, apresentem pedidos de acesso à informação descrevendo minimamente os registros a que desejam ter acesso.

Outros tipos de revelações não autorizadas também demonstraram sua capacidade de revelar segredos ilegais profundos. Vazamentos de informações que expõem ilícitos do governo sem dependerem de outros mecanismos de transparência, mas apenas com a assistência direta dos meios de comunicação. Talvez o caso mais importante da história americana seja a divulgação de cerca de 7.000 páginas de informação classificada cuidadosamente copiada relacionada com a Guerra do Vietnã, em 1971, por Daniel Ellsberg, um antigo funcionário do Departamento de Defesa dos EUA⁴⁹. Mais recentemente, o já mencionado vazamento de informações classificadas diretamente para a imprensa por Edward Snowden, em 2013, que expôs um programa de vigilância doméstica em grande escala mantido secretamente⁵⁰. Em ambos os casos, não fossem os vazamentos, as práticas governamentais expostas poderiam ter ficado muito tempo, se não para sempre, fora do conhecimento público.

A partir desses exemplos, é possível extrair ao menos duas conclusões. A primeira é que vazamentos não autorizados por agentes internos são uma parte importante de um mecanismo de transparência mais amplo que opera sob dependência de um mínimo de informação, quando se trata de segredos estatais ilegais e profundos⁵¹. Isso é especialmente correto quando a própria existência desses segredos é publicamente negada perante a sociedade por oficiais da Administração Pública. A segunda conclusão é que, quanto menos profundo for o segredo, mais os meios legais são capazes de desnudar o que se esconde sob o manto do sigilo⁵².

49 A revelação expôs décadas de mentiras do governo dos EUA sobre o seu envolvimento militar no Sudeste Asiático e teve um profundo impacto no curso da guerra, criando uma desconfiança permanente na sociedade americana com relação ao governo. Ellsberg respondeu a 12 processos criminais, que lhe teriam valido possivelmente cerca de 115 anos de prisão, mas as ações foram arquivadas sem julgamento. Cf. ELLSBERG, *Social Research* 77, p. 788; DYCUS/BANKS/RAVEN-HANSEN/VLADECK, *National Security Law*, p. 1250. Para uma análise das razões de Ellsberg para a sua revelação, tendo em consideração as vidas americanas e vietnamitas em perigo: BOK, *Secrets*, p. 208.

50 KWOKA, *UC Davis Law Review* 48, p. 1398.

51 Também KROTOSZYNSKI, *Indiana Law Journal* 93, p. 272-273, 2018; SAGAR, *The Dilemma of State Secrecy*, p. 5-6; 79; KWOKA, *UC Davis Law Review* 48, p. 1389; HARWOOD, *Philosophy and Social Criticism* 43, p. 169.

52 Ainda no contexto do cenário após 11 de setembro, nos EUA, são exemplos de segredos ilegais superficiais cujo conteúdo chegou ao conhecimento público através de mecanismos de acesso à informação e de esforços jornalís-

Os resultados de revelações não autorizadas de informação classificada, no entanto, não são, evidentemente, apenas positivos. A cautela dos governos no tratamento de informações classificadas de interesse para a segurança nacional não é injustificada. Há um certo consenso no sentido de que o vazamento de determinadas informações sensíveis, como os movimentos de tropas, a identidade de agentes infiltrados ou as chaves para quebrar códigos militares, pode certamente causar danos à segurança nacional⁵³.

Em outros casos, menos óbvios, um eventual resultado prejudicial parece mais difícil de avaliar. Após o conhecido vazamento de informações pelo *Wikileaks*, a partir de julho de 2010⁵⁴, funcionários militares fizeram repetidas declarações de que eles certamente criaram um perigo concreto para as vidas de militares, diplomatas e civis mencionados em documentos, bem como riscos para as operações militares em curso⁵⁵. Contudo, aparentemente nenhuma vida foi afetada pelas revelações à época e, até agora, nenhum órgão governamental foi capaz de identificar danos diretos à segurança nacional⁵⁶.

No entanto, por ora, pretendo deixar momentaneamente de lado a discussão a respeito da possibilidade de mensuração das consequências positivas e negativas de um vazamento ilegal desse tipo de informação e focar, mais propriamente, nas críticas que são recorrentemente levantadas contra esse tipo de conduta. Creio que a partir delas será possível compreender melhor o conteúdo de injusto de revelações não autorizadas de informações classificadas com a finalidade de revelar ilícitos estatais.

1.5 *Fairness* e o conteúdo de injusto de revelações não autorizadas com a finalidade de revelar ilícitos

Além das críticas voltadas às consequências possivelmente nefastas (ou mesmo irrelevantes para promover valores democráticos de transparência e res-

tics de investigação que buscaram esclarecer a aplicação do *Patriot Act* e a identidade das pessoas detidas em Guantanamo. Ver a esse respeito, KREIMER, *Lewis & Clark Law Review* 11, p. 1164-1169.

53 Por todos, AFTERGOOD, *Yale Law & Policy Review* 27, p. 513.

54 O responsável pelo vazamento, Chelsea Manning, vazou centenas de documentos classificados relacionados às Guerras do Afeganistão e Irã, além de centenas de telegramas diplomáticos entre o Departamento de Estado dos EUA e diversas embaixadas americanas ao redor do mundo.

55 Cf. KWOKA, *UC Davis Law Review* 48, p. 1405-1406.

56 FENSTER, *Iowa Law Review* 97, p. 789-795. No julgamento de Chelsea Manning, um antigo procurador chefe de Guantanamo Bay e um especialista em segurança do exército, ouvidos como testemunhas, afirmaram que os vazamentos não ameaçaram a segurança nacional. DELMAS, *Social Theory and Practice* 41, p. 101.

ponsabilidade estatal⁵⁷) de uma revelação não autorizada de informações classificadas, há um conjunto de críticas que se voltam mais especificamente à regra majoritária que vigora em regimes democráticos. O denunciante que retira o sigilo de informações classificadas pelo Estado, com sua ação, estaria arrogando para si um poder que não lhe cabe, desrespeitando a vontade da maioria que elegeu seus representantes para, em seu nome, tomar medidas para protegê-la. Isso enfraqueceria a democracia, deixando nas mãos de pessoas privadas a decisão final sobre o que deve ou não ser do conhecimento público⁵⁸. Além disso, afirma-se que revelações não autorizadas tornam o balanço da transparência irrelevante. Especialmente em se tratando de vazamentos diretamente a órgãos de imprensa, capazes de receber e distribuir informação vazada (de forma barata, rápida e desenfreada), haveria uma subversão da ordem legal que poderia ser, de outro modo, submetida a um balanço a respeito dos efeitos de uma revelação por parte de oficiais do governo⁵⁹.

O que essas críticas parecem não enfrentar é, precisamente, o ponto mais sensível da ocultação de segredos estatais ilegais sob a etiqueta de um legítimo segredo de interesse para a segurança nacional. Quando o sistema de classificação de informações é utilizado por oficiais do governo para ocultar ilícitos, a percepção do agente obrigado por um dever de sigilo a não as divulgar é que ele está perante um sistema que carece de legitimidade. Afinal, o Estado, ao utilizar o sistema de classificação – e as suas falhas – para dissimular ilícitos, deixa de atuar dentro dos limites da sua esfera de legitimidade: há abuso de poder.

Em uma sociedade democrática bem ordenada e quase justa⁶⁰, entendida como um sistema justo de cooperação mútua entre cidadãos iguais, em que as principais instituições políticas e sociais se ajustam a esse sistema por meio da justa atribuição de direitos e deveres básicos, bem como da regulação da divisão das vantagens⁶¹, aqueles que restringem sua liberdade de forma a produzir vantagens para todos possuem um direito à aquiescência semelhante por parte daqueles que se beneficiaram da sua submissão. Isso, a que *Rawls* denomina de princípio da equidade (*principle of fairness*), justificaria, portanto, a emergência

57 Ver especialmente FENSTER, *Iowa Law Review* 97, p. 799-800.

58 BOOT, *The Ethics of Whistleblowing*, p. 19; SAGAR, *Wikileaks und die Folgen*, p. 214; SAGAR, *Secrets and Leaks*, p. 114. Quem, de todo modo, admite que vazamentos ilegais revelando graves ilícitos deveriam ser justificados. *Ibid.*, p. 183.

59 FENSTER, *Iowa Law Review* 97, p. 805.

60 RAWLS, *Justice as fairness*, p. 8.

61 *Ibid.*, *passim*. Ver também HART, *The Philosophical Review* 64, p. 185.

de obrigações⁶². No nosso contexto, em que está em jogo um benefício (ou, na denominação de *Arneson*, um bem público puro: a soberania nacional)⁶³, isso significa que o Estado, ao utilizar as normas de classificação e as normas incriminadoras que protegem o sigilo estatal com fins ilícitos, desestabiliza a justa distribuição de benefícios e encargos, o que criaria um dever de tolerar a exigência dos demais cidadãos no cumprimento de sua justa parte. É nesse sentido que eu enxergo revelações não autorizadas de informação classificada com a finalidade de revelar a prática de um ato ilícito não como uma forma de contrabalançar o excesso de confidencialidade, nem como fruto de uma decisão unilateral sobre o que deve ou não ser público, mas como um meio de *restabelecer a perturbação na justa distribuição de benefícios e encargos* em uma sociedade democrática quase justa e, por essa razão, uma conduta com um *reduzido grau de ilicitude*⁶⁴. Embora essa característica não seja capaz de justificá-la, de antemão⁶⁵, é certo que ela nunca poderia ser punida da mesma forma que a conduta de revelar informações classificadas que servem a um legítimo interesse estatal.

Eu concluo, portanto, que há boas razões para a proteção desse tipo de denunciante contra sanções criminais: elas se baseiam em uma consideração de *fairness*, ou seja, da justa correlação entre liberdade e responsabilidade, que, no caso de segredos estatais ilegais, é grosseiramente subvertida quando o Estado utiliza a confidencialidade para perseguir fins ilegítimos – e não aqueles legítimos interesses de segurança nacional que asseguram a proteção de todos (benefícios) –, ao mesmo tempo em que restringe o comportamento de cidadãos, ameaçando e sancionando com penas aquele que os revela (encargos).

A questão que agora se coloca é se o legislador brasileiro se utilizou do formato adequado para proteger contra sanções criminais aquele que revela informações classificadas com a finalidade de denunciar crimes.

62 RAWLS, *A Theory of Justice*, p. 301.

63 ARNESON, *Ethics* 92, p. 618-619.

64 Em sentido semelhante, HEROLD, *KJ* 52, p. 346, para quem quanto mais próxima a atuação do Estado da ilegalidade, mais a conduta do denunciante se aproxima da legalidade e da legitimidade.

65 Ver, contudo, na literatura estrangeira, o amplo debate a respeito da justificação moral desta conduta baseada na doutrina de desobediência civil: SCHEUERMAN, *Philosophy and Social Criticism* 42, p. 958-964, SCHEUERMAN, *Philosophy and Social Criticism* 40, p. 609-628; BROWNLEE, *Philosophy and Social Criticism* 42, p. 965-970.

2 O formato do § 4º do artigo 359-K do Código Penal brasileiro

2.1 Exclusão do tipo?

A fórmula “não constitui crime a comunicação, a entrega ou a publicação de informações ou de documentos com o fim de expor a prática de crime ou a violação a direitos humanos” gera dúvidas a respeito da natureza dessa causa de exclusão de responsabilidade e sobre qual categoria do delito ela incide⁶⁶. Não me parece que se possa afirmar tratar-se de uma hipótese de exclusão do tipo, como à primeira vista pode parecer ser o caso. Isso porque o dispositivo não prevê outras delimitações quanto ao alcance, às consequências e aos meios utilizados pelo agente, que deveriam demonstrar uma limitação dos métodos de agressão⁶⁷. Até mesmo a também problemática previsão de uma revelação feita em nome de importantes “interesses públicos”, elemento característico nas legislações protetivas de denunciante, foi omitida pelo legislador brasileiro⁶⁸. Falta ao dispositivo uma indicação mínima a respeito do cálculo de custo/benefício social que teria sido objeto de ponderação pelo legislador para que se pudesse falar em uma hipótese de exclusão de tipicidade. Além disso, é inegável que a comunicação, a entrega e a publicação de tais informações são potencialmente lesivas ao bem jurídico tutelado e que as circunstâncias previstas na redação do dispositivo não indicam que se esteja diante de um caso de conduta bagatelar⁶⁹.

2.2 Causa de justificação?

Tampouco parece que o dispositivo se aproxima de uma causa especial de justificação baseada no estado de necessidade. Em primeiro lugar, não faz referência a uma ponderação de interesses no caso concreto. Ainda que se sustente que a ponderação de interesses seria entre o interesse público na revelação de crimes e violações a direitos humanos e o interesse estatal na confidencialidade

66 Há outros problemas na redação do dispositivo, em especial quanto à possibilidade de ele abranger também pessoas de fora de órgãos governamentais (ou seja, não apenas denunciante internos), inclusive jornalistas, e sobre o destinatário das informações (como outras pessoas que não agentes de governos estrangeiros ou organizações criminosas), que, no entanto, não tenho condições de analisar neste espaço.

67 Assim LEITE, *Boletim IBCCrim* 348, p. 5.

68 Assim, a própria terminologia utilizada pela Diretiva nº 2019/1937 do Parlamento Europeu, a redação do art. 7º, parágrafo 3º, alínea a, da lei de proteção de denunciante portuguesa (Lei nº 93/2021) e a redação do § 5 n. 2 da Lei de Segredos Empresariais alemã (*GeschGehG*).

69 Sobre a exclusão da tipicidade na ausência de afetação ao bem jurídico e nos delitos bagatelares: ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 10, nm. 40.

de informações⁷⁰, seria necessária alguma delimitação que evidenciasse que a conduta do agente é o único meio disponível. Também não há menção alguma a uma situação de necessidade ou a um perigo atual que o agente pretenda evitar. É razoável assumir que a revelação de crimes ou violações de direitos humanos referir-se-ão, nos casos concretos a serem contemplados, a delitos já consumados. Ademais, os casos que tipicamente envolvem esses denunciadores, como visto, demonstram que suas condutas afetam, em realidade, *bens jurídicos coletivos*: o interesse público na confidencialidade das informações e a confiança na Administração Pública⁷¹. Intervenções em bens jurídicos coletivos em situações de necessidade, embora admissíveis em algumas situações, são raras precisamente porque, quando um bem jurídico coletivo está envolvido, o perigo é evitável por outros meios⁷². Pela mesma razão, também fica fora de questão a possibilidade de se tratar de uma causa de justificação baseada na legítima defesa.

Por fim, a redação também não autoriza interpretar o dispositivo como uma causa especial de justificação baseada no exercício legal de direito. Muito embora haja ampla discussão no sentido de que revelações não autorizadas seriam atos protegidos pelo direito à liberdade de expressão, funcionários do governo possuem deveres especiais de sigilo e, invariavelmente, assinam termos de confidencialidade que restringiriam o direito de livre expressão⁷³.

Mas, mesmo que o legislador previsse outros elementos necessários para a construção de uma causa especial de justificação baseada no estado de necessidade, outras dificuldades estariam certamente presentes.

Uma justificação por estado de necessidade ocorre quando o agente age para evitar um perigo atual a um bem jurídico, seu ou de terceiros, que não possa ser evitado de qualquer outra forma. A fonte do perigo no estado de necessidade provém tipicamente de eventos naturais ou circunstâncias acidentais. Nesses casos, fala-se em estado de necessidade agressivo, na medida em que o agente, a fim de evitar um perigo presente, invade os direitos de um terceiro, vítima da

70 Admitindo a possibilidade de uma justificação pela ponderação entre o interesse público na confidencialidade e o direito à liberdade de expressão: SCHÄFER, *MüKo-StGB*, §353b nm. 53; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 93 nm.18.

71 LAUFHÜTTE, *GA* 121, p. 59; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, §353b nm. 2; KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Strafgesetzbuch*, §353b nm. 1.

72 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, §16 nm. 13.

73 Nesse sentido, ver os seguintes precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos: *Vereniging Rechtswinkels Utrecht v. Netherlands* (11308/84, ECtHR), *Glaserapp v. Germany* (9228/80, ECtHR), *Rommelfanger v. Germany* (12242/86, ECtHR). O mesmo raciocínio, no entanto, não se aplicaria a jornalistas e membros da imprensa.

sua conduta, como meio de salvar um interesse primordial. Mas os casos de que estamos tratando são um pouco distintos.

Em se tratando de ilícitos estatais, a fonte do perigo é, ao mesmo tempo, a vítima da intervenção. Nesse caso, fala-se em um estado de necessidade *defensivo*, uma forma de justificação que contempla os casos em que a fonte do perigo vem de seres humanos, mas em que uma justificação por legítima defesa estaria fora de consideração, devido à ausência de uma agressão atual⁷⁴. Assim, a construção de uma hipótese de justificação compatível com essas delimitações já sofreria uma primeira dificuldade. Seria necessário admitir algum grau de flexibilidade para conceber uma espécie de justificação entre um estado de necessidade defensivo e agressivo, no qual a conduta do denunciante atinge um *interesse público* para salvar um determinado bem jurídico contra um perigo cuja fonte são seres humanos.

Também haveria dificuldades no plano da ponderação de interesses. Uma justificação por estado de necessidade baseia-se em uma ponderação entre interesses em conflito, em que o agente deve proteger aquele que possui uma importância substancial em detrimento do interesse de menor valor, a fim de evitar um perigo atual. Nessa ponderação, que deve ter em consideração todas as circunstâncias do fato, o grau do dano ou do perigo evitado também entra em consideração. Seria justificável que o agente, a fim de evitar um perigo grave e atual para um interesse preponderante, acabasse por criar um perigo menor. Assim, ainda será possível falar em uma justificação se o perigo criado for mínimo em comparação com o dano que pretendia evitar.

Ocorre que seria muito difícil conceber uma hipótese de ponderação prévia de interesses em matéria de informações classificadas de interesse para a segurança nacional. Muito embora revelações não autorizadas possam contribuir para a descoberta de ilícitos, é inegável que possuem também o potencial de causar danos incalculáveis a interesses de segurança nacional e, inclusive, à esfera de direitos de cidadãos e de instituições⁷⁵. Uma causa de justificação baseada no estado de necessidade plausível acabaria por ficar restrita a casos em que as informações vazadas pelo agente se refiram exclusivamente ao ilícito que ele procura expor.

74 Sobre estado de necessidade defensivo: ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, §16, nm. 72-73.

75 KÖBEL/HEROLD, *GA* 169, p. 389.

3 Uma sugestão *de lege ferenda*: justificação parcial proporcional ao menor conteúdo de injusto da conduta

Parece-me que, diante das dificuldades apontadas *supra*, seria melhor que o legislador optasse por outra saída.

Como argumentei antes, revelações não autorizadas de segredos estatais ilegais representam uma forma de o agente restaurar a perturbação na justa distribuição de benefícios e encargos em uma sociedade democrática quase justa. Por isso, trata-se de conduta que carrega um menor conteúdo de ilicitude, mas que não está completamente justificada se não preencher os requisitos de justificação. As características de uma revelação não autorizada em situações como as descritas *supra* (1.2 e 1.3), no entanto, mostram que se trata de uma situação de *quase* justificação, desde que estejam presentes outras circunstâncias no caso concreto.

A primeira delas é, precisamente, a *necessidade*. Os argumentos delineados antes, como visto, referem-se a situações em que os mecanismos da ordem jurídica não podem chegar a certos segredos que ocultam atos ilícitos. A primeira consequência disso é que apenas denúncias que revelem segredos ilegais profundos deveriam ser consideradas passíveis de alguma medida de justificação. Esse tipo de segredo possui características muito específicas: o círculo de pessoas que tem autorização de segurança para acessar tais informações é altamente restrito, a classe de pessoas com acesso a tais informações é especializada em confidencialidade e o próprio grau de conhecimento que possuem a respeito de uma determinada política ou prática governamental pode também ser restringido. Isso torna os segredos ilegais que se escondem sob um falso rótulo de segredo estatal legítimo dificilmente acessíveis pelos mecanismos legais. Um ordenamento jurídico disposto a prever alguma medida de justificação nesses casos deveria considerar a profundidade da confidencialidade dos segredos envolvidos.

A revelação de segredos superficiais, que podem ser mais facilmente descobertos pelos mecanismos da ordem jurídica, mesmo que se refiram a atos ilícitos, não deveria ser abrangida por uma previsão legal protetiva de denunciante⁷⁶. Evidentemente, revelações de informações que, por qualquer razão (burocracia, parcialidade, erro, etc.), são mantidas em segredo quando, na realidade, deveriam

76 Em sentido semelhante; SAVAGE, *Leaks, Whistleblowing and the Public Interest*, p. 269-270.

ser de conhecimento público, mas não se refiram a qualquer prática de ilícitos, seriam uma afronta à ordem jurídica⁷⁷.

A segunda circunstância refere-se à *adequação dos meios* de denúncia utilizados pelo agente. Uma justificação baseada no estado de necessidade exige que os meios utilizados sejam os mais brandos disponíveis ou os menos prejudiciais para os interesses legalmente protegidos dos terceiros que serão afetados pela intervenção do agente. De fato, leis que protegem denunciante normalmente contemplam esse requisito, prevendo que as denúncias sejam feitas, primeiramente, aos canais internos disponíveis antes de serem tornadas públicas⁷⁸. De outro lado, violações graves poderiam requerer a comunicação diretamente ao público ou à imprensa, especialmente quando houver razões para supor que uma denúncia a canais internos será certamente infrutífera⁷⁹.

Conclusão

Em conclusão, o §4º do art. 359-K do Código Penal é criticável por introduzir uma causa de exclusão da responsabilidade penal cuja estrutura não se mostra compatível com as categorias da teoria do delito. Por isso, foi proposto um regime legal diverso para as hipóteses às quais o dispositivo se refere. Agentes que em circunstâncias de necessidade e pelos meios apropriados divulgarem informação classificada para revelar um ilícito estatal, que, pelos meios legais, não poderia ser tornado público, não podem ser punidos com as mesmas penas aplicáveis àqueles que revelam informações classificadas que asseguram um interesse legítimo estatal na sua confidencialidade. Denunciante de ilícitos estatais não são, afinal, espões e a carga de injusto de suas condutas, nas circunstâncias descritas, é substancialmente reduzida. Porque penas devem ser sempre proporcionais à medida da gravidade do injusto, na presença de culpabilidade, o formato que mais adequadamente contemplaria tais circunstâncias seria a previsão de uma causa de diminuição de pena.

77 Por esses critérios, muitas revelações de informação em grande escala contendo informação classificada não mereceriam justificação. Segredos profundos, embora possam ser problemáticos para o exercício de uma democracia deliberativa, não podem ser divulgados excessivamente em nome da necessidade de maior transparência se não expuserem um ilícito estatal. Ver HARWOOD, *Philosophy and Social Criticism* 43, p. 171-172; KWOKA, *UC Davis Law Review* 48, p. 1443, relatando casos de vazamentos indiscriminados em grande escala pelo site *Wikileaks*.

78 Daí a importância também do estabelecimento de condições para a proteção desse tipo de denúncia internamente, regulando os meios adequados para uma divulgação. Tal regulamentação asseguraria, de outro lado, que a revelação não fosse desnecessariamente dirigida a canais externos.

79 Assim também estabelece o art. 15, parágrafo 1º, b, ii, da Diretiva nº 1937/2019 do Parlamento Europeu.

Referências

- ACKERMAN, John M.; SANDOVAL-BALLESTEROS, Irma E. The Global Explosion of Freedom of Information Laws. *Administrative Law Review*, [s.l.], v. 58, n. 1, p. 85-130, 2006.
- AFTERGOOD, Steve. An Inquiry into the Dynamics of Government Secrecy. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, [s.l.], v. 48, p. 511-530, 2013.
- AFTERGOOD, Steve. Reducing Government Secrecy: Finding What Works. *Yale Law & Policy Review*, [s.l.], v. 27, n. 2, p. 399-416, 2009.
- ARNESON, Richard J. Principle of Fairness and Free-Rider Problems. *Ethics*, [s.l.], v. 92, n. 4, p. 616-633, 1982.
- BOK, Sissela. *Secrets: On the Ethics of concealment and revelation*. New York: Pantheon Books, 1982.
- BOOT, Eric R. *The Ethics of Whistleblowing*. London/New York: Routledge, 2019.
- BROWNLEE, Kimberley. The civil disobedience of Edward Snowden: A reply to William Scheuerman. *Philosophy and Social Criticism*, [s.l.], v. 42, n. 10, p. 965-970, 2016.
- CONNELLY, Matthew. State Secrecy, Archival Negligence, and the End of The History as We Know it. In: POZEN, David E. (org.). *The Perilous Public Square: structural Threats to Expression Today*. New York: Columbia University Press, 2020.
- DELMAS, Candice. The Ethics of Government Whistleblowing. *Social Theory and Practice*, [s.l.], v. 41, n. 1, p. 77-105, 2015.
- DYCUS, Stephen; BANKS, William C.; RAVEN-HANSEN, Peter; VLADECK, Stephen I. *National Security Law*. 7. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2020.
- ELLSBERG, Daniel. Secrecy and National Security Whistleblowing. *Social Research*, [s.l.], v. 77, n. 3, p. 773-804, 2010.
- EMERSON, Thomas. National Security and Civil Liberties. *Yale Journal of World Public Order*, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 78-112, 1982.
- FENSTER, Mark. Disclosure's Effects: Wikileaks and Transparency. *Iowa Law Review*, [s.l.], v. 97, n. 3, p. 713-804, 2012.
- FENSTER, Mark. *The Transparency Fix*. Stanford: Stanford University Press, 2017.
- FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch*. 69. ed. München: C.H. Beck, 2022.
- FORCESE, Craig; WEST, Leah. *National Security Law*. 2. ed. Toronto: Irwin Law, 2021.
- FUCHS, Meredith. Judging Secrets: The Role Courts should play in preventing unnecessary secrecy. *Administrative Law Review*, [s.l.], v. 58, n.1, p. 131-176, 2006.

- HALPERIN, Morton H.; BERMAN, Jerry J.; BOROSAGE, Robert L.; MARWICK, Christine M. *The Lawless State: the Crimes of the U.S. Intelligence Agencies*. New York: Penguin Books, 1976.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. Are there any natural rights? *The Philosophical Review*, [s.l.], v. 64, n. 2, p. 175-191, 1955.
- HARWOOD, William H. Secrecy, transparency and government whistleblowing. *Philosophy and Social Criticism*, [s.l.], v. 43 n. 2, p. 164-186, 2017.
- HEROLD, Nico. Government-Whistleblowing-Enthüllung und Kontrolle von staatlichen Missständen. *Kritische Justiz*, [s.l.], v. 52, n. 3, p. 338-348, 2019.
- KATZ, Alan. Government Information Leaks and the First Amendment. *California Law Review*, [s.l.], v. 64, n. 1, p. 108-145, 1976.
- KINDHÄUSER, Urs; HILGENDORF, Eric. §353b. *Strafgesetzbuch*. Lehr- und Praxiskommentar. 9. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022.
- KITROSSER, Heidi. Classified Information leaks and Free of Speech. *University of Illinois Law Review*, [s.l.], n. 3, p. 881-931, 2008.
- KÖBEL, Ralf; HEROLD, Nico. Whistleblowing und das Geheimwissen des Staates. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 169, n. 7, p. 377-392, 2022.
- KREIMER, Seth F. Rays of Sunlight in a Shadow War: FOIA, the Abuses of Anti-Terrorism, and the Strategy of Transparency. *Lewis & Clark Law Review*, [s.l.], v. 11, n. 4, p. 1141-1220, 2007.
- KREIMER, Seth F. The Freedom of Information Act and the Ecology of Transparency. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, [s.l.], v. 10, p. 1011-1080, 2008.
- KRIS, David S.; WILSON, J. Douglas (org.) *National Security Investigations & Prosecutions 3d*. Eagn: Thomson Reuters, v. 1, 2019.
- KROTOSZYNSKI, Ronald. Whistleblowing Speech and the First Amendment. *Indiana Law Journal*, [s.l.], v. 93, n. 2, p. 267-302, 2018.
- KWOKA, Margaret B. Deferring to Secrecy. *Boston College Law Review*, [s.l.], v. 54, n. 1, p. 185-242, 2013.
- KWOKA, Margaret B. Leaking and Legitimacy. *UC Davis Law Review*, [s.l.], v. 48, n. 4, p. 1387-1456, 2015.
- LASSWELL, Harold. D. *National Security and Individual Freedom*. New York: De Capo Press, 1971.

LAUFHÜTTE, Heinrich. Staatsgeheimnis und Regierungsgesheimnis. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 121, p. 52-61, 1974.

LEITE, Alaor. A responsabilidade penal do whistleblower. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 348, p. 4-6, 2021.

MEESE, Michael J.; NIELSEN, Suzzane C.; SONDEHEIMER, Rachel M. *American National Security*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2019.

POZEN, David E. Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act. *University of Pennsylvania Law Review*, [s.l.], v. 165, n. 5, p. 1097-1158, 2017.

POZEN, David E. Deep Secrecy. *Stanford Law Review*, v. 62, Issue 2, p. 257-339, 2010.

POZEN, David E. The Mosaic Theory National Security, and the Freedom of Information Act. *Yale Law Journal*, [s.l.], v. 115, n. 3, p. 628-679, 2005.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Rev. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAWLS, John. *Justice as fairness*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. 1, 2020.

SAGAR, Rahul. Das mißbrauchte Staatsgeheimnis. Wikileaks und die Demokratie. In: GEISELBERGER, Heinrich (ed.) *Wikileaks und die Folgen*. Netz-Medien-Politik. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 201-223.

SAGAR, Rahul. *Secrets and Leaks: The Dilemma of State Secrecy*. Princeton: Princeton University Press, 2013.

SAVAGE, Ashley. *Leaks, Whistleblowing and the Public Interest: the law of unauthorized disclosures*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.

SCHÄFER, Jürgen. § 353b. In: HEFENDEHL, Roland (hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. ed. München: C.H Beck, v. 5, 2019.

SCHAUER, Frederick. Transparency in three dimensions. *University of Illinois Law Review*, [s.l.], v. 4, p. 1339-1357, 2011.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

SCHEUERMAN, William. Whistleblowing as civil disobedience: The case of Edward Snowden. *Philosophy and Social Criticism*, [s.l.], v. 40, n. 7, p. 609-628, 2014.

SCHEUERMAN, William. What Edward Snowden can teach theorists of conscientious law breaking. *Philosophy and Social Criticism*, [s.l.], v. 42, n. 10, p. 958-964, 2016.

SETTY, Sudha. *National Security Secrecy. Comparative Effects on Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

THOMPSON, Dennis F. Democratic Secrecy. *Political Science Quarterly*, [s.l.], v. 114, n. 2, p. 181-193, 1999.

WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

Conflito de interesses

A autora declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre a autora:

Tatiana Stoco | E-mail: tatstoco@gmail.com

Doutora em Direito (USP). Professora (Insper/SP). Advogada.

Recebimento: 18.02.2023

Aprovação: 26.05.2023