

PARECER DA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: PGE 18488-1056514/2011

PARECER: PA nº 6/2012

INTERESSADA: Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP

EMENTA: **PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO.** Autarquia. Agência reguladora. Transparência e democracia. Constituição da República. Princípio da publicidade da Administração (artigo 37, *caput*). Direito fundamental de informação (artigo 5º, XXXIII). Dever de publicidade dos atos processuais (artigo 5º, LX). Publicidade como regra e sigilo como exceção. Interpretação conforme a Constituição, do artigo 64 da Lei estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual. Norma válida em relação a certo número de casos e inválida em relação a outros, em que não há fundamento constitucional para o sigilo. Decisão sobre a restrição da publicidade dos procedimentos sancionatórios a ser motivadamente tomada, caso a caso, pelo diretor-presidente da autarquia, na forma regimental.

A norma do caput do artigo 64 da Lei Estadual de Processos Administrativos tem aplicação restrita às hipóteses em que a Constituição da República, intermediada ou não por lei, admita o sigilo como exceção à regra da publicidade.

1. Ao reportar-se a pleitos da imprensa e de usuários dos serviços regulados para que ganhem acesso a informações sobre processos administrativos em trâmite na autarquia, a Superintendência de Relações Institucionais da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – Arsesp formulou consulta jurídica nestes termos:

1. O sigilo do procedimento sancionatório previsto no art. 64, da Lei nº 10.177/98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual, aplica-se à Arsesp? Considerando que a fiscalização e eventuais processos punitivos são atividades centrais da Arsesp, até que ponto a Agência poderia deixar de dar publicidade de suas atividades aos usuários?

2. Caso entenda-se pela aplicação do art. 64 da Lei nº 10.177/98 aos procedimentos punitivos da Arsesp, quais informações poderiam ser divulgadas pela Agência

sobre as fiscalizações e eventuais processos sancionatórios com intuito de prestar contas de suas atividades (regulação, fiscalização e controle) à população? Por exemplo, poderiam ser divulgadas informações sobre a existência e o trâmite de processo sancionatório, bem como o valor da multa aplicada? O objeto da fiscalização e as infrações constatadas poderiam ser informados à população? Nesse caso, o que deveria ser mantido em sigilo pela Arsesp seria a vista dos autos e a obtenção de cópias de documentos neles contidos, salvo em relação ao acusado, seu procurador ou terceiro que demonstre legítimo interesse?

3. O sigilo previsto na Lei nº 10.177/98 aplica-se aos processos da área de energia elétrica, delegados pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, os quais são disciplinados pela Resolução Aneel nº 063/2004 e submetem-se à legislação federal sobre processos administrativos?

4. O mencionado artigo limita o sigilo *até decisão final*. Se a Arsesp exarar sua última decisão, contudo ainda passível de recurso à Aneel, pode-se entender que houve decisão final no âmbito de atuação da Arsesp encerrando-se, assim, o sigilo?

(fls. 5/6)

2. Em parecer, a Consultoria Jurídica da Arsesp concluiu que, em relação aos serviços de *gás canalizado e de saneamento básico* de titularidade do estado de São Paulo regulados pela autarquia, aplica-se integralmente a disposição da lei estadual de processos administrativos que determina o sigilo dos procedimentos sancionatórios. Desse modo, no sentir do órgão jurídico, apenas as informações sobre apurações prévias àqueles procedimentos poderiam ser divulgadas, observando-se, a partir da lavratura do auto de infração e até a decisão final e irrecorrível, “estrito sigilo quanto à imputação (a multa cabível, por exemplo), ao imputado e ao procedimento de imposição de penalidade a este último”. Já no que tange aos procedimentos sancionatórios de competência delegada pela União, mirados em serviços de distribuição de energia elétrica, a divulgação de informações seria livre, em virtude de norma federal que impede o tratamento reservado de casos tais. De resto, a peça opinativa sugeriu a alteração do dispositivo da lei estadual que impõe o sigilo, bem como a oitiva desta Especializada sobre a matéria, de interesse da Administração Pública em geral (fls. 8/26), ao que anuiu a chefia do órgão jurídico (fls. 27).

3. Assim é que, mediante ofício, a Secretaria Executiva da Arsesp transmitiu cópia do expediente à Subprocuradoria-Geral do Estado da Área da Consultoria-Geral (fls. 2), que determinou autuação e remessa à Procuradoria Administrativa para exame da matéria suscitada no parecer da origem (fls. 29).

4. Passo a opinar, portanto, *à vista dos documentos* reproduzidos pela autarquia consulente, os quais, suponho, formam a cópia integral dos autos do processo

original em que a consulta foi feita. E, a despeito da qualidade do parecer da Consultoria Jurídica da Arsesp, não estou convencido de que exista o dever jurídico de sigilo nos processos administrativos punitivos que tramitam na autarquia reguladora, ainda que a eles sejam aplicáveis, em tese, as normas da Lei estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998.

5. Em matéria de transparência das funções públicas, tem-se invocado muito, e com muita razão, a lição de NORBERTO BOBBIO, para quem a democracia soava como o “governo do poder público em público”, isto é, o governo aberto ao escrutínio do povo, cuja soberania não cessa no escrutínio das urnas¹. Se “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República), pode-se dizer que a transparência no trato da coisa pública serve perfeitamente a dois dos princípios que gravitam em torno do *princípio democrático*, no qual se assenta o regime político brasileiro: ao *princípio representativo*, porque estreita relações entre os mandatários políticos e o povo; e ao *princípio participativo*, porque favorece o exercício direto do poder por seu titular, nas várias formas em que é constitucionalmente assegurado a qualquer do povo participar da formação dos atos de governo².

6. Ao discorrer, não por acaso, sobre a mencionada concepção do jusfilósofo italiano, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO transmitiu com maestria a importância capital da

1 Em voto lapidar já citado por esta Procuradoria Administrativa no Parecer PA nº 144/2001, o ministro CELSO DE MELLO, do Supremo Tribunal Federal, lembrou que “alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo ‘perigoso fascínio do absoluto’ (...), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em ‘praxis’ governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (**O Futuro da Democracia**, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério” (HC nº 284/DF, Tribunal Pleno, relator ministro CELSO DE MELLO, julgado em 22/11/1992).

2 Como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, “o sistema de partidos, com o sufrágio universal e a representação proporcional, dá à democracia representativa um sentido mais concreto, no qual desponta com mais nitidez a *ideia de participação*, não tanto a individualista e isolada do eleitor no só momento da eleição, mas a coletiva organizada. Mas será ainda participação representativa, que assenta no princípio eleitoral. Ora, qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual dessa expressão. A eleição consubstancia o princípio representativo, segundo o qual o eleito pratica atos em nome do povo. O *princípio participativo* caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo.” (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, 33. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 141, destaques no original).

transparência em nosso Estado constitucional: “Na realidade, a ideia de transparência é mais ampla do que a publicidade. A transparência também não é sinônimo de publicidade. Ela tem um sentido muito mais amplo, porque abrange os princípios da publicidade, da motivação, da participação, do devido processo legal; nela se insere o direito à informação, o direito à obtenção de certidão, o direito de acesso ao processo. A transparência garante a visibilidade das ações do governo. Permite a fiscalização do exercício do poder pelo cidadão, pois, para exercer o direito de petição, para denunciar irregularidades, para propor ação popular, ele precisa conhecer as decisões e as respectivas motivações. Permite o controle pelos poderes instituídos: controle interno, pela própria Administração Pública, e controle externo, pelos Poderes Judiciário e Legislativo, este último com o auxílio do Tribunal de Contas”³.

7. Das inúmeras disposições constitucionais que tendem à realização do princípio democrático pelo *ângulo* da transparência do exercício das funções públicas, detenho-me em três delas, cuja compreensão me parece fundamental a esta exposição: a primeira é a que acolhe o *princípio da publicidade* da Administração Pública (artigo 37, *caput*); a segunda, a que garante a qualquer pessoa receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas as que ponham em risco a segurança da sociedade e do Estado (artigo 5º, XXXIII); e a terceira é a que impede a restrição da publicidade de atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (artigo 5º, LX).

8. A elevação da publicidade à *categoria de* princípio constitucional da Administração Pública significa que toda atividade administrativa expõe-se ao conhecimento do povo, como é natural à *ideia de* democracia enfatizada por BOBBIO. Mas não só isso: denota que a publicidade só pode ter limite noutros princípios e regras da própria Constituição, corpo formado “não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário”⁴. Até o ponto em que esse todo unitário passe a exigir contenção, a Administração tem de ser irrestritamente cognoscível pelos administrados, de sorte que mesmo “A lei infraconstitucional não pode prever hipóteses novas de sigilo, mas apenas disciplinar o sigilo já previsto na Constituição”⁵.

3 “Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo”, in: *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil* / ALEXANDRE DE MORAES (coord.). São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 202-203.

4 JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 39.

5 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *op. cit.*, p. 204.

9. Seguro da qualidade transcendental do princípio constitucional da publicidade, HELY LOPES MEIRELLES já advertia que ele “abrange toda atuação estatal, não somente sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isso é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais”⁶.

10. Por outras palavras, a Administração tem o dever jurídico, *incontrastável pela norma infraconstitucional*, de fazer-se vista e, especialmente quando provocada, de expor-se de forma transparente aos administrados. É desse último aspecto do princípio da publicidade que cuida, especificamente, o inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição, ao fazer a ponte entre o dever do Poder Público de informar e o direito fundamental de informação que assiste aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Tal direito, afirmado por esse inciso como verdadeiro direito subjetivo público, compreende *não* apenas a informação de interesse pessoal, mas também a informação de interesse metaindividual, pertencente a um grupo determinado (*coletivo*) ou a uma generalidade indefinida de pessoas (*geral*); e engloba qualquer ato ou processo administrativo, ainda que em formação ou em curso, sem outras ressalvas que as de ordem constitucional⁷.

6 **Direito Administrativo Brasileiro**, 34. ed. atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO *et. al.* São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 97. Vale notar que, a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, mais um dispositivo constitucional passou a assegurar o direito de informação, atribuindo à lei a tarefa de disciplinar “o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo” (artigo 37, § 3º, II).

7 Em monografia sobre o tema, WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR defendeu justamente isto: “além de dever, a publicidade configura o direito de ter-se ciência da existência e do conteúdo dos atos da Administração, não se limitando aos atos já praticados ou em etapa de aperfeiçoamento pela publicação e estendendo-se a todo processo de formação do ato administrativo, inclusive os preparatórios de efeitos internos, ressalvados os atos cuja publicidade seja restrita em termos limitados”. Mais adiante, o autor salientou: “O direito de informação é a mais eloquente manifestação do direito subjetivo público de acesso no ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal). Direito de natureza difusa, é catalogado como coletivo por envolver interesses particulares, coletivos e gerais, abrangendo todas as esferas da Administração Pública direta ou indireta. Diferentemente do direito de certidão, no direito de informação é descabida

11. No que toca, particularmente, aos processos conduzidos pelo Estado, sejam eles administrativos ou judiciais, a Constituição da República leva adiante o propósito de conferir ao princípio da publicidade um alcance quase sideral. Não admite o inciso LX do artigo 5º que a lei restrinja a publicidade dos atos processuais, salvo “*quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”. Com isso, reforça a noção de que apenas em caráter excepcional o sigilo pode ser tolerado, mesmo quando a atividade estatal vise à administração de litígios ou à imposição de penalidades; reconhece que, embora possam envolver interesses individuais, os processos têm uma dimensão pública para cuja preservação o imperativo de publicidade, em regra, tem de concorrer.

12. Estabelecidas essas premissas em matéria constitucional, chego aos processos administrativos da autarquia incumbida de regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços de gás canalizado e saneamento básico de titularidade do estado de São Paulo, bem como os serviços federais de energia e os municipais de saneamento básico que lhe sejam delegados. A tais processos o artigo 3º da Lei Complementar estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007, que instituiu a Arsesp, faz menção desta forma:

Artigo 3º - O regimento interno da Arsesp conterá as normas de processo administrativo aplicáveis a todos os seus procedimentos decisórios, inclusive os de apuração de infrações, observada a legislação em vigor, especialmente a Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, e, no caso de competência regulatória delegada, as leis e regulamentos do ente delegante.

§ 1º - Toda decisão tomada no âmbito da Arsesp deverá ser baseada em processo administrativo devidamente instaurado e instruído, sendo vedada a tramitação de qualquer documento ou expediente que não tenha sido objeto de autuação.

§ 2º - Os atos praticados pela Arsesp são públicos e serão disponibilizados na rede mundial de computadores para consulta, salvo se protegidos por dever de confidencialidade ou sigilo.

13. À primeira vista, o legislador paulista parece ter sido fiel à lógica do constituinte republicano quanto à publicidade dos atos administrativos: em artigo cujo *caput* versa sobre normas de processo administrativo aplicáveis a todos os proce-

a exigência de interesse direto ou pessoal, pois consiste no direito subjetivo público de se informar sobre todos os aspectos da gestão administrativa, ressalvados casos de sigilo”. E concluiu: “a recusa na prestação deve ser motivada e só encontra fundamento nas restrições à publicidade administrativa da própria Constituição (art. 5º, X, XXXIII e LX)” (“Princípio da publicidade”, in: *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público* / THIAGO MARRARA (org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 244 e 247-248).

dimentos decisórios da autarquia, “inclusive os de apuração de infrações”, incluiu parágrafo afirmando a publicidade como regra (“Os atos praticados pela Arsesp são públicos...”) e o sigilo como exceção (“salvo se protegidos...”).

14. Remeteu o legislador no mesmo *caput*, entretanto, à disciplina da lei paulista de processos administrativos – a Lei estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998 –, cujo artigo 64 diz exatamente o seguinte:

Artigo 64 – O procedimento sancionatório será sigiloso até decisão final, salvo em relação ao acusado, seu procurador ou terceiro que demonstre legítimo interesse.

Parágrafo único – Incidirá em infração disciplinar grave o servidor que, por qualquer forma, divulgar irregularmente informações relativas à acusação, ao acusado ou ao procedimento.

15. Daí a pertinência de indagar, como feito nestes autos, se a regra de sigilo dos procedimentos sancionatórios do artigo 64 da Lei nº 10.177/1998 é aplicável aos procedimentos decisórios de apuração de infrações que a Arsesp conduz no exercício de competência regulatória não delegada. Dado que processos administrativos sancionatórios ou punitivos são todos aqueles promovidos pela Administração “para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato”⁸, estariam os atos desses processos, como um todo, afastados do dever de publicidade pela ressalva da parte final do parágrafo 2º do artigo 3º da Lei Complementar estadual nº 1.025/2007?

16. Se a resposta for positiva, tende a criar-se, como sugeriu o parecer já dado nestes autos, uma situação incoerente: resguarda-se o sigilo a partir do auto de infração, marco seguro da instauração do procedimento sancionatório, mas se permite publicidade antes disso, enquanto ainda não se tem mínima certeza quanto à infração e sua autoria. Poderiam divulgar-se livremente, por exemplo, severas irregularidades constatadas na fiscalização de uma prestadora de serviços regulados, ainda que, mais tarde, tais irregularidades viessem a ser cabalmente infirmadas antes mesmo de desaguarem em auto infracional⁹. Para os fins a que supostamente se destina, seria quase inútil a previsão legal de sigilo dali em frente.

17. Penso de outro modo: o artigo 64 da lei estadual de processos administrativos tem de ser interpretado e aplicado de acordo com a Constituição e com o

8 HELY LOPES MEIRELLES, *op. cit.*, p. 702.

9 O Regimento Interno da Arsesp, aprovado pela Deliberação nº 53, de 27 de abril de 2009, estabelece que “A lavratura de auto de infração será precedida por expedição de Termo de Notificação, que indicará as não conformidades verificadas e abrirá prazo para manifestação do regulado” (artigo 69, I, g.n.).

caráter estritamente público, ou ao menos governamental¹⁰, dos serviços regulados pela Arsesp.

18. Diz a autarquia em sua consulta que a fiscalização e os processos punitivos são-lhe atividades centrais. Com efeito: a cominação de sanções constitui tarefa essencial da atividade de regulação, na medida em que objetiva assegurar a eficácia das normas que disciplinam os serviços regulados. A lei instituidora da Arsesp atribui à entidade, bem por isso, a competência de “*fazer cumprir a legislação, os convênios e os contratos*” e “*aplicar as sanções previstas em contrato ou na legislação pertinente*” (artigo 7º, incisos IV e VII, da Lei Complementar estadual nº 1.025/2007).

19. Defender o sigilo como regra nos processos punitivos decorrentes da competência regulatória da Arsesp, nessa ordem de ideias, equivale a subtrair da vista do público *parcela essencial* da atividade administrativa da autarquia, ao passo que, de acordo com o ordenamento constitucional e com a própria lei que instituiu aquela entidade, *a regra tem de ser a publicidade*. Dir-se-ia que, *especialmente nas chamadas agências reguladoras*, essas repartições públicas¹¹ dotadas de certa autonomia em que se tem admitido a estabilidade de dirigentes para além do mandato dos governantes eleitos pelo povo, *a publicidade é absolutamente essencial à preservação do interesse público*, porque tende a garantir, pelo viés da participação direta, o exercício de uma parcela de soberania popular que se viu constrangida pelo regime jurídico impeditivo da livre demissibilidade¹².

10 A Arsesp não apenas regula a prestação de serviços públicos, mas também de outros serviços que, embora sejam de natureza econômica, foram subtraídos da iniciativa privada em favor do estado. É o caso, possivelmente, de alguns dos serviços locais de gás canalizado de competência do estado de São Paulo, que os pode explorar diretamente ou mediante concessão (artigo 25, § 2º, da Constituição da República).

11 A expressão é aqui tomada de empréstimo do título do texto “As agências, essas repartições públicas”, de EROS ROBERTO GRAU (*in*: **Regulação em Desenvolvimento** / CALIXTO SALOMÃO FILHO (coord.). São Paulo: Malheiros, 2002).

12 Alguns autores enxergam nesse constrangimento verdadeira inconstitucionalidade, tese que, conquanto seriíssima, ainda carece de exame pelo Supremo Tribunal Federal. EROS ROBERTO GRAU não tem nenhuma dúvida quando se refere ao mandato fixo e a estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras: “A suposição de que auxiliares menores do chefe do Poder Executivo, dirigentes de autarquias, não possam ser livremente nomeados e exonerados por ele é, mesmo em tese, incompatível com o regime presidencialista” (“As agências, essas repartições públicas”, *op. cit.*, p. 27). Do mesmo modo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sustenta que, “Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (...) e obstando que o novo presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas” (**Curso de Direito Administrativo**, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 175).

20. Há mais: na hipótese da Arsesp, que também tem competência para fiscalizar a prestação de serviços públicos delegados por meio de concessão, a adoção como regra do sigilo dos procedimentos sancionatórios violaria o direito dos usuários de “receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos” (artigo 7º, II, da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995)¹³. Impediria-os, por exemplo, de obter elementos técnicos colhidos pela autarquia que pudessem, independentemente da decisão administrativa final, subsidiar o exercício do direito constitucional de acesso a uma ordem jurídica justa (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República).

21. Por outra banda, na maioria dos casos a manutenção do sigilo nos procedimentos sancionatórios da Arsesp não estaria de acordo com os pressupostos constitucionais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da publicidade pela Administração Pública. Não é fácil imaginar um procedimento sancionatório, sobretudo em matéria de regulação de serviços como saneamento e gás canalizado, que contenha informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, assim merecedoras de reserva (artigo 5º, XXXIII, da Constituição da República); tampouco deve ser comum o trâmite de procedimento punitivo cuja divulgação exponha segredo industrial (artigo 5º, XXIX) ou, muito menos, ponha em risco a “intimidade” (artigo 5º, LX) da pessoa jurídica prestadora do serviço regulado.

22. Repare-se que, especificamente no tocante à publicidade dos atos processuais, a Constituição somente admite a restrição quando esta sirva à defesa da intimidade ou do interesse social. A doutrina especializada, contudo, tem negado o atributo da intimidade às pessoas jurídicas, as quais, do mesmo modo, não têm vida privada nem honra, conceitos igualmente peculiares às pessoas naturais¹⁴.

23. MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO e EDUARDO BASTOS DE BARROS, em notável monografia sobre a tutela do dano moral da pessoa jurídica, sustentaram essa tese:

Pessoa jurídica não tem intimidade. O que pode existir, em relação à empresa, é a pretensão de defesa do chamado sigilo de empresa. Os segredos relacionados a estratégias, negócios e contratos, que, a depender de sua própria natureza, não podem ou não devem recair no conhecimento de terceiros, sejam eles concorrentes ou não.

13 A Lei Complementar estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007, confere à Arsesp a competência de exercer as “atribuições legais de poder concedente”, tanto quanto aos serviços de gás canalizado (artigo 8º, II), como em relação aos serviços de saneamento básico de titularidade estadual (artigo 10, III).

14 Note-se que o artigo 52 do Código Civil dispõe ser aplicável às pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade apenas “no que couber”.

(...)

As pessoas jurídicas não foram concebidas ou permanecem inseridas na ordem jurídica para serem equiparadas às pessoas físicas, quando, na verdade, servem a elas, tanto no que se refere à utilização econômica das organizações personificadas para servir aos interesses diretos dos interessados, de investimento e lucro (como no caso das sociedades), como na busca de interesses de outra natureza (associações e fundações), igualmente reconhecidos juridicamente. Foram e são admitidas por sua utilidade e para servirem de instrumento de associação de pessoas e, em especial, de capitais, com o adicional da possibilidade de delimitação da responsabilidade dos sócios perante os compromissos sociais. A atratividade do modelo de organização é imprescindível ao desenvolvimento das práticas econômicas e ao seu incremento, residindo aí a motivação para sua manutenção na ordem jurídica.

Nenhum processo intelectual de equiparação entre pessoa física e jurídica pode resistir à análise da função dos institutos e ao seu enquadramento como elemento econômico. A pessoa jurídica empresarial é um elemento econômico por excelência, a pessoa física não pode ser reduzida à mesma condição.

Logo, o que vai conformar a disciplina jurídica da pessoa jurídica é a lei, não sendo razoável admitir que a analogia com a pessoa humana complete as lacunas da ordem jurídica.¹⁵

24. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, ao denegar *habeas corpus* a pessoa jurídica que teve documentos apreendidos em sua sede pelo Fisco e comunicados ao Ministério Público, reputou legítima a atuação administrativa, precisamente porque o “O chamado sigilo fiscal nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada. Aqui se cuida de pessoa jurídica que exerce atividade tributável”¹⁶.

25. A dissipar qualquer dúvida sobre a questão, foi recentemente editada a Lei federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulou, em caráter nacional, o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição da República. Subordinando a seu regime “*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*” (artigo 1º, parágrafo único, II), a lei estabeleceu o seguinte: “*observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção*” (artigo 3º, I); informação sigilosa

15 “Anotações sobre pessoa jurídica e dano moral sob uma perspectiva econômica”, in: *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, nº 21, pp. 159-184, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=52601>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2012.

16 HC 87.654, Segunda Turma, relatora ministra ELLEN GRACIE, julgado em 7/3/2006.

como informação de publicidade restrita em favor da “segurança da sociedade e do Estado” (artigo 4º, III); informação pessoal como aquela relacionada unicamente “à pessoa natural identificada ou identificável” (artigo 4º, IV); dever do Estado “de garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão” (artigo 5º); direito de todos de obter “informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços” (artigo 7º, V), ainda que deva ser ocultada a parte sigilosa da informação (artigo 7º, § 2º); direito de acesso a documentos utilizados como fundamento de ato administrativo já a partir da edição do próprio ato, e não do ato decisório final (artigo 7º, § 3º); dever de fundamentação da negativa de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades da Administração (artigos 7º, § 4º, e 11, § 1º, II); e observância de procedimento simplificado de acesso à informação (artigos 10 a 14) e de regras para classificação de informações sigilosas (artigos 23 a 30) ou tratamento de informações pessoais (artigo 31).

26. Portanto, respondendo diretamente à consulta formulada, o que se pode e deve admitir é a aplicação da norma do artigo 64 da lei estadual de processos administrativos tão somente às hipóteses em que a Constituição da República, intermediada ou não por lei, admita o sigilo como exceção à regra da publicidade. Essa interpretação conforme à Constituição, feita, aqui, no plano abstrato, equivale ao reconhecimento da nulidade parcial da lei estadual sem redução de seu texto, porquanto a lei, tal como redigida, “pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros”¹⁷. Será inválida, certamente, naquilo em que contrarie a imposição constitucional de publicidade dos atos processuais à *míngua* de fundamento, igualmente constitucional, para a restrição dessa publicidade.

27. Tal solução, a propósito, vai ao encontro do que a Consultoria Jurídica de origem afirmou a certa altura de seu parecer, dessa vez com plena razão: “(...) no caso dos processos punitivos de concessionárias de serviços públicos levados a efeito pelas agências reguladoras a situação parece ser diversa [da de outros processos sancionatórios], uma vez que o primeiro interessado na correta prestação dos serviços concedidos é o consumidor, vale dizer, a sociedade. Assim sendo, não parece justificável, quer sob

17 CARLOS ALBERTO LÚCIO BITTENCOURT, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, apud GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1185.

o prisma estritamente jurídico, quer sob o prisma moral, que o acesso da sociedade às informações produzidas no âmbito de tais processos punitivos derivados de fiscalização específica seja obstaculizado, salvo em situações excepcionais”.

28. A decisão da Arsesp que venha a restringir a publicidade de algum procedimento sancionatório, sempre tomada *ad hoc* (isto é, para o caso concreto), tem de ser motivada, como todo ato administrativo (v. esp. o artigo 111 da Constituição Paulista). O pleito de sigilo poderá ser formulado por qualquer interessado e será decidido pelo diretor-presidente da autarquia, nos termos regimentais¹⁸, ouvida a Consultoria Jurídica. Além disso, o sigilo deverá ser decretado apenas na extensão em que se faça necessário para os fins constitucionais. Assim, por exemplo, documentos que revelem segredo de indústria ou comércio (Lei federal nº 9.279, de 14 de maio de 1996) ou que porventura envolvam sigilo bancário (Lei Complementar federal nº 105, de 10 de janeiro de 2001) ou fiscal (artigo 198 do Código Tributário Nacional) poderão ser arquivados em pasta própria na repartição, de sorte a preservar, tanto quanto possível, a publicidade do procedimento sancionatório como um todo.

29. De todo modo, sem prejuízo do imediato ajuste interpretativo do artigo 64 da Lei Paulista de Processos Administrativos, para que sua leitura se faça em conformidade com a Constituição e não a despeito dessa, reitero a sugestão feita pelo órgão jurídico preopinante no sentido de que se busque a alteração da redação do dispositivo. É medida que visa a evitar futuros litígios entre o Estado e as empresas reguladas, que por ora têm na literalidade daquele dispositivo um argumento fácil, embora flagrantemente equivocado, em favor da oclusão dos procedimentos sancionatórios instaurados em seu desfavor.

30. Enfim, “o sigilo só se impõe quando tenha utilidade para evitar a ineficiência, pois parece óbvio que a divulgação antecipada de um plano militar ou econômico teria efeitos nocivos. Com relação à privacidade, ela abrange a intimidade, envolvendo a proteção dos dados pessoais ou sensíveis. Seu caráter excepcional a circunscreve à hipóteses expressamente inscritas na Constituição Federal ou por ela autorizadas à intermediação legislativa, e demanda sempre decisão motivada para o acesso ou negativa, controlável pelo Poder Judiciário”¹⁹.

18 O inciso VI do artigo 54 do Regimento Interno da Arsesp diz ser direito dos administrados “*Solicitar tratamento sigiloso ou confidencial de seus dados e informações, cuja divulgação possa violar segredo protegido ou intimidade de alguém, mediante justificativa devidamente fundamentada, que será apreciada pelo diretor-presidente*”.

19 WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, *op. cit.*, p. 250.

31. Aos procedimentos sancionatórios que tramitam na Arsesp em razão de delegação de competência regulatória por outros entes federativos, aplicam-se as leis e regulamentos estrangeiros (artigo 3º da Lei Complementar estadual nº 1.025/2007). Quanto aos serviços de energia de competência da União, acompanho os bem-lançados fundamentos do parecer da origem para concluir que, para tais serviços, também, a regra é a publicidade – como, aliás, não poderia ser diferente, diante da disciplina constitucional da matéria.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 30 de janeiro de 2012.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR

Procurador do Estado
OAB/SP nº 245.540

PROCESSO: PGE nº 18488-1056514/2011

INTERESSADO: AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARSESP

PARECER: PA nº 6/2012

De acordo com o Parecer PA nº 6/2012.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria-Geral do Estado - Consultoria.

São Paulo, 31 de janeiro de 2012.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

GDOC: 18488-1056514/2011
INTERESSADO: ARSESP – AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSUNTO: PROCESSO PUNITIVO – CÓPIA DO PROCESSO ARSESP-0238/2011

Despacho SubG – Cons. nº 280/2016

Processo recebido em 30/05/2016.

1. Trata-se de consulta formulada pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - Arsesp, no que diz respeito ao sigilo a ser observado nos processos sancionatórios conduzidos pela Agência, decorrentes da atividade de fiscalização sobre os serviços por ela regulados. Mais especificamente, é questionada a incidência do artigo 64 da Lei estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que disciplina os processos administrativos no âmbito do estado de São Paulo, nos referidos procedimentos sancionatórios, face ao princípio constitucional de publicidade dos atos administrativos e o direito de acesso à informação.

2. Desde a origem a dúvida foi exposta sob duas vertentes: a primeira, considerando a atuação da Agência no setor de energia elétrica, por delegação da Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, e a segunda, por em atividades de competência própria, nos setores de gás canalizado e saneamento básico.

3. Quanto às atividades ligadas a energia, a Arsesp deve observar a legislação federal pertinente, sendo que existe norma específica elegendo a publicidade como regra e afastando o sigilo nos processos sancionatórios decorrentes de fiscalização, conforme bem exposto no Parecer CJ/Arsesp nº 99/2011 (fls. 8 a 26), entendimento este acolhido pelo Parecer PA nº 6/2012, ora em exame.

4. Já no que pertine às atividades de regulação de gás e saneamento básico, entendeu a Consultoria Jurídica da Arsesp pela aplicação da regra do sigilo imposto pelo artigo 64 da Lei estadual nº 10.177/98.

5. O Parecer PA nº 6/2012, no entanto, preconiza uma interpretação do aludido artigo 64 conforme à Constituição, no plano abstrato, e conclui que “A norma do *caput* do artigo 64 da Lei Estadual de Processos Administrativos tem aplicação restrita às hipóteses em que a Constituição da República, intermediada ou não por lei, admita o sigilo como exceção à regra da publicidade.”

6. Estou de acordo com o entendimento exposto pela Procuradoria Administrativa, por seus próprios fundamentos, e proponho sua aprovação.

SUBG – Consultoria, 1º de agosto de 2016.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO

Subprocuradora-Geral do Estado

Consultoria-Geral

GBOC: 18488-1056514/2011
INTERESSADO: ARSESP – AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ASSUNTO: PROCESSO PUNITIVO – CÓPIA DO PROCESSO ARSESP-0238/2011

1. Aprovo, pelos seus próprios fundamentos, o Parecer PA nº 6/2012.
2. Retome-se à d. Subprocuradoria-Geral da Consultoria-Geral, para prosseguimento.

GPG, 17 de agosto de 2016.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

