

Acesso à informação de procedimentos administrativos investigativos em curso instaurados por empresas estatais: a excepcionalidade na restrição de acesso ao legítimo interessado *

Access to the information on current investigative administrative procedures entered by state companies: the exceptionality in the restriction of access to the legitimate interested party

Marcelo Pontes Vianna**

Vítor César Silva Xavier***

Resumo

O presente trabalho considera o direito de acesso à informação tanto como garantia procedimental para o exercício de outros direitos, como o contraditório e a ampla defesa, quanto como direito fundamental exigível por si só. Objetiva-se, em especial, avaliar se o investigado empregado público em procedimento administrativo de natureza investigatória em curso tem a faculdade de acessar as informações de seu interesse. Analisa, ainda, precedente da Controladoria-Geral da União em que empresa estatal alegou especialmente a necessidade de manter o acesso restrito a um procedimento investigativo para preservar a finalidade do mesmo.

Palavras-chaves: transparência, processo administrativo, interesse jurídico, ampla defesa e contraditório, lei de acesso à informação.

Abstract

This paper considers that the right to access information is a guarantee to the exercise of other rights, such as the right to a full defense and that both parts must be heard in a proceeding, and it is also a fundamental right by itself. The main objective is to evaluate if a public employee that is being investigated in an administrative proceeding has the right to access the information of his interest. It also analyzes a precedent decided by the Office of the Comptroller General where a state-owned company has argued the need to keep a restricted access to an investigative proceeding in order to safeguard its purpose.

Keywords: Transparency, administrative procedure, legal interest, wide defense and contradictory, law of access to information.

* *Artigo convidado.*

** É bacharel em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UNB) e em Direito pela Faculdade Processus. É pós-graduado em Direito Administrativo Disciplinar pela UNB, em Direito Público e Avaliações de Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub) e em Economia pela George Washington University. Mestrando em Direito pela University of Notre Dame (EUA). Atuou como assessor no gabinete do Ministro da Defesa entre 2003 a 2005. Desde 2006, ocupa o cargo de Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União (CGU), tendo exercido as funções de Corregedor-Setorial do Ministério de Minas e Energia, Corregedor-Adjunto das Áreas Econômica e de Infraestrutura e Corregedor-Geral da União Substituto. Co-autor do livro “O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção – histórico, desafios e perspectivas”.

*** É bacharel e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e formado em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Auditor Federal de Finanças e Controle desde 2012, tendo exercido as funções de supervisor, chefe de divisão substituto e coordenador-geral de recursos de acesso à informação substituto. Foi co-fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP), professor da Faculdade de Direito da UFMG e do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). É atualmente professor colaborador na Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e na Escola de Administração Fazendária (ESAF); e advogado militante desde 2003, tendo inclusive representado em juízo a administração indireta do estado de Minas Gerais. Co-autor do livro “Lei de Acesso à Informação: teoria e prática”. Aluno especial do Programa de Doutorado em Relações Internacionais da Universidade de Brasília.

I. Introdução

O direito de acesso à informação produzida ou custodiada pelo Estado, seja de interesse pessoal, coletivo ou geral está consagrado constitucionalmente no Brasil por força do inciso XXXIII do artigo 5o da Constituição da República. Trata-se, portanto, de um direito do cidadão que goza do patamar máximo de proteção previsto pela Carta Magna, fazendo parte do rol de garantias fundamentais que sequer podem ser abolidas, conforme previsão de seu art. 60, § 4o, IV.

Em 2011, o mencionado inciso do art. 5o da Constituição ganhou nova regulamentação, mudando o paradigma até então vigente da forma que a Administração disponibilizava os dados e informações solicitados pelos cidadãos. Faz-se aqui referência à Lei nº 12.527/2011, popularizada sob a denominação Lei de Acesso à Informação – LAI.

A LAI reafirmou no ordenamento jurídico o princípio da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção (art. 3º, I), desonerando os interessados da necessidade de motivar seus pedidos de acesso à informação (art. 10, § 3º) e estabelecendo um procedimento formal e com prazos razoáveis para a resposta do Estado, além de instâncias recursais internas e externas para a revisão de eventuais negativas de acesso à informação. Fica, então, a Administração autorizada a negar solicitações de acesso à informação mediante apresentação de justificativa apenas quando a lei expressamente assim o prever.

A revolução proporcionada pela LAI é facilmente constatável. Desde 2012, a partir da vigência da LAI, houve uma gradativa expansão do número de pedidos de informação respondidos pelo Poder Executivo Federal. Em 2012, foram 55.200 e em 2016 alcançou-se 11.238 respostas, com 76,50% de atendimento aos pedidos entre os anos de 2012 e 2015, havendo omissão de resposta em apenas 0,2% dos casos¹.

É diante desse cenário que causa certa surpresa que, passados tantos anos desde a promulgação da LAI, ainda sejam constatadas situações de inobservância não só da regra geral da publicidade e transparência, mas também de outras duas garantias fundamentais, as do contraditório e da ampla defesa.

Trata-se de proteções afetas aos processos administrativos e judiciais que, por consequência, garantem aos acusados o direito de acesso aos respectivos autos. Sobre o assunto, a Constituição da República estabeleceu que:

Art. 5o (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹ Fonte: http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/relatorio_4anos_web.pdf - Acesso em 24/06/2017. Ainda não estão disponíveis dados de 2016/2017.

Tradicionalmente, a tese de que o acusado tem direito de acessar os autos de processo administrativo disciplinar se sustentou nos já consagrados princípios do contraditório e da ampla defesa². É verdade que, como será visto adiante, esse direito pode ser temporalmente e excepcionalmente diferido, quando a lei assim dispor e exclusivamente em respeito à garantia da efetividade da própria finalidade do procedimento em curso.

Porém, o assunto a ser abordado neste artigo diz respeito exclusivamente a processos de natureza disciplinar e o dispositivo constitucional acima transcrito se refere a procedimentos acusatórios. Ocorre que nem todo procedimento disciplinar possui a característica de ser acusatório.

Conforme fl. 50 do Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, os procedimentos disciplinares englobam não apenas os de responsabilização, mas também os investigativos definidos nos seguintes termos:

São procedimentos de cunho meramente investigativo, que não podem dar ensejo à aplicação de penalidades disciplinares e que são realizados apenas a título de convencimento primário da Administração acerca da ocorrência ou não de determinada irregularidade funcional e de sua autoria.

A Portaria CGU n. 335/06, por seu turno, classifica os procedimentos administrativos disciplinares da seguinte forma:

Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:

I – investigação preliminar: procedimento sigiloso, instaurado pelo Órgão Central e pelas unidades setoriais, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar;

II – sindicância investigativa ou preparatória: procedimento preliminar sumário, instaurada com o fim de investigação de irregularidades funcionais, que precede ao processo administrativo disciplinar, sendo prescindível de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

III - sindicância acusatória ou punitiva: procedimento preliminar sumário, instaurada com fim de apurar irregularidades de menor gravidade no serviço público, com caráter eminentemente punitivo, respeitados o contraditório, a oportunidade de defesa e a estrita observância do devido processo legal;

IV - processo administrativo disciplinar: instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor público federal por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido;

² “O litigante, portanto, tem o direito de informação (Recht auf Benachrichtigung) para que possa contra-atacar dentro do processo.” (WEDY, 2007, p. 1).

V - sindicância patrimonial: procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades;

De maneira geral, há o entendimento de que os processos disciplinares contêm documentos preparatórios, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011³, cujo acesso somente é autorizado após a tomada de decisão. Nesse sentido, o Enunciado CGU n.º 14, de 31 de maio de 2016⁴, dispõe que:

RESTRIÇÃO DE ACESSO DOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas.

Inclusive, cite-se que a Portaria CGU n. 335/06 já restringia o acesso até mesmo aos procedimentos administrativos investigativos:

Art. 6º A investigação preliminar é procedimento administrativo sigiloso (...)

Art. 7º O titular da unidade setorial assegurará à investigação preliminar o sigilo que se faça necessário à elucidação do fato ou que decorra de exigência do interesse público. (...)

Art. 16. A sindicância patrimonial constitui procedimento investigativo, de caráter sigiloso (...)

Acontece que os entendimentos acima não abordam de forma específica dois pontos essenciais à compreensão da aplicabilidade do direito de acesso à informação. O primeiro diz respeito à análise de eventual alegação quanto ao cabimento de aplicação de regras específicas quando diante de procedimentos disciplinares instaurados no âmbito de empresas estatais. De fato, é aceito que a tais entes foi garantida certa autonomia no estabelecimento dos procedimentos e das infrações disciplinares, como será discutido mais adiante.

O segundo ponto é ausência de tratamento específico no caso do próprio investigado desejar ter acesso a um procedimento investigativo ainda em curso, mormente porque é esse mesmo procedimento que poderá subsidiar eventual decisão de instaurar o processo administrativo de responsabilização. Ora, se o fundamento para se acessar os autos do processo é tão somente o contraditório e a ampla defesa, não haveria de se falar em legítimo interesse no acesso a processos investigatórios ainda em curso, pois não há qualquer exigência de que o investigado seja notificado ou citado para conhecer dos fatos, da mesma forma que não existe possibilidade dele ser responsabilizado em sede de um processo investigativo.

³ “Art. 7º (...) § 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.”

⁴ Publicado no DOU de 01/06/2016, Seção I, página 48.

A tese de que o documento seria preparatório ou mesmo que a finalidade da investigação fosse prejudicada são argumentos que devem ser considerados neste trabalho, até porque não há uma definição legal expressa do momento em que o interessado deve ter acesso aos autos de um processo administrativo investigatório em curso. Nesse sentido, em caso específico a ser analisado nesta pesquisa, cite-se que uma estatal, em sede de pedido protocolado por um investigado defendeu inicialmente o argumento de que a mera divulgação da existência das investigações poderia prejudicar eventual processo de responsabilização. Num segundo momento, a mesma empresa alegou que as ações investigativas e o objeto do procedimento não poderiam ser revelados, ainda que ao próprio investigado, por estar o procedimento ainda em curso; coerentemente com esse pressuposto, a divulgação da informação deveria ocorrer posteriormente, após a hipotética instauração do processo acusatório, oportunidade na qual a parte poderia se defender.

Contudo, há que se cogitar de que o afastamento da aplicação dos princípios gerais do contraditório e da ampla defesa em investigações por si só não exclui necessariamente o direito de acesso à informação que em tese é independente de qualquer lide. Dessa forma, o objetivo do presente artigo é avaliar se existem outros fundamentos que justifiquem o acesso a procedimentos administrativos em curso do tipo investigatório instaurados por empresas estatais e eventuais restrições que possam ser opostas ao interesse pessoal dos investigados.

2. Fundamentação teórica

Para além dos direitos ao contraditório e ampla defesa, a Constituição da República garante, também na qualidade de direito fundamental, a publicidade dos processos e procedimentos estatais, sejam administrativos ou judiciais, nos seguintes termos:

Art. 5º (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Dessa forma, evidencia-se que somente excepcionalmente a lei em sentido estrito ou a própria Constituição podem estabelecer o sigilo dos atos processuais, necessariamente pautando-se na defesa da intimidade ou do interesse social; eventual disposição meramente administrativa contrária à publicidade seria flagrantemente inconstitucional.

Seguindo essa orientação e indo além dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a própria legislação infraconstitucional prescreve o direito do legítimo interessado de acessar os processos administrativos. Nesse sentido, a Lei n. 12.527/2011, também conhecida como lei de acesso à informação, pressupõe que a transparência é a regra, estabelecendo normas gerais de caráter procedimental e material para garantia desse direito fundamental, inclusive no tocante a informação de interesse pessoal. Da mesma forma, a Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, evidencia

o direito de acesso aos legítimos interessados ao estabelecer que:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...) II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; (...)

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos. (...)

Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Contudo, há de se observar que as regras acima expostas se aplicam a processos administrativos. Há quem defenda a diferença entre processo e procedimento⁵, de modo que ao procedimento investigativo não se aplicariam todas as regras típicas do processo.

3. Metodologia

O desenvolvimento do artigo baseou-se primariamente na análise da legislação vigente que regula o acesso à informação de interesse particular, bem como normas específicas do acesso aos autos de processos administrativos e de decisões da Controladoria-Geral da União afetas ao tema. Trata-se, portanto, de uma pesquisa aplicada ao se propor consolidar entendimento a partir da correlação entre normas jurídicas abstratas e decisões administrativas concretas.

⁵ Wedy (2017, p. 1) defende que “o processo seria o procedimento estruturado na forma de contraditório, que não dispensa a publicidade e a fundamentação. Apenas se estiver estruturado desta forma o processo poderá ser considerado legítimo em um Estado Democrático e Social de Direito.”

Sobre os subsídios selecionados, foi realizado estudo analítico-descritivo pautado em revisão bibliográfica dos principais autores sobre o tema capaz de fornecer modelo teórico jurídico efetivamente aplicado na generalização do entendimento concretamente aferido para casos análogos.

4. Análise

De plano, embora haja distinção teórica entre processo e procedimento, uma interpretação integral e finalística do ordenamento jurídica brasileiro deve reconhecer que o tratamento quanto ao direito de acesso à informação aos legítimos interessados não pode ser substancialmente diferente, pois a Constituição da República estabeleceu a publicidade em regra dos atos processuais e não somente os praticados no âmbito dos processos. Desse modo, a pretensa distinção entre processo e procedimento não afasta por si só a publicidade das investigações em curso; por outro lado, atesta-se que a regra é a publicidade do procedimento, podendo até mesmo ser feita aplicação analógica das disposições acerca da publicidade de processos em especial para beneficiar os titulares de direitos fundamentais.

Aqui também se reconhece que as empresas estatais possuem certa autonomia para regulamentar normas internas acerca de conteúdo disciplinar. Isto porquê os quadros funcionais das estatais são compostos por empregados públicos regidos, regra geral, por normas típicas de direito privado, ou seja, pela CLT. A esse respeito, a doutrina admite amplamente que o legislador, diferentemente do que ocorre no caso dos servidores públicos, optou por não impor aos empregadores a exigência de procedimentos formais prévios para a imposição de sanções disciplinares, mesmo no caso de rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Sobre o tema, assim se manifesta Godinho:

“O Direito do Trabalho brasileiro encontra-se, efetivamente, ainda em fase semiprimitiva no tocante ao exercício do poder disciplinar. Não prevê a legislação qualquer procedimento especial para a aferição de faltas e aplicação de penas no contexto intra-empresarial (...). Embora esse modelo legal celetista pareça francamente defasado e obsoleto em face da relevância que a Constituição de 1988 dá ao Direito Coletivo e aos direitos individuais da pessoa humana, não tem a doutrina e a jurisprudência dominantes do país, ainda, apontado na direção da suplantação efetiva do velho modelo celetista autoritário”

Godinho (2012, p. 672)

Ainda assim e considerando o artigo 173 da Constituição da República, não se pode perder de vistas que a própria Constituição Federal estabeleceu uma série de exceções à aplicação do regime privado aos empregados públicos, determinando, por exemplo, a necessidade de realização de concurso público para sua contratação; a vedação a acumulação de funções públicas e o respeito ao teto remuneratório, no caso de empresas

públicas dependentes nos termos do § 9º do artigo 37 da Constituição da República.

Nesse sentido, devem ser avaliados com cautela a exigência das empresas estatais a observância a todos os princípios aplicáveis ao processo administrativo, conforme previsão constante da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99). Sobre essa questão, pontua-se que, apesar do art. 1º da referida lei definir seu escopo de abrangência de forma indiscriminada sobre toda Administração Pública direta e indireta, sua interpretação merece tratamento acurado do operador do direito, conforme lecionada Aragão:

A Lei 9.784/99 prevê, em seu art. 1º, serem as suas disposições aplicáveis à Administração Pública direta e indireta como um todo, sem prever qualquer exceção ou peculiaridade em relação às empresas estatais.

É de se indagar, contudo, se faria sentido, por exemplo, garantir o direito de apresentação de defesa e recurso contra qualquer ato de empresa estatal que atinja direitos de terceiros, ainda que este ato tenha natureza negocial e de mercado.

Como temos afirmado ao longo do presente capítulo, o regime jurídico das estatais é mais bem entendido como híbrido e atípico, decorrente da junção de elementos de Direito Privado e Direito Público, que, ao se unirem, se modificam reciprocamente.

Nessa senda, não obstante o que dispõe a letra dos dispositivos legais supramencionados, é necessário analisar com cautela a aplicação tout court das leis de processo administrativo às empresas estatais, ainda mais às que autem competitivamente, pois a sua aplicação sem temperamentos pode burocratizar a sua atuação no mercado.

Aragão (2017, p. 273)

Concorda-se com a preocupação demonstrada pelo ilustre doutrinador, no sentido de não impor todos os regramentos de direito público às empresas estatais, sem o devido temperamento requerido pela Constituição Federal. Aliás, é esse próprio tratamento distinto que, inclusive, justifica a adoção de uma figura jurídica distinta dos demais entes que compõe a Administração Pública. Sem esse devido cuidado, corre-se o risco de indevidamente “autarquizar” as empresas estatais o que quebraria a lógica da dinâmica atual de funcionamento da máquina administrativa brasileira.

Todavia, no que diz respeito a determinados princípios constitucionais deve se ter em mente que há muito eles já transgrediram simplesmente a esfera estatal, passando a ser exigidos também em qualquer relação privada. Como novamente lembra Aragão, é por exemplo o caso dos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (p. 274), cuja eficácia horizontal já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal:

O estatuto das liberdades públicas (enquanto complexo de poderes, de direitos e de garantias) não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, pois os direitos fundamentais projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal. (ADP 130/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO).

“COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.” (RTJ 164/757-758, Rel. Min. MARCO AURÉLIO)

Portanto, é inequívoco que, se exigidos mesmo nas relações estritamente privadas, os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa deverão ser observados nos procedimentos disciplinares no âmbito das empresas estatais. Pontua-se, entretanto, que esse reconhecimento não significa dizer que as estatais deverão adotar procedimentos disciplinares com rito e formalidades próprias de outras searas, tais como a penal ou mesmo a aplicável aos servidores públicos estatutários.

A incidência de mecanismos protetores do direito de defesa dos acusados comporta diferentes extensões, especialmente em razão do bem jurídico que está sob tutela. Nessa toada, observa-se um procedimento mais rigoroso nas questões administrativas disciplinares pertinentes a servidores estatutários, quando comparado com o processo judicial de ações civis, regra geral. Apenas para citar um exemplo, no primeiro caso, na hipótese de revelia deverá ser nomeado um defensor dativo⁶. Já nas ações civis, como regra, a revelia gera presunção de veracidade acerca das alegações formuladas pelo autor (art. 344, CPC). Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que o direito de defesa no processo penal deve ser mais inflexível do que nos processos disciplinares dos estatutários, quando dispôs que neste dispensa-se a defesa técnica feita por meio de advogado.⁷

Ainda assim, a par dessa discussão, não há observância aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa caso não sejam reconhecidos requisitos mínimos que permitam pelo menos o acusado conhecer contra quais alegações se defende e quais as provas que pesam contra si. Nesses processos em que se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, a transparência junto ao acusado é um desdobramento natural e lógico.

6 Lei nº 8.112/90

Art. 164. (...)

§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

7 Súmula Vinculante 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Contudo, a questão se problematiza na medida em que, nos procedimentos administrativos disciplinares de natureza investigatória as garantias ao contraditório e à ampla defesa não são aplicáveis, seja na administração direta ou indireta. De toda forma, ainda que não se exija o contraditório e a ampla defesa em todos os procedimentos disciplinares administrativos, vale lembrar que a LAI regulamentou a transparência como regra geral, aplicável inclusive às empresas estatais nos termos do seu artigo 1º, ainda que existam certas peculiaridades típicas da iniciativa privada já reconhecidas neste trabalho.

Nesse sentido, especificamente quanto ao acesso aos autos de procedimentos administrativos pelos próprios investigados, primeiro passo para a resolução do problema posto é reconhecer que os atos processuais praticados pelas empresas estatais que consubstanciam a atividade investigatória, tal como na punitiva, estão compreendidos no conceito de ato administrativo. São atos que, direta ou indiretamente, estão vinculados ao direito de punir agente público concursado, e como tal sujeito a regra geral da publicidade inerente à administração pública direta e indireta estabelecida no artigo 37 da Constituição da República:

*“São chamados de atos administrativos os atos produzidos pelo administrador público (**agente público**) manifestando a vontade da Administração. É o ato administrativo o principal veículo de manifestação da vontade da Administração”. – Destaque nosso*

Mukai (1999, p. 208)

*Segundo D’Abril (2007) também expedem atos administrativos, as entidades criadas para a execução de serviços públicos, como as autarquias, **empresas públicas, sociedades de economia mista**, as fundações, concessionárias e permissionárias prestadoras de serviços públicos e, pessoas físicas registradas no ramo comercial com nome de firma individual, enlaçadas ao Estado como permissionárias de serviço público. – Destaque nosso.*

Teixeira (2017, p. 1)

Assim, apesar das empresas estatais terem seus próprios procedimentos investigativos e disciplinares, na essência não pode haver significativas variações quanto à aplicabilidade dos princípios gerais do Direito e aos preceitos constitucionais. Isso porque, repita-se, o preceito fixado no artigo 5º, LX, da Constituição da República garantiria em regra a publicidade de todo **ato processual** administrativo ou judicial, ainda que se trate de um procedimento intitulado de meramente investigativo. Eventual restrição ao acesso deve ser feita por lei e com fundamento na intimidade ou no interesse social, conforme prescrito pelo inciso LX do artigo 5º da Constituição democrática.

Necessário dar destaque ao fato do STF ter consolidado, de forma vinculante, o direito do advogado ter acesso irrestrito à documentação constante de processo investigativo que diga respeito a seu representado:

Súmula Vinculante STF 14

*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados **em procedimento investigatório** realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. – Destaque nosso.*

Dos votos dessa súmula, extrai-se o seguinte trecho elucidativo:

O que não se quer é retirar dos advogados, na defesa dos clientes envolvidos nas investigações, o acesso aos elementos de prova que já tenham sido documentados. (...) há certos elementos que, embora já concluídos, indicam a necessidade de realização de outros. Não é fácil. É questão grave. Há certas diligências cuja realização não se exaure em si mesma, mas aponta para outras. (...)

*Isto é, as autoridades policiais continuarão autorizadas a estabelecer seu programa de investigação sem que os advogados lhe tenham acesso. O que não poderão evitar é apenas isso, e que me parece fundamental na súmula: os elementos de prova já coligidos, mas que não apontem para outras diligências, que não impliquem conhecimento do programa de investigação da autoridade policial, enfim que não cerceiem de nenhum modo o Estado no procedimento de investigação, esses não podem ser subtraídos do advogado. Então, ele terá acesso, mas evidentemente a autoridade policial estará autorizada a separar os elementos de inquérito. (...) **É nesses termos, Senhor Presidente, que voto. (...) não é aos autos do inquérito, é acesso aos elementos já documentados.** – Destaque nosso.*

Como consequência do direito de acesso à informação aos advogados dos legítimos interessados aos atos processuais reconhecido pelo STF, a legislação infraconstitucional passou a reconhecer de forma ainda mais evidente o direito dos advogados de acessar os autos dos processos administrativos e judiciais, conforme prescrito no Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994):

XIII - *examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;*

XIV - ***examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;***

XV - ***ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza,*** em car-

tório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais; - Destaques nossos. (...)

XXI - assistir a seus **clientes investigados** durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subseqüentemente, de **todos os elementos investigatórios** e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, **inclusive, no curso da respectiva apuração**; (...)

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente **poderá** delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. - Destaque nosso.

Sobre o último inciso, cite-se a interpretação da doutrina adotada como fundamento do Parecer n. 084/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU da Advocacia-Geral da União (AGU):

Segundo o Professor e Juiz Federal, Márcio André Lopes Cavalcante (...)

“A Lei nº 13.245/2016 deixa claro que o advogado pode examinar os autos de qualquer procedimento de investigação de qualquer natureza. Assim, não importa o nome que se dê ao procedimento, sendo certo que o advogado terá direito de acesso aos referidos autos. No âmbito do Ministério Público, por exemplo, a investigação é denominada “procedimento de investigação criminal” (PIC).

O advogado, além de ter acesso aos autos, tem direito de tirar cópias e realizar apontamentos (anotações). Isso pode ser feito tanto em meio físico como digital. É o caso, por exemplo, de um advogado que utiliza scanner portátil ou tira fotos, com seu celular, dos autos do procedimento.

Repare que a nova redação do inciso XIV utiliza a expressão “investigações de qualquer natureza”. Com base nisso, é possível afirmar que o direito dos advogados de ter acesso aos autos não se limita a investigações de infrações penais. Em outras palavras, o direito previsto no inciso XIV pode ser invocado para que o advogado tenha acesso aos autos de outras investigações, mesmo que não envolvam crimes. É o caso, por exemplo, das investigações disciplinares realizadas pela Administração Pública contra seus servidores (sindicâncias), das investigações nos âmbitos dos Conselhos Profissionais (CREA, CRM, CRO etc.), das investigações no CADE, na CVM, além do inquérito civil conduzido pelo Ministério Público. Em suma, o inciso XIV não mais se restringe a investigações criminais, como ocorria antes da Lei nº 13.245/2016”.

A norma legal obviamente impactou nas normas administrativas. Cite-se ad exemplum que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), através da Resolução n. 161/2017, alterou o parágrafo único do artigo 13 da Resolução 13/2006 a fim de garantir a publicidade das suas investigações nos seguintes termos:

Art. 13 **Os atos e peças do procedimento investigatório criminal são públicos**, nos termos desta Resolução, salvo disposição legal em contrário ou por razões de interesse público ou conveniência da investigação.

Parágrafo Único A publicidade consistirá:

I – na expedição de certidão, mediante **requerimento do investigado**, da vítima ou seu representante legal, do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de terceiro diretamente interessado;

II – **no deferimento de pedidos de vista ou de extração de cópias, desde que realizados de forma fundamentada pelas pessoas referidas no inciso I**, pelos seus procuradores com poderes específicos ou por defensor, mesmo sem procuração e independentemente de fundamentação, para estes últimos, ressalvadas as hipóteses de sigilo; - Destaques nossos.

Ademais, a Resolução n. 161/2017 alterou também o artigo 7º da Resolução n. 23/2007 do CNMP, reforçando a interpretação finalística de que mesmo os procedimentos investigativos são de livre acesso ao defensor do acusado, ainda que haja suposto sigilo:

Art. 7º (...)

§6º **O defensor** poderá, mesmo sem procuração, examinar autos de **investigações findas ou em andamento**, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

§7º **Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o §6º.**

§8º O presidente do inquérito civil poderá delimitar, de modo fundamentado, o acesso do defensor à identificação do(s) representante(s) **e aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.** – Destaques nossos.

É evidente pelas disposições da legislação o direito do advogado em acessar os autos dos procedimentos investigatórios. Logicamente, se o advogado tem o direito de acessar as investigações em nome e em razão de seu cliente, o próprio investigado também possui mesma prerrogativa, uma vez que o procurador o faz em defesa exclusivamente do direito do interessado. Tal conclusão fica mais evidente em procedimentos discipli-

nares porque, conforme entendimento a já citada Súmula Vinculante nº 5 do STF, a presença de advogado é facultativa.

A regra geral de publicidade não nos afasta de reconhecer a natureza inquisitorial das investigações. Trata-se de procedimentos que visam precipuamente reunir subsídios para a posterior formalização de um processo administrativo para a responsabilização do acusado e que, eventualmente, podem exigir o sigilo das medidas concretamente a serem executadas, o que está em conformidade com o interesse social de apuração das infrações danosas a recursos públicos, com guarida no artigo 5º, inciso LX, da Constituição da República. Por isso, na defesa desse interesse social, **é possível que a autoridade administrativa estabeleça excepcionalmente no curso da investigação, desde que de forma fundamentada, o sigilo oponível ao próprio investigado de certos atos dentro do procedimento**⁸.

De toda forma, há entendimento majoritário no sentido de que há necessidade do Estado demonstrar a existência de prejuízo a uma decisão decorrente da divulgação da informação:

*a Lei de Acesso à Informação não proíbe expressamente a divulgação de qualquer informação utilizada como fundamento de tomada de decisão antes da edição do ato ou decisão. Apenas estabelece a discricionariedade da Administração Pública para avaliar a conveniência de publicar ou não a informação antes da tomada de decisão. Ou seja, como qualquer decisão da Administração Pública, **a negativa de acesso a um documento preparatório deve ser justificada**, não estabelecendo a LAI uma restrição de acesso a todo e qualquer documento preparatório.*

*A restrição de acesso somente será admitida se a divulgação da informação prejudicar a efetividade da decisão, **como, por exemplo, nas sindicâncias investigativas**. (...)*

*essa hipótese de restrição, apesar de não ter prazo determinado, não pode durar ad aeternum. Ou seja, apesar da omissão legal, o fato da informação estar contida em documento preparatório somente pode ensejar a **negativa circunstancial da informação**. – Destaques nossos.*

CUNHA FILHO e XAVIER, 2014, p. 338 – In: Lei de Acesso à Informação: teoria e prática.

Então, até seria possível o sigilo das investigações, mas em razão de decisão necessariamente fundamentada nos termos fixados constitucionalmente, ou seja, “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (artigo 5º, inciso LX, da Constituição da República). A motivação em questão, como em todo ato administrativo, é essencial à validade do ato que fixa o sigilo de um procedimento administrativo:

⁸ Apesar de não aplicável aos empregados públicos, cita-se aqui, a título apenas de referência, que a Lei nº 8.112/90 previu expressamente a possibilidade de se atribuir sigilo aos procedimentos disciplinares, quando assim o for necessário para a elucidação dos fatos ou na defesa do interesse da Administração:

Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO ADMINISTRATIVA – REMOÇÃO – TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS - LIMINAR MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Pela Teoria dos Motivos Determinantes, **a validade do ato administrativo está vinculada à existência e veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a decisão adotada**, sujeitando o ente público aos seus termos. Verificando que os fundamentos que culminaram no indeferimento do pedido administrativo não ocorreram, o ato é nulo à luz da Teoria dos Motivos Determinantes. (AI 95667/2011, DES. MARIANO ALONSO RIBEIRO TRAVASSOS, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 18/05/2012, Publicado no DJE 28/05/2012) – Destaque nosso.

A divulgação ampla do procedimento investigatório poderia prejudicar até mesmo a decisão de instaurar o procedimento de responsabilização. Por isso, deve ser assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos, nem mais nem menos. Ao analisar a coexistência do sigilo das investigações com a Súmula Vinculante n. 14 em suas “Anotações Sobre Processo Administrativo Disciplinar”, Marcos Salles Teixeira aponta genericamente situações que justificam a restrição:

Com isto, a Corte especificou claramente a não autorização de acesso a **diligências (no sentido amplo do termo) não só em andamento ou ainda em fase de deliberação mas também até diligências que embora já concluídas possam indicar a necessidade de realização de outras**, deixando, neste aspecto, a autorização residual de acesso a elementos de prova já operacionalizados, documentados e atuados e que se exaurem em si mesmos, que não apontem para a realização de outras diligências **ou que não impliquem conhecimento da estratégia de investigação**. – Destaques nossos.

Concretizando esse raciocínio, à título de exemplo e considerando que a investigação é um procedimento preliminar para posterior decisão administrativa, a apreensão de documentos físicos e digitais ligados à atividade profissional de um empregado público poderia ser frustrada se a diligência não tramitasse sob sigilo⁹. Essa forma de proceder guarda consonância com o entendimento da Suprema Corte que, conforme já esclarecido, conciliou a aplicação de dois preceitos constitucionais, o da segurança pública e o da ampla defesa¹⁰, pres-

9 A Nota Técnica Coger nº 2012/2 sugere que a documentação dessas medidas seja feita de forma apartada aos autos da investigação:

“7. Em outras palavras, havendo pedido de acesso, vista, cópia ou informação, em sede de investigação preliminar, sindicância investigativa / preparatória e sindicância patrimonial, por parte do servidor investigado, seja pessoalmente, seja por intermédio de procurador, o pleito será atendido ao tempo da solicitação, exclusivamente no que pertine aos elementos já devidamente atuados e cuja linha investigativa exaure-se em si mesma ou ainda que não apontem para a realização de outras diligências.

8. As informações consideradas reservadas, seja para preservar a eficácia e o sigilo das investigações, seja para salvaguardar dados, fatos ou situações concernentes à Administração ou relativos a terceiros, quando já encartadas nos autos, devem ser apartadas / desentranhadas daquelas cujo o acesso seja disponibilizado ao requerente.”

10 Ou como melhor se manifestou o então Ministro Carlos Ayres Britto durante o debate que resultou na edição da Súmula

crevendo o direito de o investigado ter acesso às provas que já estivessem formalmente produzidas. Desse modo, não haveria prejuízo para as investigações, restando preservada a estratégia de apuração e a coleta das provas e assegurado o direito de defesa do investigado.

Sobre o assunto, transcrevemos novamente o entendimento de Teixeira, ao qual nos filiamos:

Por óbvio que - ainda que se reconheça que a mencionada Súmula Vinculante teve sua edição dirigida à instância criminal, que prevalece o princípio da independência das instâncias e que a persecução penal atinge bem jurídico indisponível da pessoa, que é sua liberdade, sabidamente mais relevante que o vínculo jurídico-estatutário firmado entre servidores e o Estado - o entendimento em tela também deve repercutir na instância disciplinar, com as devidas adequações. Em outras palavras, havendo pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento, em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), por parte do servidor representado, denunciado ou investigado, seja pessoalmente, seja por intermédio de procurador, deve o pleito ser deferido exclusivamente no que pertine aos elementos já devidamente autuados - como determina, inclusive, o já mencionado princípio da comunhão da prova - e cuja linha investigativa exaure-se em si mesmos ou ainda que não apontem para a realização de outras diligências. De se destacar, de um lado, que tal entendimento supera inclusive eventual classificação de informação em grau reservado de sigilo, nos termos do inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (a Lei de Acesso à Informação Pública), por se ter compreendido que a disponibilização poderia comprometer atividades de inteligência, fiscalização ou investigação. Diante da relevância do pleito formulado pelo próprio servidor representado, denunciado ou investigado, aquela cláusula de reserva deve ser afastada a favor do peticionante. Mas, de outro lado, também se ressalte que aqui não se defende a irrestrita concessão a favor do peticionante, podendo, se for o caso, o exercício do direito constitucionalmente assegurado ser efetivado e satisfeito parcialmente, se houver linhas investigativas ainda incipientes, para as quais a dinâmica ponderação de princípios em confronto autoriza que a Administração, à luz dos entendimentos externados pela interpretação histórica da edição da Súmula Vinculante nº 14 do STF, obstrua o conhecimento do interessado.

Ressalve-se apenas que não é facultado ao Estado deixar de juntar aos autos deliberadamente documentos com o único intuito de impedir aos interessados o acesso à informação. A manutenção em apartado de qualquer documento produzido em uma investigação só se justifica se a finalidade do próprio procedimento assim o exigir.

Vinculante 14: "Se, de um lado, temos direitos e garantias individuais em matéria penal, de lastro constitucional, também de lastro constitucional temos a consagração do princípio da justiça penal eficaz. (...). Penso, portanto, que a redação da súmula deve encerrar, encarnar um mandato de otimização. Ela deve ter a virtude de consubstanciar um verdadeiro mandato de otimização entre esses princípios igualmente constitucionais."

Portanto, é indiscutível que o sigilo estabelecido em normas administrativas deve ser sempre interpretado à luz do preceito constitucional da publicidade e também da Lei de Acesso à Informação. Isso significa que não há um sigilo automático e geral para toda investigação oponível irrestritamente inclusive aos investigados; forçosamente concluir que o sigilo teria de ser determinado específica e fundamentadamente no procedimento. É nesse sentido que a já citada Portaria 335/2006 da CGU reconhece a possibilidade de sigilo das investigações preliminares e da sindicância investigativa. Por isso, o “Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais” da CGU, de novembro de 2015, prevê a possibilidade do interessado conhecer dados das investigações:

*sugere-se que as empresas estatais adotem medida que, ao mesmo tempo em que **assegure a publicidade dos seus atos**, resguarde a imagem de seus empregados. Para tanto, a recomendação é de que a **instauração de procedimentos de natureza disciplinar seja ato público** dentro da seara empresarial, mas sem que seu conteúdo traga qualquer disposição sobre os fatos sob apuração e referência aos empregados investigados. Nesse sentido, opina-se pela publicação de ato que só faça referência à comissão incumbida de conduzir o procedimento apuratório e ao número do processo a que se refere.*

Essa, inclusive, é a mesma solução adotada no caso dos processos disciplinares regidos pela Lei nº 8.112/1990. (...)

***Outro dado importante que, de regra, deve constar do documento que dá início ao procedimento disciplinar é o prazo para a conclusão dos trabalhos.** Nesse ponto, deve-se observar o quanto estipulado no regulamento interno da estatal e, na falta de previsão específica, é possível se socorrer do quanto previsto na Lei nº 8.112/90, que estabelece um prazo de 60 dias, prorrogáveis por igual período, para a conclusão do processo administrativo disciplinar (art. 152).*

Ressalta-se, entretanto, que a extrapolação do prazo máximo estipulado no regulamento interno, desde que precedido de decisão do dirigente responsável pela instauração do procedimento prorrogando o prazo, não nulifica o procedimento, que pode se estender pelo prazo necessário para a conclusão das investigações. (...)

***é importante observar que o empregado acusado tem o direito de conhecer quem são os indivíduos que conduzirão o procedimento**, para que possa arguir eventual suspeição ou impedimento daqueles, como forma de garantir imparcialidade nas conclusões da investigação. – Destaques nossos.*

Fonte: http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_estatais.pdf.

Também é com esse enfoque publicista que deve ser analisado o anteriormente mencionado Enunciado CGU n.º 14, de 31 de maio de 2016. Verifica-se que o termo “procedimentos disciplinares” engloba toda modalidade de apuratório, inclusive as investigativas, e que o texto impõe a restrição de acesso oponível

apenas para terceiros. Logo, por interpretação contrário senso, o investigado tem o direito de acesso à informação antes mesmo da conclusão da investigação.

Ainda que se reconheça a possibilidade extraordinária do sigilo fundamentado das investigações, a mesma é temporária e parcial em razão do disposto no §2º do artigo 7º da Lei de Acesso à Informação, não impedindo o acesso aos elementos já documentados nos autos do procedimento.

Dessa forma, a restrição de acesso a investigação pode ser oposta ao interessado se ainda estiver em curso e, cumulativamente, estiver fundamentada na defesa da intimidade de terceiros ou no interesse social, tal como a garantia de que a finalidade do próprio procedimento seja atingida.

Foi com esse enfoque que a CGU, em caso ímpar discutido no parecer de NUP 99909.000066/2017-90, relativo a pedido de acesso à informação envolvendo interesse de empregado público do GRUPO PETROBRAS, determinou o acesso às investigações ao próprio investigado, na medida em que não se verificou qualquer prejuízo à finalidade da investigação.

Nesse caso concreto, a empresa estatal havia indicado para a CGU os seguintes riscos:

Com relação à possibilidade de o denunciado ou qualquer outro empregado conhecer o teor da investigação antes do encerramento do rito de apuração, os seguintes prejuízos podem ser alcançados:

1- Risco ao anonimato do denunciante: O denunciado, ao tomar conhecimento prévio do relato da denúncia, pode vir a identificar o denunciante através do grau de conhecimento dos processos demonstrado no relato, tanto pela forma de escrever como pelo conteúdo das informações prestadas, fato que, por vezes, pode comprometer a integridade física e/ou moral do denunciante, o que afeta um aspecto salutar para o bom funcionamento do canal de denúncias – a credibilidade - item essencial em um programa eficaz de Compliance.

2- Risco de destruição, ocultação ou deturpação de documentos ainda não solicitados ou avaliados, bem como de produção de documentos falsos com o propósito de dissimular e comprometer o entendimento dos fatos ora em apuração.

3- Perturbação externa: ao tomar conhecimento da documentação avaliada e do avanço do processo investigativo, o denunciado pode tentar interferir na investigação, com o objetivo de modificar artificialmente a sua conclusão, através do contato com outras pessoas que participaram do processo que eventualmente podem ser chamadas a prestar informações, pessoas influentes, chantagens, ameaças, suborno, dentre outros artifícios, com finalidade de induzir a equipe de investigação a conclusões equivocadas.

A estatal acrescentou ainda que, dentro da autonomia constitucionalmente garantida, as regras do Grupo não

permitiam a disponibilização de informações relativas às investigações em curso, ainda que para o próprio investigado:

O procedimento interno da Petrobras não permite disponibilidade parcial das informações. Além disso, o conhecimento, por parte da equipe investigatória, de novos fatos que modificam as conclusões antecipadamente divulgadas, resultará em risco à Companhia.

Outrossim, esclarecemos que, em nenhum momento a PETROBRAS se nega a fornecer o acesso aos relatórios finais de apuração de denúncia e de CIA. Os mesmos podem, ao final do procedimento, ser disponibilizados ao investigado. Esta Companhia assegura, aos interessados, o devido acesso, com as partes que lhe dizem respeito, e aos entrevistados, a cópia do Termo de Declaração, após a conclusão dos respectivos procedimentos.

Em sua decisão, a CGU afastou o argumento de que o acusado não poderia ter acesso às investigações em curso sob o argumento de que essas informações constituiriam documento preparatório para posterior instauração de processo apuratório de responsabilidade, pois reconheceu o acusado como legítimo interessado e entendeu ser aplicável ao caso concreto a Súmula Vinculante do STF nº 14 regulamenta inclusive o acesso a processos administrativos, sem qualquer embargo a sua natureza investigatória. Ademais, afastou os riscos à finalidade do procedimento apontados pela empresa estatal, tudo conforme trecho abaixo colacionado:

33. Some-se a isso o fato já relatado de que a existência de procedimento em curso no qual o empregado figura como denunciado, investigado ou acusado configura limitador ao direito de gozar da indenização prevista pelo PIDV, o que ocorreu no caso sob exame. Logo, é inconteste que o requerente figura na condição de interessado no processo, conforme conceito estabelecido pela Lei nº 9.784/99:

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

(...)

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

34. Por fim, nenhum dos argumentos apresentados pelo ente recorrido ao questionamento da letra 'd' (explicação detalhada sobre o eventual prejuízo para o procedimento na hipótese de o interessado conhecer do mesmo imediatamente) configuram justificativa hábil a amparar restrição de acesso aos autos ao próprio investigado.

35. Como primeira observação, cabe ressaltar que se as três premissas apresentadas (risco ao anonimato do denunciante; risco de destruição, ocultação ou deturpação de documentos e perturbação externa) fossem adotadas em todas as esferas de investigação conduzida pelo Estado, qualquer procedimento de caráter punitivo teria de ser necessaria-

mente inquisitorial, sigiloso e sem possibilidade de contraditório, o que fere de morte princípios basilares do Estado de Direito. Isto porque tais situações constituem riscos inerentes a qualquer processo acusatório, seja ele administrativo, disciplinar ou penal. Para conter tais riscos, existem remédios específicos, com amparo legal e que preservam a garantia constitucional à ampla defesa. Tratemos de analisar individualmente os três empecilhos indicados pela Petrobras.

36. Quanto à proteção ao anonimato do denunciante, cumpre destacar que a CGU já emitiu orientação acerca dos procedimentos a serem adotados para proteger a identidade daquele que apresentar notícia de irregularidades na Administração. Trata-se da Instrução Normativa Conjunta nº 1 CRG/OGU, de 24 de junho de 2014, que estabelece o dever da ouvidoria em “garantir acesso restrito à identidade do requerente e às demais informações pessoais constantes das manifestações recebidas (art. 3º)”. Ademais, não se recomenda a juntada aos autos de procedimentos investigativos de dados que identifiquem o denunciante. Eventuais fatos relevantes que constem da denúncia devem ser reproduzidos na portaria que inaugura a investigação, sem revelar a identidade do denunciante.

37. A inutilização, ocultação e modificação de documentos é preocupação que a Administração deve ter independente da existência de investigação em curso. O estabelecimento de mecanismos de procedimentos digitalizados, cópias de segurança e outros meios de guarda de documentos sensíveis são controles mínimos esperados de instituições públicas, notadamente as de porte de empresas estatais do porte das do grupo Petrobras, estejam elas sujeita a processos apuratórios ou não, uma vez que são medidas de governança que as protegem sob os mais diversos aspectos. Excepcionalmente seria possível restringir o acesso por prazo determinado a fim de que as diligências de levantamento de elementos de prova se consumem, desde que exista risco concreto e iminente de destruição dos mesmos caso a realização da diligência seja previamente divulgada.

38. Ademais, é importante repisar que não se está aqui advogando que o denunciado deve ter notícia de toda e qualquer investigação em curso a seu desfavor. Ao contrário, é esperado que haja diligência e eficiência na apuração, para sucesso no esclarecimento dos fatos. Todavia, uma vez que o investigado tenha conhecimento do procedimento em seu desfavor, em especial quando a apuração causa prejuízo a direito seu, não se pode opor sigilo ao seu conteúdo, conforme entendimento pacífico do STF.

39. Por fim, os exemplos elencados como sendo de perturbação externa devem ser tratadas de acordo com a gravidade do caso, inclusive com a devida representação de notícia de possível crime, se for essa a situação (como o será se verificada a ocorrência de ameaça, suborno ou chantagem). Havendo fundado receio ou indício da ocorrência de perturbação

da apuração por parte do investigado, a estatal deve analisar a possibilidade de suspensão temporária de suas funções ou mudança de sua lotação, como medidas cautelares. O que não é razoável é a restrição de um direito constitucional (ampla defesa) sob o argumento de se evitar conduta claramente ilícita, que se espera seja comportamento de exceção.

40. Pelo exposto, recomenda-se o provimento do recurso, a fim de que o legítimo interessado tenha acesso aos elementos investigativos já documentados. Sugere-se ainda, para conhecimento, o encaminhamento do presente parecer à Corregedoria-Geral da União, pela pertinência temática.

5. Considerações finais

A regra dos procedimentos administrativos investigatórios de fato não é a publicidade, haja vista ser procedimento em curso ser classificado como preparatório de eventual processo disciplinar de responsabilização, além de que conter ainda eventualmente informações pessoais sensíveis e sigilosas a exigir prévia triagem da documentação, tais como dados bancários e financeiros. Assim, terceiros somente podem ter acesso aos autos após a tomada definitiva de decisão e ainda assim mediante a tarja das informações legalmente protegidas¹¹.

Entretanto, a restrição de acesso prevista no § 3o do artigo 7o da Lei de Acesso à Informação não pode afastar o direito de acesso à informação do investigado¹², pois há norma mais específica determinando o direito de acesso às investigações administrativas. No sentido de que a publicidade em tese seria ainda mais ampla e imponível aos advogados, cite trecho da Parecer n. 084/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU que se pauta na nova redação o inciso XIV do artigo 7o do Estatuto da Advocacia:

*“Ademais, trata-se de lei nova que pelo critério cronológico seria capaz de revogar normas anteriores de mesma hierarquia. Este critério cronológico até poderia ser afastado pelo critério da especialidade. Entretanto, **não nos parece razoável defender que o acima transcrito §3º do art. 7º da Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/11, seja mais específico do que a nova norma prevista pelo inciso XIV do art. 7º do Estatuto da OAB, Lei 8.906/94, com a redação da Lei nº 13.245/2016.** Pelo contrário, tal norma nova desce ao detalhe de dizer que o acesso aos autos será possível até mesmo para quaisquer investigações findas ou em andamento, ainda que conclusa à autoridade.*

Ora, numa interpretação sistemática das normas jurídicas e m conflito, só nos resta concluir que o § 3º do art. 7º da Lei de Acesso à Informação permitia que o acesso aos

11 § 2º do artigo 7o da LAI.

12 “Art. 7o (...) § 3o O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.”

documentos utilizados como fundamento da tomada de decisão só seria facultado após a edição do ato decisório respectivo. Contudo, com o advento do novo inciso XIV, do art. 7º do Estatuto da OAB, essa regra anterior foi superada por outra mais nova e até mais específica que diz que o acesso aos autos será permitido ao advogado até mesmo quando os autos estejam conclusos para a autoridade.

Ou seja, a lei nova fecha qualquer possibilidade de interpretação com base no § 3º do art. 7º da Lei de Acesso à Informação, pois nesta lei autorizava-se a restrição ao acesso a documentos antes deles serem analisados pela autoridade competente, mas agora, a lei nova fala expressamente que o acesso amplo e total, em qualquer fase do processo, deve ser sempre facultado ao advogado.” – Destaque nosso.

Da mesma forma, o Estado não pode fundamentar o acesso aos autos em razão de informações pessoais referentes ao próprio investigado, haja vista que a restrição de acesso nesse caso somente existe para a proteção de seu próprio interesse contra terceiros curiosos.

Assim sendo, o investigado possui o direito de acesso aos autos, sendo admissível a possibilidade excepcionalmente da autoridade administrativa estabelecer no curso da investigação, desde que de forma fundamentada na defesa da intimidade de terceiros ou no interesse social, o sigilo oponível ao próprio investigado de certos atos dentro do procedimento. Havendo informações que revelem a intimidade de terceiros, é o caso de disponibilizar as informações de interesse do investigado restringindo acesso apenas parcialmente aos dados sensíveis de terceiros.

A leitura que deve ser feita das normas e orientações estabelecidas pela CGU e retro mencionadas, portanto, é no sentido de se reconhecer a existência do sigilo dos procedimentos administrativos disciplinares investigatórios em curso no que se refere à terceiros juridicamente desinteressados e somente em caráter temporário e extraordinário ao próprio investigado.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017.

BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei n. 12.527/11. Diário Oficial da União 16/05/2012.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração pública Federal. Diário Oficial da União: 01/02/1999.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Diário Oficial da União 18/11/2011.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo; XAVIER, Vítor César Silva. *Lei de Acesso à Informação: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

IVANEGA, Miriam Mabel. La Responsabilidad Disciplinaria como Instrumento de Transparencia y Eficiencia de La Gestión Pública. In: CELY, Martha Lúcia Batista; SILVEIRA, Raquel Dias da (coord). *Direito Disciplinário Internacional: estudos sobre a formação, profissionalização, disciplina, transparência, controle e responsabilidade da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KEHDI, André Pires de Andrade. O sigilo da ação penal: aspectos gerais. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMDEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MCDONAGH, Maeve. The Right to Information in International Human Rights. *Human Rights Law Review*, February 2013

MENEZES, Saulo Santos Hagge. Fato administrativo, ato da administração e ato administrativo. In: <https://saulohagge.wordpress.com/2013/09/04/fato-administrativo-ato-da-administracao-e-ato-administrativo/>. Acesso em 31/05/2017.

MORAES, Maurício Zanoide de. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMDEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

RAMINA, Larissa L. O. *Ação Internacional Contra a Corrupção*. Curitiba: Juruá, 2002.

TEIXEIRA, Marcos Salles. *Anotações Sobre Processo Administrativo Disciplinar*. In: http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/anotacoes-sobre-pad_2017.pdf - Acesso em 31/03/2017.

WEDY, Gabriel. *Processo e procedimento*. In: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/75-artigos-jul-2007/5645-processo-e-procedimento> - Acesso em 31/05/2017.