

LIMITES À TRANSPARÊNCIA PÚBLICA DAS EMPRESAS ESTATAIS: análise crítica da aplicação da Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011) a Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

LIMITS TO PUBLIC TRANSPARENCY OF STATE OWNED COMPANIES: a critical analysis about the applicability of the Access to Information Law to Public Companies and Public-Private Companies

Leonardo Valles Bento¹
Polyana de Oliveira Martins Bringel²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito fundamental de acesso a informações públicas em seu art. 5º, XXXIII. No entanto, apenas em 2011 foi aprovada a Lei nº 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação (LAI), regulamentando esse direito e estabelecendo o princípio da máxima divulgação de informações em posse do poder público, sendo o sigilo uma exceção. A LAI representa uma mudança de paradigma para a Administração Pública, alterando o costume de esconder informações públicas dos cidadãos em direção a uma cultura de transparência. O acesso a informações públicas é uma exigência da democracia, pois somente cidadãos bem informados são capazes de fazer escolhas políticas reais. Esse direito, no entanto, não é absoluto, sendo passível de restrição em nome da proteção a outros direitos ou a um interesse público preponderante. A problemática desenvolvida nesta pesquisa surge a partir do momento em que as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, entidades administrativas formalmente subordinadas à Lei de Acesso à Informação (art. 1º e 2º), argumentam que, por explorarem atividade econômica, não devem guardar total observância às suas disposições, o que tem levado essas empresas a litigar administrativa e judicialmente com órgãos de imprensa e cidadãos interessados em obter informações sobre suas atividades. A presente pesquisa analisa a literatura e as decisões administrativas e judiciais disponíveis a fim de avaliar criticamente em que medida as empresas estatais encontram-se realmente vinculadas ao dever de prestar informações ao público, nos termos da Lei de Acesso a Informação.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito Administrativo da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Auditor da Controladoria-Geral da União.

² Acadêmica do 8º período do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB – MA; integrante do grupo de pesquisa sobre Transparência Pública e Acesso à Informação da UNDB.

PALAVRAS-CHAVE: Transparência Pública; Acesso à informação; Lei 12.527/11; Empresas Estatais

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 guarantees the fundamental right of access to public information in his art. 5, XXXIII. However, only in 2011 a Law on Access to Information (LAI) was approved, regulating this right and establishing the principle of maximum disclosure of information held by public authorities, and secrecy as an exception. This Law represents a paradigmatic shift for Public Administration, changing the tradition of hiding public information from citizens toward a culture of transparency. Access to public information is a requirement of democracy, because only well-informed citizens are able to make real political choices. This right, however, is not absolute, being subject to restriction in the name of other rights or regarding important public interests. The problem developed in this research arises when Public Companies and Public-Private Companies, which are administrative entities formally subject to the Law on Access to Information (art. 1 and 2), argue that, as they exploit economic activity, they should not keep full compliance with its provisions, which has led these companies to litigate before administrative and judicial bodies with the press or other citizens interested in information about their activities. This research analyzes the literature and administrative and judicial decisions available in order to assess critically the extent to which state enterprises are actually linked to the duty to provide information to the public under the Access to Information Act.

KEYWORDS: Public transparency; Access to information; Law 12.527/11; State Owned Companies

INTRODUÇÃO

Direito à informação significa, basicamente, o direito do cidadão de ter acesso a informações produzidas por, ou que estejam sob custódia de, organizações públicas. Parte da premissa de que o Poder Público não produz, nem guarda informações em seu próprio interesse, mas sim no interesse da coletividade. Por conseguinte, toda informação sob controle estatal deve ser acessível por quaisquer cidadãos, a menos que exista uma justificativa superior de interesse público para que este acesso lhes seja negado. Ao direito do indivíduo de acessar informações públicas contrapõe-se o dever dos atores públicos de divulgar informações e de ser transparentes (MENDEL, 2009).

Esse direito de conhecer e ter acesso a informações públicas é um componente indispensável para o exercício da cidadania (LAFER, 1988). A democracia pode ser definida como um sistema político no qual os cidadãos decidem, diretamente ou por meio de seus representantes, os assuntos da coletividade, e no qual as autoridades públicas prestam contas das suas ações (BOBBIO, 2000). O uso inteligente desse poder de decisão depende da capacidade do eleitor de avaliar a atuação das autoridades públicas, o que ele só poderá fazer se tiver acesso à informação relevante.

Além disso, acesso à informação é um importante instrumento de combate à corrupção. A corrupção se desenvolve em ambientes marcados pela falta de transparência e pela apatia política dos cidadãos (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 58-59). Ela ocorre porque decisões são tomadas a portas fechadas, longe dos olhos do público e da imprensa. Promover a abertura do Estado à participação da sociedade e ao controle social é um dos mais importantes desafios políticos da sociedade brasileira (CANELA e NASCIMENTO, 2009). Ter acesso às informações em poder do Estado permite o monitoramento da tomada de decisões pelos governantes que afetam a vida da coletividade. O controle social mais atento dificulta o abuso de poder e a implementação de políticas que visam beneficiar grupos privados. Por outro lado, decisões sobre políticas públicas tomadas com base em informações amplas e de qualidade terão resultados mais eficientes (STIGLITZ, 1999).

No Brasil, apesar da Constituição assegurar esse direito no art. 5º, XXXIII de forma bastante explícita, somente em 18 de novembro de 2011 foi aprovada a Lei 12.527, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), para regulamentar o exercício desse direito. A LAI estabelece a publicidade como regra e o sigilo como exceção, define procedimentos para solicitar informações e rotinas e prazos para que as autoridades públicas respondam a todos os pedidos de informações feitos por cidadãos. O Brasil foi o 90º país do mundo a adotar uma lei específica para garantir o direito à informação pública e o 19º na América Latina. Trata-se de uma lei avançada, alinhada com os princípios e as melhores práticas observadas na matéria.

A Lei de Acesso à Informação (LAI) estabelece, detalhadamente, diretrizes e ferramentas que visam o amplo acesso à informação bem como uma rotina para atendimento a pedidos de informação encaminhados por qualquer interessado, os quais devem ser respondidos formalmente no prazo da Lei. Esta Lei é de observância obrigatória para todos os órgãos e entidades da Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É também de observância obrigatória pelos demais poderes (Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas) e até mesmo por entidades privadas que recebem recursos públicos.

Portanto, em princípio, Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista fazem parte do rol de entidades da administração pública que estão subordinados à Lei n. 12.527/11 (artigo 1º, inciso II). No entanto, observa-se que há uma resistência por parte dessas entidades ao dever de fornecer informações em sua posse, ao argumento de proteger o sigilo comercial e bancário de seus clientes, ou ainda sob o fundamento de não expor a estratégia da empresa a seus potenciais competidores. Tal resistência vem gerando litígio, tanto administrativo quanto judicial, com jornalistas e cidadãos interessados em obter informações sobre a atuação dessas entidades. Dessa forma, o objetivo geral do presente estudo é analisar a plausibilidade e amparo legal dessas alegações, em face da Lei de Acesso à Informação.

O artigo é dividido em quatro partes. Inicialmente, expõem-se os contornos gerais do regime de acesso a informações públicas no Brasil, com o advento da Lei nº 12.527/2011. Em seguida, analisa-se o regime das exceções previsto na própria LAI, detalhando-se as hipóteses em que a confidencialidade da informação é legítima. O terceiro tópico é dedicado à aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação às empresas públicas e sociedades de economia mista, detalhando os contornos da problemática que essa aplicação suscita. Por fim, o último tópico analisa as justificativas apresentadas por empresas públicas e sociedades de economia mista para justificar a não aplicação da Lei a informações referentes a algumas de suas operações, evidenciando os abusos e inconsistências em sua argumentação.

A presente pesquisa valeu-se de fontes documentais e bibliográficas. Foi feito levantamento da literatura brasileira sobre acesso a informação, complementada pela pesquisa jurisprudencial e de decisões da Controladoria-Geral da União (CGU) sobre a matéria. As decisões da CGU são um importante repositório de jurisprudência administrativa, uma vez que, em face do art. 16 da LAI, o órgão tem competência para julgar recursos administrativos interpostos contra indeferimento de pedidos de informação no âmbito da Administração Pública Federal. É também analisada uma decisão judicial referente à mesma matéria. Por fim são apresentadas conclusões sobre a validade dos argumentos apresentados pelas empresas estatais para não disponibilizarem ao público informações sobre suas atividades, tendo em vista o direito fundamental de acesso à informação.

O presente artigo é fruto de pesquisa desenvolvida e apoiada pela Unidade de Ensino Dom Bosco (UNDB), por meio do Núcleo de Estudos da Corrupção, vinculado ao Curso de Graduação em Direito.

1. DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito de acesso à informação é ao mesmo tempo um direito individual e um direito difuso, que está relacionado ao controle exercido pela população, enquanto detentora do poder de acessar livremente as informações públicas, sendo que o Estado deve disponibilizá-las, como regra geral. Trata-se também um direito humano internacionalmente reconhecido, diretamente relacionado com a liberdade de expressão. A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura-o expressamente:

Artigo XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 – tratado ao qual o Brasil aderiu apenas a partir de 1992 –, traz disposição semelhante:

Artigo 19

[...]

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Convém destacar ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969:

Artigo 13. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Percebe-se que tais regulamentações são de diferentes épocas, mas ainda assim ultrapassam as diferenças entre regimes sociais e políticos. Sendo assim, essas regulamentações são atuais a qualquer tempo, especialmente em relação ao nosso regime democrático de direito, pautado na vontade do povo, e conseqüentemente, na participação deste.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de acesso a informação está previsto de forma expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, como um direito fundamental:

Art. 5º [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (grifo acrescentado)

Além disso, o art. 37 da Constituição estabelece a publicidade como um princípio da Administração Pública, enquanto o seu § 3º dispõe que uma lei específica deverá disciplinar o acesso das pessoas aos atos do governo. A Constituição conta também com o art. 216, cujo teor é o seguinte:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

§ 2º - **Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem** (grifo acrescentado).

Dessa forma, observa-se que a nossa Carta Magna estabeleceu direitos aos cidadãos os quais correspondem a deveres para o Estado. Portanto, para que estes direitos sejam efetivados, o Estado deverá tomar medidas para equilibrar as relações entre administradores e administrados (MARTINS JUNIOR, 2010).

Não obstante a previsão constitucional, o direito brasileiro sempre se ressentiu da ausência de uma legislação específica que disciplinasse de forma completa as formas de exercício do direito à informação. Isso permitia às autoridades públicas um excessiva discricionariedade quanto à disponibilização ou não de informações ao cidadão.

Antes da criação da Lei de Acesso à Informação (LAI), o Brasil obteve um grande avanço em sua legislação com a promulgação da Lei Complementar 131/2009, a qual alterou dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/200), com objetivo de promover maior transparência à gestão fiscal e orçamentária da Administração Pública. Para tanto, determinou “a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

No entanto, é a Lei de Acesso à Informação, nº 12.527/2011, a qual foi promulgada em 18 de Novembro de 2011, que representa o principal avanço do Brasil nas diretrizes e concretização do direito ao acesso à informação. Esta lei regula o acesso à informação,

anteriormente previstos no inciso II do § 3º do art. 37, § 2º do art. 216 e no artigo 5º, XXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Lei 12.527/11 abrange a maioria dos princípios internacionalmente aceitos relacionados ao direito de acesso à informação. Com relação ao princípio da máxima divulgação, o artigo 3º, inciso I estabelece como preceito geral a publicidade, sendo o sigilo uma exceção. Dessa forma, a lei dispõe de um capítulo, o capítulo II, especificamente para tratar do dever dos órgãos e entidades do poder público em propiciar o amplo acesso à informação e sua divulgação. Este mesmo dispositivo se refere à importância de serem prestadas informações revestidas de autenticidade e integridade, o que corresponde ao caráter qualitativo da prestação de informações objetivado pela LAI.

Neste sentido, o artigo 5º do referido instrumento legal, institui que é dever do Estado garantir que essas informações sejam prestadas mediante procedimentos ágeis, primando pela forma clara e transparente, e utilizando uma linguagem acessível. Para tanto, estabelece um prazo de 20 (vinte) dias para que os órgãos e entidades da administração pública respondam à pedidos informação. Mesmo em caso de indeferimento de pedidos de informação, nos casos em que a lei o permite, o solicitante tem direito a uma resposta formal escrita e assinada pela autoridade competente, que exponha os motivos da recusa e informe sobre as possibilidades de recurso.

Destarte, ressalta-se que esses pedidos não necessitam que o solicitante justifique o interesse em adquirir as informações. Afinal, parte-se do princípio que estas informações são de interesse público e não particular. Os dados necessários ao requerimento de informações estão dispostos no capítulo III que trata do procedimento de acesso à informação, o qual estabelece apenas a necessidade do solicitante fornecer seu nome e especificar a informação solicitada. Dispõe também sobre a isenção de custos para o pedido, ressalvando os casos em que houver requerimento de reprodução de documentos.

Em todo o seu texto a Lei de Acesso à Informação estabelece diretrizes, e obrigações que promovem a transparência ativa dos atos da administração pública. Dentre os dispositivos, destaca-se o artigo 8º, o qual enuncia que: “é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas” (grifo nosso). Para tanto, o § 2º deste artigo, obriga a divulgação em sítios oficiais da internet de todas as informações concernentes aos órgãos e entidades públicas, criando o Portal da Transparência (SCHIFLER, 2013).

Para a concretização do acesso às informações, esta lei criou o SIC – Serviço de Informações ao Cidadão, segundo o qual, cada órgão e entidade do poder público deverá separar um espaço físico no estabelecimento em que se encontra funcionando, a fim de prestar as informações solicitadas, pessoalmente, pelos cidadãos. Como dispõe o artigo 9º da lei:

Art. 9º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:

I - criação de **serviço de informações ao cidadão**, nos órgãos e entidades do poder público, em **local com condições apropriadas** para:

- a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
- b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
- c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações. [...] (grifo acrescentado).

Portanto, a partir da Lei 12.527/2011, o direito de acesso à informação passou a ser assegurado por meio de uma rotina administrativa. O acesso a informações públicas passou a ser a regra e o sigilo uma exceção controlada por meio de hipóteses taxativamente previstas na própria Lei, as quais constituem o assunto do tópico seguinte.

2. RESTRIÇÕES AO DIREITO DE ACESSO A INFORMAÇÕES PÚBLICAS

A Organização dos Estados Americanos (OEA) estabeleceu que um dos princípios norteadores do direito de acesso à informação é a máxima divulgação. Contudo, o direito de acesso à informação não é absoluto, mas permite limitações, normalmente relacionadas com a proteção da intimidade e vida privada de outros indivíduos e com a segurança da sociedade. Contudo, estas restrições devem observar o que está disposto no artigo 13.2 da Convenção Americana, quais sejam: verdadeira excepcionalidade; consagração legal; objetivos legítimos; prazo razoável de duração; e, necessidade e estrita proporcionalidade (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2012).

Neste sentido é a jurisprudência da Corte Internacional, que no caso *Claude Reyes vs. Chile* e outros firmou o entendimento de que os dispositivos legislativos internos de cada lugar devem especificar que a restrição à prestação de informações somente poderá se manter enquanto proporcionar real perigo em relação ao bem que se protege (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2012). Na própria Constituição Federal já ressalva do direito de acesso as informações cujo sigilo seja essencial para a segurança da sociedade e do Estado, na parte final do art. 5º, XXXIII.

A Lei 12.527/2011 separou o capítulo IV para tratar sobre o regime de exceções. Convém mencionar, em primeiro lugar, que a própria lei define o que considera informação

sigilosa, no artigo 4º, III: informação sigilosa é “aquela submetida **temporariamente** à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado” (grifo acrescentado). De fato, sendo o sigilo uma exceção, ele deve ser também uma situação temporária, até que a circunstância que motivou o segredo não mais exista. O art. 23 da LAI elenca de forma taxativa as circunstâncias que podem servir de fundamento para a decretação de sigilo da informação:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

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

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

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

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

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

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

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

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

Para que uma informação seja submetida ao regime de restrição de acesso, ela precisa ser classificada, isto é, enquadrada em algum grau de sigilo, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, tal como especificado nas hipóteses legais do art. 23. O art. 24, §1º estabeleceu um sistema de classificação em três níveis, conforme a criticidade do conteúdo, sendo que cada nível possui um prazo máximo de vigência do sigilo: (1) ultrassecreto, com restrição de acesso por até 25 anos, prorrogável uma vez; (2) secreto, com prazo máximo de vigência de 15 anos; e (3) reservado, com prazo de vigência de cinco anos. A competência para classificar a informação também varia conforme o grau de sigilo a ser imposto. Quanto maior o grau de sigilo, mais alta é a autoridade competente para impor a classificação.

Além das informações sigilosas – aquelas sensíveis à segurança da sociedade e do Estado – são também de acesso restrito as informações pessoais, isto é, aquelas que podem expor aspectos da intimidade e vida privada das pessoas a que se referem. Elas se encontram protegidas pelo art. 31 da LAI. Além disso, o art. 22 da mesma Lei também exclui do acesso

público as hipóteses específicas de sigilo previstas na legislação esparsa, em especial aquelas protegidas pelo sigilo de justiça e pelo sigilo bancário e comercial. As informações de caráter pessoal são de acesso restrito ao titular da informação e pessoas por ele autorizadas, pelo prazo de 100 (cem) anos.

No tocante ao objeto de pesquisa deste estudo, o principal argumento utilizado para a resposta negativa a pedidos de informação por parte de empresas estatais está pautado na proteção de informações pessoais (próprias e de seus clientes). Tal argumento merece especial atenção, tendo em vista que, embora constituídas sob a forma de empresas com personalidade jurídica de direito privado e em regime concorrencial, elas continuam sendo organizações públicas pela sua finalidade, responsáveis por executar políticas de governo e sujeitas a prestação de contas dos recursos públicos que aplica, conforme se discute no tópico seguinte.

3. APLICAÇÃO DA LEI DE ACESSO A INFORMAÇÃO A EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

O âmbito de aplicação da Lei 12.527/2011 está definido nos arts. 1º e 2º. Juliano Heinen (2014, P. 12)³ classificou os sujeitos do artigo 1º do aludido dispositivo como “sujeitos passivos próprios”, utilizando o critério subjetivo. Ou seja, em relação a esta primeira qualificação, basta que se esteja diante de um dos órgãos da Administração Pública direta ou indireta, incisos I e II respectivamente, para que a LAI seja aplicada, não importando as funções por elas exercidas. Sendo assim, estão sujeitos ao regime da LAI:

Art. 1º [...]

I – os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público.

II – as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Portanto, a Lei 12.527/2011 estabelece explicitamente a aplicabilidade do regime de acesso a estas entidades, em seu art. 1º, parágrafo único, II. No entanto, o Decreto nº

³ Por outro lado, Heinen classificou os sujeitos do artigo 2º da LAI como “sujeitos passivos impróprios”, orientando-se pelo critério objetivo, segundo o qual se deve avaliar a finalidade da atividade exercida pela entidade privada, que deve corresponder ao interesse público. Dessa forma, o artigo 2º dispõe: “Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, **às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.** (grifo nosso). Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no caput refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas”.

7.724/2012, que regulamenta a Lei em âmbito federal, em seu art. 5º, §1º, parece criar uma exceção, quando a empresa pública ou sociedade de economia mista explorar atividade econômica em regime concorrencial:

Art. 5º Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

§1º A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no [art. 173 da Constituição](#), estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários.

Convém destacar, primeiramente, que o mencionado dispositivo não afasta a aplicação da LAI, mas apenas que a “divulgação de informações”, isto é, sua política de *transparência ativa* é que está sujeita às normas da Comissão de Valores Mobiliários. Em particular, as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica devem observar o disposto na Instrução Normativa 358/2002 da CVM, que obriga as companhias de capital aberto a divulgar publicamente como “fato relevante” toda decisão capaz de afetar a cotação dos valores mobiliários ou as decisões de investidores. De fato, o Decreto 7.724/2012 não poderia criar uma exceção não prevista na Lei 12.527/2011, sob pena de exceder o seu poder regulamentar. Ainda mais em se tratando de uma restrição a um direito fundamental. Esta interpretação já encontrou eco em algumas decisões da Controladoria-Geral da União em recurso de acesso a informação. A CGU argumentou que o mencionado dispositivo “seria de controversa legalidade” caso o exercício de um direito fundamental, no caso, o acesso a informações públicas, ficasse condicionado aos termos de uma Instrução Normativa da CVM, a qual poderia inclusive impor restrições:

Adicionalmente, convém salientar que qualquer restrição a direito fundamental deve ser interpretada restritivamente, não sendo possível aumentar o rol de exceções ao princípio da máxima divulgação senão por meio de lei, conforme entendimento pátrio e referência interamericana.[...] Nesse sentido, outra interpretação não nos parece defensável senão aquela que entendesse aplicar-se o art. 5º, §1º do decreto 7.724/2012 a obrigações de transparência ativa, restando como únicas exceções à máxima divulgação aquelas constantes nos art. 22, 23 e 32 da Lei 12.527/2011[...] (BRASIL, 2014).

Por outro lado, porém, entende-se que o objetivo do Decreto, em seu art. 5º, §1º, é tratar as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica como agentes de mercado, em igualdade de condições com as empresas privadas. Assim, elas só estão obrigadas a divulgar informações nos mesmos casos e condições em que

as empresas privadas também estão, de acordo com as normas da CVM. Tal interpretação é consistente com o art. 173 da Constituição Federal, mencionado no dispositivo em comento. O art. 173, §1º, II da CF/88 dispõe que as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. De acordo com Juliano Heinen, uma interpretação conforme a norma constitucional determina que quando o Estado atua diretamente no mercado deverá fazê-lo “como se particular fosse”, inclusive no que se refere à divulgação de informações. As empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica nem podem se valer da supremacia estatal, nem possuir regras comerciais mais gravosas, “justamente porque ambas as situações gerariam uma competição desigual” (HEINEN, 2014, p. 91). Assim, as empresas estatais que exploram atividade econômica em regime concorrencial não estão obrigadas a divulgar informações sobre seus negócios, sempre que essa divulgação puder expor a estratégia da empresa, fornecendo assim uma vantagem competitiva aos seus concorrentes.

Este entendimento também encontra respaldo em precedentes da CGU. O órgão já se pronunciou no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista que atuem no mercado em regime de concorrência não são obrigados a fornecer informações que possam prejudicar sua competitividade no mercado. Em um recurso contra a Petrobras, no qual o cidadão requereu acesso a informações acerca de tabelas remuneratórias de vários cargos praticados pela empresa em 2013, a CGU acetou a argumentação da recorrida no sentido de a Petrobrás ser uma sociedade de economia mista que atua em regime de concorrência no segmento de energia, mediante exploração, produção, refino, comercialização e transporte de petróleo e seus derivados, e que a revelação da remuneração dos empregados da Companhia poderia prejudicar sua estratégia de retenção de seus profissionais, favorecendo empresas que poderiam assediá-los com remunerações melhores. Nesse caso, a empresa poderia perder profissionais importantes, responsáveis pela definição de direcionamentos de longo prazo da Petrobras e pelas descobertas de campos exploratórios, resultando na perda de conhecimentos desenvolvidos ao longo de anos de atuação (BRASIL, 2014a). Reconheceu também a CGU que, neste caso, a Petrobrás está obrigada apenas a divulgar informações que sejam determinadas pela CVM, especificamente a Instrução 480/2009, a qual exige a publicação apenas da remuneração individual máxima, mínima e média de Conselheiros de Administração, Conselheiros Fiscais e Diretores. Em caso semelhante, a estatal indeferiu pedido de informação de cidadão que desejava ter acesso à

listagem completa e atualizada dos servidores ativos e inativos, com a separação de cargo e lotação dos atuais empregados ativos. Novamente, a Petrobrás fundamentou a negativa, aceita pela CGU, de que sua obrigação é de divulgar apenas as informações exigidas no item 14 do Anexo 24 da mesma Instrução CVM nº 480/2009, qual seja, o número de empregados total com base na atividade desempenhada (área de negócio) e localização geográfica (regiões do Brasil e exterior).

Em outro precedente, a CGU julgou improcedente o recurso encaminhado por cidadão contra a Petrobrás Transporte S/A (Transpetro), empresa subsidiária da Petrobrás. O solicitante desejava ter acesso ao Memorial Descritivo referente ao atual contrato de prestação de serviços de apoio às atividades operacionais do terminal aquaviário de Suape/PE. A CGU concordou com a alegação da TRANSPETRO de que a divulgação do Memorial Descritivo poderia prejudicar a sua competitividade e governança corporativa, uma vez que o referido documento descreve não apenas os serviços que serão prestados, mas também menciona os procedimentos operacionais que serão adotados para a realização dessas atividades. Esse *modus operandi* é fruto do investimento da empresa e não poderia ser gratuitamente apropriado pelos demais agentes de mercado (BRASIL, 2014b).

Em ainda outro precedente, um solicitante teve negado seu pedido de informação à Caixa Econômica Federal, cujo objeto era cópia de normativos internos do banco que orienta a concessão e negociação de créditos. Em grau de recurso, a CGU também acatou a argumentação da empresa, no sentido de que a publicidade inadequada dessas normas internas a colocaria em desvantagem no mercado de crédito em que atua, e que o conhecimento das ações e estratégias nelas contidas poderia resultar em concorrência desleal. A CGU considerou que divulgar tais estratégias de fato comprometeria a competitividade da Caixa Econômica Federal, uma vez que as demais instituições financeiras, concorrentes diretas da recorrida, poderiam se utilizar de tais informações para integrar seus próprios processos de concessão de crédito, ou ainda apresentar propostas mais atrativas, a fim de captar para si a clientela (BRASIL, 2014c).

Em todos estes casos, fica claro que a CGU adota o entendimento de que as empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias, não estão obrigadas a atender a pedidos de informação quando a informação solicitada puder representar uma vantagem competitiva a seus concorrentes, comprometendo sua estratégia empresarial, sua governança corporativa, ou os interesses de seus acionistas.

Naturalmente, exige-se que as empresas estatais de fato atuem em um mercado competitivo, isto é, que existam outras empresas concorrendo no mesmo setor. Além disso,

deve ficar devidamente caracterizada, no caso concreto, a natureza estratégica da informação solicitada, em conformidade com os princípios da máxima divulgação e do escopo limitado das exceções, conforme já sustentou a própria CGU:

Para esta Controladoria não é possível determinar a priori as informações que são consideradas estratégicas, ressaltando-se que se uma estatal invocar o sigilo comercial, por exemplo, para negar acesso a uma informação, ela terá de fazê-lo de modo fundamentado, e estará sujeita aos mecanismos de revisão da negativa ou da classificação da informação (BRASIL, 2014d).

Noutras palavras, a sujeição das empresas estatais às normas da Comissão de Valores Mobiliários não exclui a aplicação da LAI, sempre que a informação solicitada não tiver potencial de lesar a estratégia competitiva da empresa, ou não tiver relação com suas obrigações civis, comerciais, trabalhistas ou tributárias, caso em que não caberá a alegação do comando do art. 173, §1º, II da Constituição Federal.

De fato, os estudiosos de Direito Administrativo ensinam que todas as entidades da Administração Pública encontram-se vinculadas à satisfação de algum aspecto do interesse público, definido na lei que autorizou a sua criação. Mesmo as entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, onde se enquadram as empresas públicas e as sociedades de economia mista, não fogem totalmente ao regime jurídico do direito público. A lei autoriza a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista com personalidade jurídica de direito privado a fim de servir-se dos meios de atuação próprios do setor privado e do direito comum que lhe é inerente. Porém, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta, nenhuma entidade estatal se sujeita inteiramente ao direito privado. Seu regime será híbrido, ou misto, isto é, parcialmente de direito privado e parcialmente de direito público. Em razão disso, mesmo as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, embora equiparadas às empresas privadas no que diz respeito às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, em face do art. 173, §1º, II da Constituição, estão sujeitas aos controles especiais próprios das espécies administrativas, tais como a obrigação de prestar contas, a obrigação de realizar licitação e concurso público, entre outros (DI PIETRO, 2013, p. 485). Assim, o mero fato de explorar atividade econômica não autoriza o afastamento total da aplicação do princípio da publicidade e da Lei de Acesso a Informação.

A propósito, convém chamar atenção para o §3º do mesmo art. 173 da Constituição Federal, o qual dispõe que “A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade”. Com efeito, a Lei nº 12.527/2011 deve ser considerada uma lei que regula as

relações das empresas públicas e sociedades de economia mista com a sociedade, visando ao controle social dessas entidades.

4. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DO ARGUMENTO DO SIGILO COMERCIAL E BANCÁRIO PELAS EMPRESAS ESTATAIS

Com efeito, observa-se a tendência de empresas estatais, especialmente os bancos públicos, de valerem-se do argumento do sigilo bancário e do sigilo comercial para não fornecerem informações aos solicitantes. Em um precedente, a Caixa Econômica Federal indeferiu pedido de informação de cidadão que desejava ter acesso à relação de beneficiários do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), gerenciado pelo referido Banco. Como fundamento da negativa, a CEF argumentou que:

[...] o fornecimento de dados de arrendatários/proprietários de unidades autônomas dos empreendimentos vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial [...] restará prejudicado em razão do disposto no Artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001, ao qual revela aos Bancos, de qualquer espécie, inclusive à CAIXA, o dever de sigilo bancário (BRASIL, 2014e).

No entanto, a CGU, em julgamento ao recurso de 3ª instância, rechaçou a existência de sigilo bancário no que se refere a beneficiários de políticas públicas, cujos nomes podem e devem ser disponibilizados ao conhecimento do público, a exemplo do que ocorre com os beneficiários do Programa Bolsa-Família, já disponíveis no Portal da Transparência:

O que se percebe é que, por meio do PAR, o cidadão recebe, por ser pessoa de baixa renda, benefício público, na forma de subsídio para fins de moradia. Trata-se assim de uma forma de investimento do Estado com a finalidade de dar concretude a este direito fundamental, previsto no caput do art. 6º da Constituição Federal. Devido a esse caráter público do investimento realizado por meio do PAR, as informações relativas ao benefício que percebem devem ser consideradas públicas, para fins de promover a transparência. [...] Frente ao exposto, verifica-se que está consolidado na Administração Pública Federal o entendimento de que o *nome* dos cidadãos que receberam recursos públicos federais por meio de políticas públicas são informações públicas, nos termos da Lei n. 12.527/11 (BRASIL, 2014e).

Em outro precedente, cidadão solicitou a documentação pela construtora e pela Caixa Econômica Federal que fundamentaram o enquadramento do empreendimento “Minha Praia Residencial Club” no Programa Minha Casa Minha Vida. A CEF negou o pedido ao argumento de que o financiamento concedido para a Incorporadora/Construtora não envolveria recursos diretos do Orçamento Geral da União e sim do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, que é um fundo de natureza privada, de modo que não haveria recursos públicos envolvidos. Esse fundamento também não foi aceito em sede recursal pela

Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2014f). Tal argumento não procede, uma vez que, embora dotado de personalidade jurídica de direito privado, e seus recursos pertencerem aos trabalhadores, não há dúvida de que esse fundo, de contribuição compulsória, é utilizado para realizar políticas públicas, em especial dando suporte ao Sistema Financeiro de Habitação, com o qual o Poder Público concretiza o direito fundamental a moradia, previsto no art. 6º da Constituição. Nessa medida, as políticas que utilizam recursos do FGTS, bem como seus respectivos órgãos gestores, devem submeter-se ao controle social, como condição de legitimidade democrática.

Outro caso interessante que merece ser explorado é a utilização da exceção de sigilo bancário e comercial pelo Banco de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). O BNDES indeferiu pedido de informação de cidadão que solicitou o Relatório de Análise de operação de financiamento do estádio de futebol “Arena Itaquera”, em São Paulo, no valor de R\$ 400 milhões, no âmbito do Programa BNDES de Arenas para a Copa do Mundo de 2014 (BNDES ProCopa Arenas), utilizando como fundamento o sigilo bancário e comercial. A instituição alegou que, na análise realizada para aprovação de operação de crédito, encontram-se informações negociais e estratégicas do mercado do empreendimento a ser financiado e que o BNDES não está autorizado a divulgar o Relatório de análise de operação de financiamento à Arena Itaquera, em função das normas de sigilo bancário e comercial aplicáveis às suas atividades. A ideia aqui é que a exposição pública do relatório de análise do financiamento poderia revelar dados estratégicos da empresa beneficiada com o crédito, favorecendo seus concorrentes, além de constituir violação do sigilo bancário, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001 (BRASIL, 2014g).

Além de invocar o sigilo empresarial e comercial para a proteção dos contratantes, a referida entidade também alega sigilo comercial em relação a suas próprias atividades:

[...] o resultado de análise de uma operação de crédito de uma instituição financeira, tal como o BNDES, em que se transformam dados isolados em análise (informação tratada) capaz de subsidiar a decisão de concessão de crédito, deve, também, ser protegido pelo sigilo empresarial. A forma como as informações são agregadas, cruzadas e sintetizadas no Relatório de Análise do BNDES, consubstanciam manifestação do *know-how* adquirido ao longo de sua história, tendo sua revelação potencial para trazer sérios prejuízos ao BNDES, na medida em que possibilita a apropriação indevida, por parte de agentes públicos e privados, de ativos intangíveis para os quais foram necessários anos de investimento em infraestrutura de trabalho, qualificação e treinamento de pessoal (BRASIL, 2014g).

A Controladoria-Geral da União, no entanto, entendeu que o sigilo bancário previsto na Lei Complementar nº 105/2001 não se aplica às agências de fomento, como no caso do

BNDES, ainda que constituídas sob a forma de sociedades anônimas, e mesmo que se caracterizem formalmente como instituição financeira, como no caso em análise. De fato, o objetivo do BNDES não é a obtenção de resultado financeiro (lucro), e sim induzir o desenvolvimento nacional por meio de uma política de intervenção direta na ordem econômica, injetando capital nas empresas para promover a sua expansão com a geração de novos empregos e novos empreendimentos. Nesse sentido, a CGU destacou que:

Há, inegavelmente, diferenças substanciais entre uma decisão adotada pela diretoria de uma sociedade de economia mista desenhada para intervir diretamente no mercado, nos moldes do art. 173 da Constituição Federal, e aquela adotada por uma empresa estatal, mesmo que constituída na forma de uma sociedade anônima, desenhada para intervir indiretamente no mercado, seja por meio de incentivo ou fomento. Enquanto uma deverá revelar as estratégias de inserção em um mercado competitivo, a outra deverá revelar as estratégias de execução de uma política pública, sendo, portanto, ato administrativo no sentido estrito (BRASIL, 2014g).

O órgão recursal salientou também que a maior parte dos recursos gerenciados pelo BNDES, com os quais executa a política pública de incentivo ao desenvolvimento, origina-se de transferências do Tesouro Nacional e do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Trata-se, portanto, de recursos públicos, aos quais não cabe alegar sigilo bancário, uma vez que este é uma decorrência do direito constitucional à intimidade, o qual, por sua vez, não se aplica a organizações de Estado.

De fato, a própria Constituição Federal determina que sejam repassados ao BNDES nada menos que 40% da arrecadação da Contribuição ao PIS/PASEP:

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar n.º 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3.º deste artigo.

§ 1.º Dos recursos mencionados no caput deste artigo, pelo menos quarenta por cento serão destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que lhes preservem o valor.

Portanto, o BNDES não pode ser equiparado às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, pois seu objetivo não é concorrer no mercado com outras instituições financeiras, mas sim realizar atividade de fomento, vale dizer, uma política pública. É o que se depreende do próprio Estatuto Social da entidade, aprovado por meio do Decreto 4.418/2002:

Art. 3º. O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País.

Art. 4º O BNDES exercerá suas atividades, visando a estimular a iniciativa privada, sem prejuízo de apoio a empreendimentos de interesse nacional a cargo do setor público.

Quanto à empresa beneficiada com o crédito, também não cabe falar-se de sigilo comercial, no entendimento da CGU. O órgão utiliza aqui uma argumentação no sentido de que os particulares que voluntariamente aderem a uma relação com o Poder Público não podem esperar o mesmo grau de proteção da sua privacidade. Caso uma empresa não esteja disposta a sujeitar-se à publicidade de suas informações, deve procurar financiamento no setor privado, renunciando ao crédito de instituições públicas. Mas, se vai aceitar esse financiamento, então deverá submeter-se às normas do setor público concernentes à transparência.

Portanto, se razoável crer que, ao aderir ao *convite* que materializa uma política de indução deverá o contratante submeter-se às regras próprias que determinam referida indução, mais razoável ainda será considerar que deverá o contratante submeter-se, na aliança com a Administração para a consecução de uma finalidade de Estado, aos princípios ínsitos ao Direito Administrativo, dentre os quais a publicidade e a moralidade (BRASIL, 2014g).

Portanto, as informações sobre financiamentos concedidos a empresas por agências de fomento, a exemplo do BNDES, ainda quando a referida agência seja constituída como instituição financeira e se revista da forma de sociedade anônima, não estão sujeitas à restrição de acesso, nem cobertas pelo sigilo bancário ou comercial, mas, pelo contrário, devem ser disponibilizadas com fundamento no art. 7º, VI da Lei 12.527/2011:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

[...]

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;

Em outro precedente, foram solicitadas, ao mesmo BNDES, informações relativas a valores de financiamentos no âmbito do programa de fomento BNDES-Exim, especificamente cópia ou acesso à tabela de financiamentos para exportação entre 2006 e 2013, separado por país de destino, empresa que recebeu o financiamento, valor do financiamento, ano da assinatura do contrato e projeto financiado. Em resposta, o Banco indeferiu a solicitação, argumentando que as operações específicas desse programa do BNDES financiam uma

relação comercial estabelecida entre exportador e importador, de modo que os dados individualizados de operações de financiamento à exportação, a exemplo do valor do financiamento, que tem relação direta com o preço do produto exportado, elemento de natureza estritamente comercial, privativa e estratégica do exportador, não podem ser fornecidos em razão do sigilo a que o BNDES está obrigado, com fundamento no art. 6º, I, do Decreto 7.724/2012, o qual estabelece que o direito de acesso a informações não se aplica às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça (BRASIL, 2014h).

Para realizar essa análise cadastral e a consequente liberação dos recursos, torna-se necessário que o tomador do crédito confie ao BNDES uma série de informações privadas suas, estabelecendo, dessa forma, uma relação de mútua confiança entre as partes. Destaque-se que nesse rol de informações podem estar incluídos dados que o candidato ao crédito não tem interesse, nem tampouco obrigatoriedade legal, de divulgar a terceiros, tais como sua estratégia de competição e preços ou números que revelam sua situação econômico-financeira. [...] [A] divulgação de valores individualizados das operações, tal como solicitado pelo Requerente, tem potencial para evidenciar aspectos privativos e confidenciais da política de preços praticada pelos exportadores brasileiros em seus negócios internacionais e, com isso, influenciar negativamente sua competitividade em negócios presentes e futuros (BRASIL, 2014h).

A Controladoria-Geral da União, em parecer técnico destinado a embasar o julgamento de recurso de terceira instância, concluiu pela improcedência desse argumento, pelos mesmos argumentos apresentados acima, e também por considerar insuficientemente demonstrado o nexo causal entre a divulgação da informação solicitada e a perda de posição das empresas brasileiras no mercado internacional. Deduz-se desse raciocínio que a Administração Pública deve demonstrar, em sua negativa, que a informação solicitada reveste-se concretamente de um potencial lesivo, não sendo suficiente a alegação genérica de que ela “pode causar” danos. Além disso, o alegado art. 6º, I do Decreto 7.724/2012 aplica-se às hipóteses de sigilo comercial e bancário apenas às informações resultantes de atividade empresarial do Poder Público. Conforme já se argumentou, não é esse o caso do BNDES. Por outro lado, a instituição também não pode suscitar a aplicação do disposto no art. 5, §2º do mesmo Decreto, o qual dispõe o seguinte:

Art. 5º [...]

§2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica

cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.

O dispositivo acima não beneficia o BNDES, uma vez que não se trata de uma agência reguladora, nem de informações obtidas em atividade de controle, regulação e supervisão, e sim de fomento da atividade econômica.

No entanto, neste segundo precedente em comento, apesar o volume e da consistência dos argumentos apresentados, a CGU acabou por negar provimento ao recurso, acatando os argumentos do Banco, contrariando o parecer de sua unidade técnica (BRASIL, 2014h).

É importante destacar estes precedentes que envolvem especificamente o BNDES, por tratar-se de uma instituição que vem oferecendo forte resistência em atender pedidos de informações concernentes a suas operações de concessão de crédito. O assunto foi inclusive objeto de uma Ação Civil Pública, impetrada pelo Ministério Público Federal (MAGRO, 2013). Até mesmo o Tribunal de Contas da União tem tido dificuldade em obter documentação completa acerca dos financiamentos concedidos pelo Banco. O caso mais recente envolveu o financiamento, no valor R\$ 22,5 bilhões, ao Consórcio Norte Energia S/A para a construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, em Altamira (PA) (BRITO, 2014).

O Banco litiga judicialmente também com órgãos de imprensa (NÓBREGA; DAFLON, 2014). A empresa Folha da Manhã S/A e o jornalista Ricardo de Oliveira Balthazar impetraram mandado de segurança contra o BNDES em face da negativa do Banco em fornecer cópias dos Relatórios de Análise de Operações de Financiamento com aporte igual ou superior a cem milhões de reais, ocorridas entre janeiro de 2008 e março de 2011. A autoridade impetrada não disponibilizou o acesso às informações desejadas ao argumento de que estariam resguardadas pelo sigilo bancário de que trata a Lei Complementar nº 105/2001. A sentença de primeiro grau, proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro julgou parcialmente procedente o pedido, determinando ao BNDES a disponibilização dos referidos relatórios, mas apenas quando o requerente da operação for pessoa jurídica de direito público, pois nesse caso não haveria que se falar de sigilo bancário, e mesmo assim desde que o projeto financiado não diga respeito à segurança da sociedade e do Estado. Quanto aos Relatórios em que o requerente é empresa privada, o Juízo de primeira instância reconheceu que deve prevalecer a proteção ao sigilo bancário das empresas tomadoras dos empréstimos, já que não se não há indícios de ocorrência de qualquer irregularidade nos ditos empréstimos (BRASIL, 2014i).

Os impetrantes recorreram da sentença. Dentre os fundamentos da apelação, destaco, como mais importantes, os seguintes: (1) não há qualquer respaldo legal que justifique a necessidade de desconfiança sobre a legalidade das operações como condição para a prevalência do princípio da publicidade; e (2) a sentença inverteu a lógica do direito de acesso a informação, impondo a obediência ao princípio da publicidade às pessoas jurídicas de direito público que contratem com o BNDES e não a este ente por si mesmo. Uma vez que disponibilizando as informações relacionadas ao uso desses recursos, independente da natureza jurídica da parte que com ele contrata. Assim, a restrição do acesso às entidades de direito público não faz sentido (BRASIL, 2014i).

O BNDES, por sua vez, reiterou os argumentos já discutidos acima, em suma: (1) que o dever de sigilo dos dados financeiros aplica-se indistintamente às pessoas jurídicas de direito privado e público, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001; (2) que o BNDES é dotado de personalidade jurídica de direito privado que explora atividade econômica, e que por isso não deve ser tratado como órgão público; e (3) que o BNDES, ao realizar a análise da viabilidade econômica de um projeto que lhe é apresentado, avalia a capacidade de geração de receitas e de pagamento do tomador e/ou do projeto, sendo necessário que o candidato ao crédito franqueie acesso a informações à equipe técnica, do que decorre uma relação de confiança recíproca, que seria quebrada com a publicização de tais dados (BRASIL, 2014i).

O TRF da 2ª Região julgou parcialmente procedente a apelação dos impetrantes, determinando ao BNDES que forneça também os Relatórios de Análise de Crédito em que o requerente é empresa privada, preservando porém as informações bancárias e fiscais das empresas contratantes, que estejam protegidas pela Lei Complementar nº 105/2001. O Tribunal reconheceu que o BNDES é de fato um órgão público de fomento da atividade econômica, que gerencia recursos públicos oriundos do Tesouro Nacional e das contribuições do PIS/PASEP e que, por conseguinte, está sujeito ao princípio da transparência e à Lei de Acesso à Informação, particularmente o art. 7º, VI. Contudo, reconheceu a existência de sigilo para as informações bancárias e fiscais, de modo que o acesso concedido será parcial, nos termos do art. 7º, §2º da Lei 12.527/2011 (BRASIL, 2014i).

O TRF, neste caso, decidiu por maioria. Em Voto Vista, o Desembargador Guilherme Couto de Castro decidiu pela procedência da apelação dos impetrantes e o fornecimento integral das informações solicitadas. Destaca-se, em sua fundamentação, que os Relatórios de Análise de propostas de financiamentos, em especial empréstimos milionários como os que foram solicitados pelos impetrantes, têm por objetivo avaliar solvência, isto é, a capacidade de pagamento por parte dos beneficiários. Exatamente em virtude dessa

circunstância, e por se tratar de recursos públicos, é que se impõe o dever de transparência, a fim de coibir a concessão de vultosas quantias sem respaldo técnico a empresas inidôneas. “A necessidade de conceder a ordem advém, também, da própria essência da ideia republicana, de modo a evitar que se diga que favores foram concedidos a amigos do rei”. Nessa medida, é fundamental que as justificativas técnicas de concessão de empréstimos a empresas privadas sejam franqueadas à população (BRASIL, 2014i).

De fato, esse é um ponto fundamental. Independentemente da forma como estão constituídas, as entidades administrativas são utilizadas pelos governos como moeda de troca de governabilidade. Seus cargos de direção superior, de livre nomeação e exoneração, são preenchidos tendo como objetivo costurar uma aliança política que dê suporte legislativo ao Poder Executivo. Assim, por óbvio, a escolha de seus ocupantes não segue um critério técnico e sim político. Estes, por sua vez, devem suas nomeações a algum partido ou liderança política, e é no interesse dele que exercerão suas funções. Os partidos políticos, por sua vez, cobiçam esses cargos para fazer negócios, isto é, para obter financiamento para campanhas futuras, por meio de licitações direcionadas e superfaturadas e contratos fraudulentos, por exemplo, de que se alimenta a alta corrupção. No caso de agências de fomento, não são raras as denúncias de concessão de empréstimos fraudulentos a empresas que não possuem lastro financeiro para honrá-los, e que nunca são pagos, ficando o prejuízo para as entidades públicas.

De acordo com o Ministério Público Federal (2014), um Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU), feito em 2009, detectou irregularidades na aplicação dos recursos do Fundo Constitucional de Desenvolvimento do Nordeste (FNE), que resultaram em um prejuízo financeiro da ordem de R\$ 1,2 bilhão. O Ministério Público Federal abriu inquérito civil para apurar a ocorrência de improbidade administrativa contra 11 ex-dirigentes do Banco do Nordeste (BNB). A referida auditoria operacional do Tribunal de Contas da União (TCU) constatou a existência de dezenas de empréstimos não pagos, sem que tenha sido feita ação de cobrança judicial por parte do BNB, sem comprovação da aquisição dos bens financiados, e com garantias manifestamente insuficientes. Constatou ainda que algumas das empresas financiadas tinham sido recém criadas e não teriam lastro financeiro para honrar o financiamento. O BNB teria descumprido normas internas da instituição no tocante à avaliação de risco do empreendimento, além dos procedimentos de cobrança.

Como se pode ver, o acesso a informação e o controle social da gestão pública não podem ficar a mercê de considerações formalistas tais como a “personalidade jurídica de

direito privado”, ou a natureza jurídica de “entidade exploradora de atividade econômica”. Não podem receber tratamento de empresas privadas organizações cuja alta administração é designada para satisfazer critérios políticos, e cujas operações sofrem a ingerência de partidos e lideranças políticas interessadas em sua própria reeleição. Assim, o acesso a informação é instrumento imprescindível para se coibir o conflito de interesses, a corrupção e o desvio de recursos dessas entidades, resultantes de sua politização indevida.

Quem se engaja em uma relação com entidade pública, e com ela contrata operações de crédito ou dela aceita subsídios, de forma voluntária, deve também estar disposto a aceitar o ônus dessa relação, entre os quais a transparência, a fim de que a sociedade possa verificar a lisura da operação, exercendo o competente controle social. Quem não está disposto a disponibilizar seus dados comerciais para uma eventual verificação de conflitos de interesse ou de idoneidade dos participantes, que procure fazer negócios no setor privado.

Recentemente, ganhou o noticiário nacional o caso da compra pela Petrobrás de uma refinaria de petróleo em Pasadena, Texas (EUA), em 2006. Em 2006, a Petrobras associou-se à empresa belga Astra Oil, de quem adquiriu 50% da referida refinaria. A estatal brasileira pagou nessa operação US\$ 360 milhões, sendo US\$ 190 milhões pelas ações e US\$ 170 milhões pelas reservas de petróleo em Pasadena. No entanto, esse valor é muito superior ao que a própria Astra Oil pagou um ano antes na compra da refinaria inteira: US\$ 42,5 milhões. O contrato de compra da refinaria de Pasadena continha duas cláusulas que se revelaram ruinosas para a Petrobrás. A primeira era a cláusula Marlim, que garantia à sócia da Petrobras, Astra Oil, um lucro de 6,9% ao ano e que não se mostrou viável, tendo em vista que muitos investimentos planejados para a referida refinaria tiveram que ser suspensos por dificuldades de caixa. Uma vez descumprida a cláusula Marlim, a Astra Oil ingressou judicialmente na Justiça norte-americana contra a Petrobrás exigindo a execução da segunda cláusula: a *Put Option*, a qual determinava que, em caso de desacordo entre os sócios, a outra parte seria obrigada a adquirir o restante das ações. Assim, em 2008, a Petrobras foi obrigada judicialmente a comprar a parte que pertencia à empresa belga, por nada menos que US\$ 1,18 bilhão, mais de 27 vezes o que a Astra desembolsou pela companhia. Todo esse prejuízo saiu do caixa da Petrobrás (Portal G1, 2014). O fato resultou na instauração de duas Comissões Parlamentares de Inquérito, uma no Senado e outra mista.

Outro caso de irregularidade envolvendo a Petrobrás levou à prisão um ex-diretor de distribuição da estatal, acusado de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, formação de quadrilha e desvio de recursos públicos envolvendo a construção da refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco. O referido diretor exerceu o cargo entre 2004 e 2012 e era responsável pelos

projetos técnicos do empreendimento, o qual começou em 2007 com custo inicial estimado em R\$ 2 bilhões, mas que acabou atingindo o valor de R\$ 18 bilhões e ainda não foi concluído (CARVALHO, 2014).

O caso em tela mostra o risco de utilizar-se acriticamente de raciocínios jurídicos formalistas, sem atentar para a realidade da Administração Pública brasileira e suas relações, muitas vezes promíscuas, com a política. A utilização ingênua do argumento de que a Petrobrás é uma sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica e portanto equiparada às empresas privadas no tocante ao acesso a informação, acabaria por sonegar do público e da imprensa casos rumorosos de corrupção.

CONCLUSÃO

O direito de acesso à informação parte da premissa de que toda informação produzida ou guardada pelo Estado é pública, isto é, pertence à coletividade, sendo o Estado tão-somente depositário e gestor dessa informação, não o seu proprietário. Exatamente em razão disso, as instituições públicas devem disponibilizar essa informação livremente ao seu autêntico dono, a sociedade, tornando-se assim transparentes. Numa democracia, a transparência e o livre fluxo da informação é a regra, ao passo que o sigilo é medida excepcional, somente justificável em circunstâncias taxativa e detalhadamente explicitadas na lei, relacionadas com um interesse público devidamente caracterizado e proporcional, ou com a defesa de outros direitos fundamentais.

A presente pesquisa teve por escopo analisar a aplicação do regime de acesso a informação às empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista – especialmente quando estas exploram atividade econômica, nos termos do art. 173, §1º da Constituição. Argumentou-se que tais empresas, não obstante pertencerem à Administração Pública Indireta, foram concebidas para atuar em mercados competitivos, em condições de igualdade com as empresas privadas. Por esse motivo é que foram dotadas de personalidade jurídica de direito privado e é também por isso que a Constituição estabeleceu a paridade de tratamento com as empresas privadas quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Dessa forma, a Lei de Acesso a Informação aplica-se a estas entidades de forma mitigada, devendo preservar a confidencialidade das informações consideradas estratégicas, cuja publicidade poderia acarretar vantagem competitiva aos seus concorrentes. Por esse motivo é que o Decreto nº 7.724/2012 restringiu a divulgação de informações dessas empresas ao exigido pela Comissão de Valores Mobiliários, “a fim de assegurar sua

competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários” (art. 5º, 1º). Por outro lado, convém lembrar que as empresas estatais, enquanto entidades administrativas, desempenham função pública e estão sujeitas às obrigações correspondentes, inclusive a de prestar contas aos órgãos de controle e também à sociedade. Assim, a natureza estratégica da informação deve estar devidamente caracterizada para fundamentar uma negativa de acesso, sob pena de atribuir-se um poder discricionário incompatível com o princípio de que as exceções devem ser interpretadas restritivamente.

Nesse sentido, a análise das decisões da Controladoria-Geral da União revelaram a ocorrência de abusos. Agências de fomento, tais como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), buscaram em diversas situações valer-se da sua natureza jurídica de instituição financeira com personalidade jurídica de direito privado para negar acesso a informações sobre suas operações de financiamento e dados das empresas beneficiadas com empréstimos. Busquei demonstrar que agências de fomento não podem ser consideradas empresas exploradoras de atividade econômica, uma vez que a sua finalidade não é gerar lucro e sim executar uma política pública de desenvolvimento econômico. Assim, não se lhes aplica a exceção mencionado no parágrafo acima.

Outro argumento que sustentado neste estudo é que a pessoa ou empresa privada que, *voluntariamente*, decide utilizar linhas de crédito de instituições públicas de fomento, especialmente em condições mais vantajosas que as oferecidas no mercado, não pode esperar que as informações sobre sua situação financeira, que lastrearam a avaliação de sua capacidade de pagamento, permaneçam em sigilo. O cidadão tem o direito de solicitar e obter informações sobre as empresas que se utilizam de linhas de crédito oferecidas por instituições financeiras públicas, em sua atividade de fomento da economia, a fim de verificar se os empréstimos foram concedidos a empresas idôneas, com efetiva capacidade de honrar os pagamentos, se as garantias oferecidas foram suficientes, e se a aprovação do crédito foi precedida de uma avaliação técnica consistente e em conformidade com as normas da instituição pública. É lamentável reconhecer, no entanto, que a CGU não compartilhou desse entendimento nas oportunidades em que decidiu a respeito.

De fato, não se pode permitir que raciocínios jurídicos formalistas ignorem a realidade da Administração Pública brasileira, fortemente marcada pelo patrimonialismo e pelo clientelismo (NUNES, 1997). Empresas estatais são utilizadas como moeda de troca de governabilidade. Partidos políticos negociam seu apoio ao governo em troca do controle dessas entidades, que são, conseqüentemente, politizadas e instrumentalizadas para objetivos eleitorais e pessoais, tornando-se assim foco de corrupção. Nesse contexto, a ideia de que as

empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica existem para competir no mercado em igualdade de condições com as empresas privadas não deve ser tomada pelo seu valor de face, mas sim interpretada com a devida cautela, com os olhos postos na realidade concreta em que atuam e nos interesses, nem sempre legítimos, por trás de sua atuação. A transparência de suas operações e seus beneficiários é a maior arma de que dispõe a sociedade para coibir a captura por grupos de interesses políticos e econômicos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Despacho nº 4524/2013**. Processo nº 99902.000049/2013-99. Disponível em:
<http://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mf/cef/dp45242013.pdf>. Acesso em: jan. 2014.

_____. **Despacho nº 6816/2013**. Processo nº 99909.000070/2013-24. Disponível em:
<http://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mme/petrobras/dp68162013.pdf>. Acesso em: jan. 2014a.

_____. **Parecer nº 2731/2013**. Processo nº 00190.015381/2013-64. Disponível em:
<http://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mme/petrobras/transpetro/pa27312013.pdf>. Acesso em: jan. 2014b.

_____. **Parecer 2191/2013**. Processo nº 99902.000909/2013-94. Disponível em:
<http://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mf/cef/pa21912013.pdf>. Acesso em: jan. 2014c.

_____. **Despacho nº 4735/2013**. Processo nº 99902.000148/2013-71. Disponível em:
<http://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mf/cef/dp47352013.pdf>. Acesso em: jan. 2014d.

_____. **Despacho nº 5187/2013**. Processo nº 99902.000265/2013-34. Disponível em:
<http://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mf/cef/dp51872013.pdf>. Acesso em: jan. 2014e.

_____. **Parecer 2951/2013**. Processo nº 99903.000274/2013-15 Disponível em:
<http://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mdic/bndes/pa29512013.pdf>. Acesso em: jan. 2014f.

_____. **Parecer nº 2966/2013**. Processo nº 99903.000232/2013-84. Disponível em:
<http://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mdic/bndes/pa29662013.pdf>. Acesso em: jan. 2014g

_____. **Despacho 5092/2013**. Processo nº 99901.000219/2013-45. Disponível em: <http://www.acaoainformacao.gov.br/assuntos/recursos/recursos-a-cgu/mf/bb/dp50922013.pdf>. Acesso em: jan. 2014h.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2 Região). **Apelação em Mandado de Segurança nº 2011.51.01.020225-7**. Apelante: Empresa Folha da Manha S/A e outro. Apelado: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico E Social-BNDES. Relator Juíza Federal Convocada Carmen Silvia Lima de Arruda. Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=201151010202257&TOPERA=1>. Acesso em: jun. 2014i.

BRITO, R. BNDES ‘sonega’ dados a órgãos de fiscalização. **Estadão**, 19 jan. 2014. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bndes-sonega-dados-a-orgaos-de-fiscalizacao-imp-,1120259> Acesso em: jan. 2014.

CANELA, G.; NASCIMENTO, S. **Acesso à informação e controle social das políticas públicas**. Brasília, DF : ANDI; Artigo 19, 2009.

CARVALHO, M. C. Ex-Diretor da Petrobras vira réu em ação penal. **Folha de São Paulo**, 25 abr. de 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/04/1445508-ex-diretor-da-petrobras-vira-reu-em-acao-penal.shtml>. Acesso em: abr. 2014.

DESFALQUE no BNB: MPF apura se houve improbidade administrativa. **Ministério Público Federal**, Ceará, 28 jan. 2014. Disponível em: http://www.prce.mpf.mp.br/conteudo/noticias/exibe_noticia?idNoti=46998&idPubl=5785. Acesso em: jan. 2014.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 485.

ENTENDA a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras. **Portal G1**, São Paulo, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/entenda-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.html>. Acesso em: jun. 2014.

HEINEN, J. **Comentários à Lei de Acesso à Informação**: Lei nº 12.527/11. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAGRO, M. Justiça limita uso de Lei acesso no BNDES. **Forum de Direito de Acesso a Informações Públicas**, 28 mai. 2013. Disponível em: <http://www.informacaopublica.org.br/node/2996>. Acesso em: maio 2013.

MARTINS JUNIOR, W. P. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDEL, T. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. 2 ed. Brasília: UNESCO, 2009.

NÓBREGA, C; DAFLON, R. Queda de braço entre BNDES e imprensa. **Observatório da Imprensa**, 25 fev. 2014. Disponível em:
http://observatoriodaimpresa.com.br/news/view/ed787_queda_de_braço_entre_bndes_e_imprensa. Acesso em: fev. 2014.

NUNES, E. **A gramática política do Brasil**: clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

ROSE-ACKERMAN, S. A economia política da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (org.). **A corrupção e a economia global**. Brasília: Editora da UnB, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 23 maio 2013.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 23 maio 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 maio 2013.

_____. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **El derecho de acceso a la información pública em las américas**: Estandáres Interamericanos y compración de marcos legales. 2012. Disponível em:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/El%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20Americas%202012%2005%2015.pdf>. Acesso em: 20 abril 2014.

SCHIFLER, G. Anotações sobre o regime jurídico aplicável às informações disponibilizadas pela Administração Pública na rede mundial de computadores. In: **Fórum Administrativo**. Ano 13, n. 146, 2013. p. 36-48.

STIGLITZ, J. **On liberty, the right to know, and public discourse**: the role of transparency in public life. Oxford: Amnesty Lectures, 1999. Disponível em:

<http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/oxford-amnesty.pdf>. Acesso em jan. 2013.