

A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO E A PUBLICAÇÃO DOS RELATÓRIOS DA AUDITORIA DE GESTÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS À LUZ DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA

Giordano da Silva Rossetto

Advogado da União, lotado na Conjur do Ministério dos Transportes

A questão que se propõe a abordar envolve entes que representam parcela da grande esfera que é a Administração Pública. Essa definida sob o enfoque subjetivo como o conjunto de órgãos e de entidades jurídicas aos quais as leis atribuem o exercício da função administrativa do Estado, cujo objetivo é a concreta e imediata consecução dos interesses coletivos.

A Controladoria-Geral da União (CGU), que integra a Presidência da República – Administração Direta – é órgão responsável pelo controle interno do Poder Executivo Federal. Seu dever institucional é, entre outros, o incremento da transparência pública, visando à prevenção, à repressão e ao controle das ações de entidades da Administração Direta e Indireta, públicas e privadas, que se utilizam do dinheiro público para a consecução dos seus fins institucionais.

As chamadas Empresas Estatais – sociedades de economia mista e empresas públicas – são entes jurídicos que integram a chamada Administração Pública Indireta. Seu capital social é haurido nos recursos públicos – portanto, pertencentes ao Estado – Conforme além se explicará, essas empresas constituem verdadeiros instrumentos de ação do Estado à realização das suas finalidades, justamente em decorrência de sua natureza auxiliar da atuação governamental. Assim, os interesses de ambas, por ser uno, dirige-se a uma mesma finalidade, qual seja, o interesse público: premissa fundamental da gestão da *res publica* ante um modelo de Estado Republicano de Direito Democrático e de Administração Participativa – e, assim, transparente – à feição do nosso (art. 1º e 3º, CF).

Feitas as considerações iniciais, passa-se à análise dos preceitos e regras gerais que informam o paradigma de configuração administrativa estatal e que devem nortear o desempenho de todos os entes e órgãos que compõem a Administração Pública do Estado.

A Constituição Federal (CF) abre o seu Capítulo VII com o título “DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”, consagrando, de forma não exaustiva, no *caput* do seu art. 37, a constitucionalização dos basilares princípios que lhe regerão toda a atuação:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

O que se deve apreender deste art. 37, que vaza não apenas regras, mas verdadeiros princípios da Administração Pública, é que a atuação desta abrangerá tanto os atos políticos ou de governo, como as atividades administrativo-gereciais do Estado.

A Administração Direta é exercida pelos quatro entes políticos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios). A Constituição, ainda no inciso XIX do art. 37, faculta a esses entes desempenhar suas funções de maneira indireta, por meio de entidades a tanto criadas, que constituirão parcelas personalizadas da totalidade do aparelho administrativo e que auxiliarão na efetivação das políticas públicas:

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Assim, poderá haver - pelos entes políticos que compõem a Administração Direta - a transferência de determinadas competências a outras pessoas jurídicas - Administração Indireta - que serão estruturadas ora à maneira do direito público (autarquias e fundações de direito público), ora sob a forma de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), a depender do alvo estratégico do Estado.

Cumprido dizer, entretanto, que estas últimas - empresas públicas e sociedades de economia mista - ainda que regidas pelo direito privado, não se submetem inteiramente a esse regime jurídico. Isso porque, conforme se pode ver da dicção clara do supracitado art. 37 da CF, tanto a Administração Pública Direta, quanto a Administração Indireta, regem-se também por aqueles preceitos básicos e que iluminam toda a Administração Pública do país. Assim sendo, inicia-se ligeira exposição sobre os princípios constitucionais estritamente prestantes ao tema levantado, e que, consoante retratado acima, governam toda a atuação das entidades da Administração Pública (tanto Direta, quanto Indireta), repise-se, expressos de forma não exaustiva no *caput* do art. 37 da Constituição.

Do princípio da publicidade. De importância soberana, a publicidade, antes de tudo, é um princípio informador do próprio Estado Democrático, porquanto este deve exprimir, fundamentalmente, a exigência da integral participação de todos (de forma coletiva) e de cada uma das pessoas (de modo individualizado), na vida política do país, a fim de garantir-se, ao fim, o respeito à própria soberania popular.

É sabido e consabido que a Administração Pública jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus próprios. Surge, por conseguinte, o dever de publicidade e transparência dos seus atos. Ora, se todo o poder emana do povo, e em seu nome será exercido (art. 1º, parágrafo único, CF), é óbvio que o povo - titular desse poder - tem o direito fundamental de conhecer o que concerne à Administração Pública e de controlar passo a passo o seu exercício.

É dizer que se por expressa disposição constitucional se afirma que todo o poder constituído emana do povo, não se pode ocultar deste - em nome do qual esse poder é exercido - informações sobre atos relativos à gestão da *res publica*. Daí se estabelece, como imposição jurídico-legal para os agentes públicos da Administração Pública Direta e Indireta o dever de dar publicidade a todos os seus atos.

Desse modo, a publicidade - e com ela a consectária transparência - passa a ser um pilar indispensável ao controle dos atos públicos por parte da própria Administração Pública e dos cidadãos. Os atos públicos - porque públicos - devem ser do conhecimento de todos indistintamente, isto é, da coletividade, a fim de que se possa dar legitimidade ao exercício das autoridades na gerência de entes estatais. Ora, se os atos materiais de gerenciamento da coisa pública somente são possíveis devido ao aporte dos recursos que a nação disponibiliza (ex. tributos e outras receitas), o seu *contribuinte-mor* - o povo, na pessoa de cada cidadão -, possui legitimidade para obter a devida prestação de contas. O eminente doutrinador José Afonso da Silva¹ assevera que:

[...] a publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 653.

Sobre o princípio da publicidade, leciona, ainda, de modo judicioso, Celso Antônio Bandeira de Mello:²

Deveras, se os interesses públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los não de ser exibidos em público. O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida.

Mais que oportuna, também, é a observação serena de José dos Santos Carvalho Filho³, para quem o princípio da publicidade:

Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem. [...]

Por fim, é importante que não se deixe de fora o registro de que ao princípio da publicidade devem submeter-se todas as pessoas administrativas, quer as que constituem as próprias pessoas estatais, quer aquelas outras que, mesmo sendo privadas, integram o quadro da Administração Pública, como é o caso das entidades paraestatais (empresas estatais, sociedades de economia mista e fundações públicas).

Assim, resta claro que para garantir a efetivação das políticas públicas do país o princípio da publicidade, na sua acepção mais lata, deve ser a viga-mestra da atuação dos administradores públicos e de todos aqueles que, de algum modo, gerenciam o patrimônio do povo. Ademais, é com a paulatina participação popular na fiscalização das entidades públicas que se enfraquecerá a corrupção no Brasil, combate que, decerto, encontrará cada vez mais força e robustez na aliança com o princípio da publicidade e da transparência (art. 74, § 2º, CF).

Do princípio da moralidade administrativa. Além do princípio da publicidade, alçado à categoria de princípio constitucional, encontra-se o princípio da moralidade administrativa, que tem como sua arquiinimiga a improbidade. Aquela – a moralidade – exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, é dizer, deve haver razoabilidade entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos. Portanto, deve a moralidade, também, ser um princípio informador de toda a função exercida pela Administração Pública, Direta ou Indireta, sendo terminantemente proibido aos seus gestores agirem à margem daquilo que se conceitua por probó e honesto, sob pena de configurar, ainda, a prática do desvio ou excesso de poder.

A improbidade, por sua vez, aliada à corrupção – ambas térmitas vorazes da República – corresponde ao ato público que contraria o senso comum da honestidade, da retidão, do equilíbrio, da justiça, do respeito à dignidade do ser humano, da boa fé, do trabalho, da ética nas instituições e da boa administração da coisa pública.

Vindo à luz a imoralidade - pela via da improbidade - e praticada à revelia da observância daquilo que se julga probó e honesto na condução da administração pública, a Constituição confere a qualquer cidadão o direito fundamental de anular os atos lesivos ao patrimônio público. É o que dispõe o inciso LXXIII do seu art. 5º:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe,

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75 .

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen 2005. p. 19-20.

à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Do princípio da eficiência⁴. Ao cabo dessas considerações, surge o princípio da eficiência como resultado da aplicação conjunta dos princípios acima mencionados sem prejuízo de outros. Segundo esse preceito, aquele que se ocupa do relevante mister de administrar a coisa pública deve ser eficiente, ou seja, deve ser o que produz o melhor efeito desejado pela lei, o que exerce suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante aquela, velando sempre pela objetividade, imparcialidade e o melhor resultado para a sociedade.

Dessa forma, o princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública Direta e Indireta a persecução do bem-comum por meio do exercício de suas competências, de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários à melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social.

Assim, o princípio da eficiência se dirige ao fim maior do Estado-executor das leis: o dever-poder de prestar serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do chamado bem-comum. Para a realização efetiva desse dever, o atuar administrativo-eficiente requer a presença das seguintes características:

a) Participação do usuário na administração pública direta e indireta (art. 37, § 3º). Na gestão efetiva dos serviços administrativos públicos deverá existir participação ativa da população, de acordo com o princípio da gestão participativa, verdadeiro desmembramento do princípio da soberania popular e da democracia representativa (art. 1º, parágrafo único, CF).

b) Eficácia material. A eficácia material da Administração Pública se traduz no adimplemento de suas competências ordinárias, isto é, na execução e cumprimento, pelos entes administrativos, nos estritos termos da lei, de todos os objetivos que lhes são próprios.

c) Busca perene da qualidade. Quanto à qualidade do serviço público, não se distingue se este é prestado por instituição de caráter público ou de regime privado; busca-se, sim, independentemente de quem o oferece, a aplicação racional de certa quantidade de recursos e esforços, a otimização dos resultados, visando-se, a todo tempo, à satisfação proporcionada ao usuário. É a característica básica da qualidade total sobre a Administração Pública, que consiste em uma permanente melhoria. Ou seja, no porvir, deverá a qualidade do serviço público ser ainda melhor e eficiente.

d) Transparência. A transparência, no intuito de garantir maior eficiência da Administração Pública na prestação de serviços, deve ser observada em todos os atos por ela praticados. Com isso afere-se, com rigor, a observância dos fatores reais que ensejaram a sua atuação e os gastos necessários à sua consecução, evitando-se, por conseguinte, qualquer malversação ou possível falta na gerência dos recursos públicos.

e) Direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem-comum. A Constituição prevê, no inciso IV de seu art. 3º, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de "promover o bem de todos". Esse objetivo fundamental, pois, deverá ser a direção exata e ininterrupta da atuação administrativa, não podendo o gestor, no exercício da administração da coisa pública, atuar à margem dos propósitos da boa promoção social.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 768.

Não bastassem todos esses vetores direcionados ao melhor de sua atuação, a Constituição, ainda, estabeleceu mecanismos de controle de condutas das pessoas que compõem a Administração Pública Direta e Indireta, isso com o fim de salvaguardar os legítimos direitos e interesses do povo. Daí falar-se em controle interno e externo da Administração Pública atuando de modo integrado e sistêmico em nome da gestão democrática da *res pública*, fiscalizando qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que, de alguma maneira, tenha acesso a dinheiros, bens e valores públicos.

Desse modo, verificando ser pública a natureza dos recursos utilizados, incide a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da Administração Direta e Indireta, estabelecidas no art. 70 da Carta Magna, cujas regras indicam as já aventadas duas formas – externa e interna – de controle do dinheiro público:

Art. 70 A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e, pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que se utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Por ser de menor interesse, nesse caso, não se comentará a respeito do controle externo. O controle interno, por sua vez, encontra suas proeminentes atribuições consubstanciadas no art. 74 da Constituição:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - Avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - Comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União [...]

Além disso, no desenvolvimento contínuo da transparência pública, marchando como se está, rumo a enormes revoluções na gestão democrática do dinheiro público, compreensão que paulatinamente se vem impondo no Direito brasileiro, o legislador bem refletiu a importância e a necessidade dessas transformações. Inovando o ordenamento jurídico-positivo, passou a incrementar a forma de controle e fiscalização dos atos dos gestores de recursos públicos, de modo que hoje todo aquele que utilize reservas do povo deve prestar contas.

Nesse processo de desenvolvimento em que passa a sociedade brasileira, a exigir cada vez mais o necessário incremento das suas instituições públicas, editou-se a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Tal diploma legal, ao dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, institucionalizou o órgão da CGU e, como forma de dar efetividade aos caros princípios acima assinalados – corolários do já afirmado modelo de Estado de Direito Democrático adotado pelo Brasil – definiu as suas competências.

Assim, por imposições de ordem constitucional e da supracitada Lei, a CGU, respeitável órgão do Poder Executivo, tem o dever institucional de assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho das atribuições atinentes à defesa do patrimônio

público no seio de entidades da Administração Pública Direta e Indireta, públicas e privadas, e que compõem o amplo espectro da Administração Pública Federal:

Art. 17 À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.

Para a efetivação de tais relevantes e acentuados deveres, a CGU, no cerne da sua estrutura, dispõe de importantes órgãos, definidos no § 1º da mesma Lei nº 10.683, de maio de 2003:

§ 1º A Controladoria-Geral da União tem como titular o Ministro de Estado do Controle e da Transparência, e sua estrutura básica é constituída por: Gabinete, Assessoria Jurídica, Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, Comissão de Coordenação de Controle Interno, Secretaria-Executiva, Corregedoria-Geral da União, Ouvidoria-Geral da União e 2 (duas) Secretarias, sendo 1 (uma) a Secretaria Federal de Controle Interno.

Em ombreio, ainda, com aqueles mesmos planos constitucionais e legais, editou-se, também, o Decreto nº 5.683, de julho de 2003, cuja razão precípua foi tratar da Estrutura Regimental da CGU. Esta espécie normativa, em seu art. 10, define as competências da Secretaria Federal de Controle Interno (SFC). Entre muitas de suas atribuições, cabe à SFC o dever de realizar auditorias na gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicas e privadas, bem como em articulação com a Corregedoria-Geral da União e com a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), o de apurar os atos ou fatos inquinados de ilegalidade ou irregularidade, praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos federais.

Ademais, urge destacar, também, a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, que organiza e disciplina o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, cuja estrutura básica da CGU a SFC agrega. Conforme previsão do art. 27 desta Lei, foi editado o Decreto nº 5.482, de 30 de junho 2005, que dispõe sobre a divulgação de informações aos cidadãos por meio da rede mundial de computadores - Internet:

Art. 1º O Portal da Transparência do Poder Executivo Federal, sítio eletrônico à disposição na Rede Mundial de Computadores - Internet, tem por finalidade veicular dados e informações detalhados sobre a execução orçamentária e financeira da União, compreendendo, entre outros, os seguintes procedimentos:

I - gastos efetuados por órgãos e entidades da administração pública federal;
[...]

Como se pode apreender, a CGU dispõe de vários meios de cumprir os seus deveres. Vale citar, por exemplo, o programa de fiscalização e auditoria a partir de denúncias e representações; avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual; acompanhamento e avaliação sistemática da execução dos programas de governo; avaliação do cumprimento dos orçamentos da União e avaliação da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (art. 24 da Lei nº 10.180, de 2001).

A despeito de toda essa estrutura, constata-se que, a cada ano, os mecanismos de fiscalização da atividade governamental vêm gradualmente se estruturando e os cidadãos brasileiros têm participado ativamente do controle das contas públicas. Veja-se, por exemplo, entre outros encontráveis no sítio <www.portaltransparencia.gov.br>, o vanguardista

programa de "Participação e Controle Social", no qual os cidadãos podem discutir e aprender mais a respeito do uso do dinheiro público e como controlar a sua aplicação.

Destarte, no âmbito da gestão dos recursos públicos utilizados por entidades públicas e privadas, cabe à CGU, em conjunto com a comunidade e demais órgãos e entes estatais, o dever de atuar na defesa do patrimônio do povo (princípio do controle) ao incrementar a transparência dos dados (princípio da publicidade), garantindo a sua fiscalização pela sociedade (princípios da informação e administração participativa), afiançando a consecução das metas estabelecidas pela leal parceria entre empresas públicas/privadas e governo (princípio da eficiência), tudo em obediência à Constituição e às leis que regem o modelo adotado pelo país (princípio da super-legalidade).

Repise-se o que foi dito, alhures, sobre as entidades de Administração Pública Indireta: estas constituem verdadeiros instrumentos de ação do Estado à realização do seu fim. Encontram-se, justamente em decorrência de sua natureza auxiliar da atuação governamental, submetidas a regras de direito público (sistema híbrido). Corroborando, com reforço, essa conclusão, o texto constitucional trata de reafirmar, de forma clara e contundente, nos artigos 37 e 173, que as chamadas Empresas Estatais, ainda que de natureza privadas, mas porque criadas pelo Estado para permitir a consecução de seus fins, encontram-se sob a égide do regime jurídico de direito público (regime híbrido, portanto). Prevê este último dispositivo constitucional, inclusive, a criação de formas de sua fiscalização, tanto pelo Estado, como pela sociedade, a fim de que exerçam o cumprimento da função eminentemente social que a elas foi incumbida:

Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; [...]

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. [...]

Ao reconhecer o regime jurídico híbrido das empresas públicas e das sociedades de economia mista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ doutrina que:

tais pessoas nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou para atingir determinado interesse público. Sendo o interesse público indisponível e sempre predominante sobre o particular, a adoção pura e simples do regime jurídico privado seria inaceitável, porque retiraria das entidades da Administração Indireta determinadas prerrogativas que lhes são reconhecidas precisamente para permitir a consecução de seus fins; do mesmo modo que, ao permitir-lhes atuar com autonomia de vontade, própria do direito privado, suprimir-se-iam as restrições legais que o direito público impõe e que constituem a garantia fundamental da

⁵ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 364.

moralidade administrativa e do respeito aos direitos dos administrados. As normas de direito público que derogam parcialmente o direito privado têm por objetivo assegurar o equilíbrio entre a posição de supremacia da Administração e a liberdade de atuação que caracteriza as pessoas jurídicas de direito privado [...]. Em resumo, em todas as pessoas de direito privado criadas pelo Estado existe um traço comum: a derrogação parcial do direito privado por normas de direito público”.

Em abono a esse entendimento, a própria Lei Magna se encarrega de mostrar, em inúmeros outros artigos, o aparente caráter “puramente privatístico” dessas entidades (art. 5º, LXXIII; 14; 37, II, XVII, XIX, XX; 49, X; 52, VII; 54; 71, II, III, IV; 165, § 5º; 169, § 1º).

Foi o que pacificou, também, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em recente julgado – MS 25092/DF, de 10/11/2005 – da relatoria do eminente Ministro Carlos Veloso, ao afiançar ser o interesse público o dever perseguido pelas Empresas Estatais:

O Tribunal de Contas da União, por força do disposto no art. 71, II, da CF, tem competência para proceder à tomada de contas especial de administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das entidades integrantes da administração indireta, não importando se prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica [...]. No mérito, afirmou-se que, em razão de a sociedade de economia mista constituir-se de capitais do Estado, em sua maioria, a lesão ao patrimônio da entidade atingiria, além do capital privado, o erário. Ressaltou-se, ademais, que as entidades da administração indireta não se sujeitam somente ao direito privado, já que seu regime é híbrido, mas também, e em muitos aspectos, ao direito público, tendo em vista notadamente a necessidade de prevalência da vontade do ente estatal que as criou, visando ao interesse público.[...]

Ora, não podia ser de outro modo. Constituídas à sombra do Estado como suas auxiliares na produção de utilidade coletiva – e que para tanto manejam dinheiro total ou majoritariamente de fontes públicas – têm as Empresas Estatais que estar necessariamente submetidas a disposições cautelares e defensivas da lisura e propriedade no dispêndio desses recursos.

Assim, porque a todas elas se aplica o controle positivo do Estado, o qual tem por finalidade verificar se estão cumprindo os fins para os quais foram criadas, as sociedades de economia mista e empresas públicas estão, nos moldes do falar normativo da Constituição, obrigadas a preservar os essenciais interesses da sociedade. Porque se encontram, também, sob o regime de direito público, submetem-se ao dever de transparência dos seus atos e ao de participação e de prestação de contas à sociedade dos recursos públicos utilizados em seus objetivos, tudo em conjunto com a Administração Pública Direta e em obediência aos princípios da publicidade, da informação, da eficiência e da moralidade, sob pena de irremissível afronta ao Estatuto Maior da Cidadania.

Definida, pois, a vontade constitucional que circunscreve a Administração Pública Direta e Indireta à regra geral da publicidade dos seus atos (art. 37 e 173, CF), resta perquirir um mínimo matiz de incidência de um direito ao sigilo de informação por parte dessas entidades, uma vez que, conquanto derogado pelo regime de direito público conforme já visto, às sociedades de economia e empresas públicas ainda se aplica, em parte, o regime jurídico de direito privado.

Assim, a partir da supracitada Lei nº 10.683, de 2003, que conferiu à CGU as atribuições concernentes à defesa do patrimônio público, foi editado o Decreto nº 5.481, de 30 de junho de 2005, que acresceu o art. 20-B ao Decreto nº 3.591, de 6 de setembro de 2000. Consta dessa última a forma pela qual órgãos e entidades do Poder Executivo Federal deverão dar ampla divulgação, inclusive por meios eletrônicos, dos resultados obtidos através de auditorias a que estão sujeitos:

Art 20-B Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, sujeitos a tomada e prestação de contas, darão ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, ao relatório de gestão, ao relatório e ao certificado de auditoria, com parecer do órgão de controle interno, e ao pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, em até trinta dias após envio ao Tribunal de Contas da União. [...]

Para regulamentar com eficácia o comando normativo acima, editou-se a Portaria nº 262, de 30 de agosto de 2005, que, ao disciplinar o modo de divulgação dos resultados de auditorias, previu em alguns casos exceções à sua obrigatoriedade:

Art. 2º Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal sujeitos a tomada e prestação de contas anuais manterão, em seus sítios eletrônicos na rede mundial de computadores - Internet, página com o título "Processos de Contas Anuais", contendo a íntegra das peças mencionadas no artigo 1º desta Portaria, e ainda informações complementares que contenham os seguintes dados: [...]

§ 3º Serão resguardados dados e informações que estejam sujeitos ao sigilo bancário, fiscal ou comercial, na forma da lei.

Diante desse quadro, as Empresas Estatais poderiam invocar este § 3º a fim de que os relatórios não fossem divulgados. Todavia, tem-se na dimensão do peso ou importância dos valores albergados pela Constituição a resolução serena do aparente conflito entre os dois entes que representam a grande esfera que é a Administração Pública. Nessa medida, procurar-se-á atribuir não uma absoluta prevalência de um valor (publicidade) sobre o outro (sigilo), mas sim a aplicação simultânea e compatibilizada de ambos, atenuando a incidência de cada um, em cada caso concreto. Com base nesse juízo de ponderação, algumas premissas deverão ser consideradas, a fim de que a conciliação harmônica desejada atinja bom termo. Eis, pois, a primeira delas:

a) A regra será sempre a prevalência do princípio da publicidade, uma vez que, como seu viú, a Constituição, de forma irremediável, tratou de impor normas semelhantes de regime jurídico público, tanto à Administração Pública Direta, quanto à Indireta. (art. 37 e 173 da CF).

b) A exceção ocorrerá quando o dado a ser publicado na Internet estiver compreendido no conceito de sigilo bancário, fiscal ou comercial; porém, o caso merecerá um contorno exegético compreensível, pois é certo que a definição daquelas formas de sigilo não tem o mesmo sentido quando aplicadas entre pessoas públicas e privadas sob o manto do regime público, circunstância bem adversa daquela verificada nas relações travadas entre particulares.

Em continuidade a esse encadeamento lógico, é manifesto, também, que os recursos das sociedades de economia mista e empresas públicas, em parte, são hauridos no dinheiro público, o qual é empregado nos objetivos sociais dessas empresas federais. É dizer que a União é a detentora do maior capital dessas empresas – às vezes de todo o capital, como no caso das empresas públicas – o que se conclui que, se de algum modo essas empresas forem afetadas em razão da publicidade dos seus atos, lesada restará também a União e, em última razão, o próprio povo, de onde os recursos são de fato recolhidos. Assim remanesce esta seguinte e última premissa:

c) Excepcionalmente, o princípio da publicidade também poderá sofrer restrição se, ao cabo de sua aplicação, na íntegra, verificar-se que ele conflita com outro princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade: a supremacia do interesse público.

Assim, à análise de itens apontados em relatórios de gestão como supostamente sigilosos deverá ser levado em conta os parâmetros acima assinalados, isto é, a prevalência do

princípio da publicidade no contexto da supremacia do interesse público, bem como a excepcional aplicação do sigilo nos casos estritamente necessários ao resguardo do próprio interesse da coletividade. Isso porque, vale lembrar, mais do que tributar obediência ao princípio maior da publicidade e da transparência é compreender e crer que, se os recursos são disponibilizados para atender ao interesse público, com maior razão é de interesse público saber se esses recursos estão sendo bem empregados, agora mediante o auxílio de um valioso e novo instrumento da Democracia: a Internet.

A despeito de estar cabalmente demonstrado o dever de acatar as políticas públicas impostas pelo Estado, já que devem assisti-lo em relevante e precípua tarefa de atender às suas finalidades de interesse público, as Empresas Estatais poderiam relutar, ainda, em não querer publicar seus relatórios de auditoria de gestão, procurando, assim, sob manifesta inconstitucionalidade, solapar a base significativa dos imperativos constitucionais incertos no seu art. 37 e 173. Poderiam buscar, em tese, subtrair-se desse dever agarrando-se também em um único artigo legal, qual seja, o art. 157, § 4º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas – LSA), regulamentado pela Instrução nº 358, de 3 de janeiro de 2002, da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante, relativo às companhias abertas.

Sem embargo de uma tese sustentada apenas com base em um isolado artigo de lei, em detrimento dos elementos mais ricos de interpretação, quais sejam, o teleológico e o sistemático - tudo a confirmar ainda mais a sua fragilidade - obtempera-se mais esta questão demonstrando-se, com fundamento da própria Lei das Sociedades Anônimas, o novo papel dessas espécies empresariais na atual fase para a qual a sociedade brasileira evoluiu e que, além de tudo, ao contrário das Empresas Estatais – de regime híbrido – são constituídas exclusivamente sob o regime jurídico de direito privado.

As sociedades anônimas, nestas inseridas as sociedades de economia mista, ante a dinâmica própria das atividades a que se destinam, são essencialmente mutáveis. Isto é, cada quadro socioeconômico define as necessidades a que estas sociedades deverão corresponder como instrumento de atividade empresarial. Não foi à toa que a sua disciplina sofreu inúmeras modificações ao longo do tempo. Lembre-se o Decreto nº 434/1891, o Decreto-Lei nº 2.627/1940 e agora a Lei nº 6.404, de 1976, com duas reformas significativas: a primeira com a Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e a segunda com a Lei nº 10.303, de 28 de novembro de 2001, correspondentes à expansão do mercado de capitais e à proliferação da chamada “grande empresa”.

Além disso, essas evoluções jurídicas ocorridas no tempo – em virtude dos novos modelos de cultura econômica – não cuidaram apenas de garantir os interesses dos seus fundadores, acionistas e demais segmentos preocupados tão-somente com a boa realização dos grandes lucros que esses empreendimentos acarretam. Pelo contrário, diante do progresso da vida em sociedade, essas empresas passaram a ser consideradas verdadeiras instituições, devendo – além da realização do seu objetivo puramente econômico – cumprir agora com o seu mais novo dever ante a sociedade: a sua função social.

Em apertada síntese, hoje, função social da empresa é o reconhecimento da existência de interesses internos e externos que devem ser respeitados no exercício da atividade empresarial. Ou seja, interesses que não somente dizem respeito às pessoas que contribuem diretamente para o bom funcionamento da empresa (capitalistas e empregados), como também aos próprios interesses da comunidade em que esta atua. Nessa linha, a Lei nº 6.404, de 1976, impôs ao acionista controlador o dever de, entre outros, lealmente respeitar e atender aos direitos e interesses da sociedade, cumprindo a empresa a sua função social. Reza o parágrafo único do seu art. 116:

Art. 116 Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
[...]

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Ao comentar o artigo legal supra, que rende expressa deferência ao princípio da função social da empresa, José Edwaldo Tavares Borba⁶ com a sua perspicaz observação, preleciona que:

a Lei nº 6.404/76, numa demonstração de que a sociedade anônima é uma verdadeira instituição, depois de conceituar o acionista controlador, determina (art. 116, parágrafo único) que este deve usar o seu poder para "fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social", acrescentando que "tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender". Partindo dos deveres e responsabilidades do acionista controlador, define a lei das sociedades anônimas os destinatários do tríplice interesse que ela representa: acionistas, empregados e comunidade. A sociedade anônima deixa de ser um mero instrumento de produção de lucros para distribuição aos detentores do capital, para elevar-se à condição de instituição destinada a exercer o seu objeto para atender aos interesses de acionistas, empregados e comunidade. [...] A norma que estamos analisando não tem natureza programática ou simplesmente indicadora de critérios interpretativos. Trata-se de regra auto-executável, com nítido caráter imperativo, pois impõe ao acionista controlador um determinado comportamento. Coerentemente, ao tratar das atribuições dos administradores, dispôs o legislador (art. 154) no sentido de que estes, em sua atuação, deverão satisfazer "as exigências do bem público e da função social da empresa. [...]"

A corroborar toda essa assertiva, transcreve-se o art. 154 da Lei nº 6.404, de 1976, que disciplina, de modo sistemático, no seu título "Finalidade das Atribuições e Desvio de Poderes", as determinações impostas aos seus administradores quanto ao respeito às exigências do bem público e à função social dessas empresas:

Art. 154 O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Ante toda essa exposição teleológica da Lei das Sociedades Anônimas, resta a derradeira pergunta: ora, se aos entes de regime jurídico exclusivamente privado existe expressa determinação de respeitar, acatar e fazer cumprir a sua função social, satisfazendo as exigências do bem público, ao coibir ações que possam prejudicar não somente os seus clientes e empregados, mas toda a sociedade na qual atuam, o que dizer das Empresas Estatais, cujo traço essencial é o de se constituir em auxiliar do Estado na relevante tarefa de realizar o bem-comum e que, assim, nos seus objetivos institucionais, têm interesses que transcendem aos meramente privados?

Ora, se as empresas estritamente privadas estão legalmente obrigadas a atender às necessidades coletivas por meio da concretização da função social que devem realizar, com maior razão as Empresas Estatais, que a tanto foram criadas, sujeitam-se aos interesses maiores do povo (interesse público), uma vez que estão sob a égide de um regime jurídico público por expressa vontade da Constituição, e em parte por um regime privado apenas por razões estratégicas do Estado (art. 37 e 173, CF).

⁶ TAVARES BORBA, José Edwaldo. **Direito societário**. 8 ed Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 133-135.

A despeito de se aludir às sociedades anônimas, absolutamente não se pode cogitar subtrair as empresas públicas desse mesmo dever. A fim de reafirmar essa conclusão, e se alguma filigrana de dúvida ainda restar na consciência ético-jurídica daqueles que lidam com os caros e inalienáveis interesses da sociedade, leia-se, uma vez mais, o inciso I do parágrafo único do art. 173 da Constituição, o qual, sem nenhuma distinção, sujeita e obriga as entidades estatais, tanto as sociedades de economia mista, como as empresas públicas, a realizarem a sua função social, cabendo ao Estado, bem como à sociedade, o dever de fiscalizá-las.

Art. 173 [...]

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; [...]

As chamadas Empresas Estatais, portanto, somente cumprem com a sua função social quando, com rigor e nos seus estritos termos, atendem tanto aos preceitos da Lei nº 6.404, de 1976, quanto aos desígnios da Constituição, respeitando uma exigência da sociedade que, no caso em apreço, consiste também na responsabilidade social de prestar contas dos recursos públicos utilizados para a consecução dos seus fins. Definitivamente, é a vontade mais alta do povo expressa na Constituição (art. 1º, CF).

Feitas essas considerações, enfrenta-se o chamado "fato relevante", outro possível motivo a ser alegado como forma de subtração ao dever de divulgação dos relatórios de gestão, argumento que revelaria apenas mais um evidente equívoco quanto ao tema. Com o escopo de regulamentar o art. 157, § 4º da Lei nº 6.404, de 1976, a Instrução nº 358, de 2002, da CVM, dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante, relativo às companhias abertas.

Em seu art. 2º, a referida Instrução define de modo fluido e abrangente a expressão "fato relevante" como sendo qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados (inciso I); na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários (inciso II); na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados (inciso III).

O art. 3º, por sua vez, define os deveres e responsabilidades de pessoas na divulgação do ato ou fato relevante:

Art. 3º Cumprir ao Diretor de Relações com Investidores divulgar e comunicar à CVM e, se for o caso, à bolsa de valores e entidade do mercado de balcão organizado em que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação, qualquer ato ou fato relevante ocorrido ou relacionado aos seus negócios, bem como zelar por sua ampla e imediata disseminação, simultaneamente em todos os mercados em que tais valores mobiliários sejam admitidos à negociação.

§1º Os acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, deverão comunicar qualquer ato ou fato relevante de que tenham conhecimento ao Diretor de Relações com Investidores, que promoverá sua divulgação.

§2º Caso as pessoas referidas no parágrafo anterior tenham conhecimento pessoal de ato ou fato relevante e constatem a omissão do Diretor de Relações

com Investidores no cumprimento de seu dever de comunicação e divulgação, inclusive na hipótese do parágrafo único do art. 6º desta Instrução, somente se eximirão de responsabilidade caso comuniquem imediatamente o ato ou fato relevante à CVM.

§3º O Diretor de Relações com Investidores deverá divulgar simultaneamente ao mercado ato ou fato relevante a ser veiculado por qualquer meio de comunicação, inclusive informação à imprensa, ou em reuniões de entidades de classe, investidores, analistas ou com público selecionado, no país ou no exterior.

§4º A divulgação deverá se dar através de publicação nos jornais de grande circulação utilizados habitualmente pela companhia, podendo ser feita de forma resumida com indicação dos endereços na rede mundial de computadores - Internet, onde a informação completa deverá estar disponível a todos os investidores, em teor no mínimo idêntico àquele remetido à CVM e, se for o caso, à bolsa de valores e entidade do mercado de balcão organizado em que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação.

§5º A divulgação e a comunicação de ato ou fato relevante, inclusive da informação resumida referida no parágrafo anterior, devem ser feitas de modo claro e preciso, em linguagem acessível ao público investidor.

§6º A CVM poderá determinar a divulgação, correção, aditamento ou republicação de informação sobre ato ou fato relevante.

Demonstrado com sobejo, nos inúmeros parágrafos acima, o dever de informar imposto a diversos órgãos dessas empresas (repare, inclusive, que o § 4º faz expressa menção à publicação de informações na rede mundial de computadores - internet, em que a informação completa lá deverá estar disponível), cumpre, enfim, transcrever o seu art. 8º, o qual disciplina apenas um momento - excepcional e transitório -, em que se resguardará uma informação, tudo a confirmar, mais uma vez, o acerto do que aqui se demonstra:

Art. 8º Cumpre aos acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da companhia, guardar sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante às quais tenham acesso privilegiado em razão do cargo ou posição que ocupam, até sua divulgação ao mercado, bem como zelar para que subordinados e terceiros de sua confiança também o façam, respondendo solidariamente com estes na hipótese de descumprimento.

Diante desse quadro fático-jurídico, verifica-se que o denominado fato relevante não constitui óbice à divulgação de relatórios de autoria realizados pela CGU. Pelo contrário, a Instrução nº 358, de 2002, da CVM, ao descrever o rol de pessoas responsáveis pela devida divulgação – ainda que se trate de ato ou fato relevante – torna clara essa conclusão. É perceptível que o seu art. 8º, ao mencionar a guarda de sigilo, o faz tão-somente visando que pessoas, em razão do cargo ou posição que ocupam na empresa, não divulguem informação privilegiada que obtiveram "*até que possa ser divulgada de maneira uniforme no mercado*" (= eis o fato excepcional e transitório). Assim, não há o que falar em sigilo de ato ou fato relevante que impossibilite a divulgação dos seus relatórios na Internet. Conforme se aludiu, o § 4º do art. 3º é expresso ao prever que a rede mundial de computadores – Internet – constitui o meio idôneo de sua divulgação completa e detalhada, concluindo-se que o suposto intento de não-divulgação não encontra nenhuma base ou fundamento em nosso sistema jurídico-positivo.

Cumprido lembrar, ainda, que o regulamentado art. 157 da Lei nº 6.404, de 1976, que trata do fato relevante, encontra-se na seção "do dever de informar" desta Lei, e não em espaço reservado a sigilo de dados, que no caso sequer existe. Destarte, com o fito de vencer esse obstáculo criado, avança-se com a seguinte solução:

d) em razão do princípio da publicidade, bem como do dever de informar a que estão submetidas, propõe-se que as Empresas Estatais façam uma prévia comunicação à bolsa de valores, bem como publiquem em jornal de grande circulação a informação de que divulgarão, na Internet, os seus relatórios de auditoria, isso quando tal fato lhes for considerado relevante. Se por um lado tal medida não lhes causa nenhum prejuízo, por outro, essas empresas estarão obedecendo aos preceitos inscritos tanto em Leis, quanto na própria Constituição.

Concluindo, do conjunto de preceitos que informam os deveres e objetivos das chamadas Empresas Estatais – coadjuvantes da Administração Direta em sua finalidade de atender o interesse público – nenhuma dúvida pode remanescer acerca da obrigação, constitucional e legal, de dar publicidade aos seus atos por meio de divulgação na Internet dos relatórios de auditoria de gestão realizados pelos órgãos da Controladoria-Geral da União – CGU. Assim, comprovado que o denominado *fato relevante* não constitui óbice à divulgação dos aludidos relatórios, bem como demonstrado que também estão sujeitas ao regime jurídico de direito público, portanto submissas aos princípios da transparência, da publicidade, da informação, da eficiência e da moralidade, as Empresas Estatais devem prestar contas à sociedade.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen 2005. p. 19-20.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 653.
- TAVARES BORBA, José Edwaldo. **Direito societário**. 8 ed Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 133-135.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 68.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 364.