
NOTA TÉCNICA - PROCADE

DA POSSIBILIDADE DE CONSULTA DOS AUTOS
DE PROCESSO CONFIDENCIAIS POR TERCEIROS
APÓS CINCO ANOS DO ARQUIVAMENTO

Leonardo Sousa de Andrade

ASSUNTO: Artigo 172 do Regimento Interno do CADE.

I – RELATÓRIO

1. 1 O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE), em conformidade com o artigo 172 de seu Regimento Interno, resolveu tornar acessíveis, ao público em geral, os autos dos procedimentos confidenciais arquivados, desde que houvessem passado cinco anos desde a decisão final proferida em tais procedimentos.

2. 2 No dia 23 de junho de 2009, o CADE divulgou, em sua página na rede mundial de computadores – *internet* (www.cade.gov.br), a relação de todos os procedimentos que seriam disponibilizados para consulta pública, dando às partes oportunidade de manifestar, dentro de trinta dias, seu interesse na manutenção do sigilo de informações constantes dos autos de alguns destes procedimentos.

3. 3 No dia 08 de julho de 2009, o INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC requereu ao Exmº Sr. PRESIDENTE DO CADE, por meio de correio eletrônico (*e-mail*), que esta autarquia federal suspendesse, desde logo, a divulgação das informações confidenciais constantes dos autos dos procedimentos arquivados e, futuramente, revisasse o artigo 172 do Regimento Interno, apresentando os seguintes argumentos:

- a. Uma vez encerradas as relações existentes entre clientes e advogados, é natural que uns percam contato com os outros, de modo que os advogados têm, muitas vezes, dificuldade em localizar os antigos clientes depois de cinco anos, a fim de perguntar-lhes se eles possuem ou não interesse na manutenção do sigilo das informações confidenciais que constam dos autos dos procedimentos arquivados.
 - b. A dificuldade em localizar antigos clientes aumenta quando se trata de sociedade empresária que perdeu a personalidade jurídica, em virtude de fusão ou aquisição.
 - c. Algumas formas de ação, como a colaboração com a autoridade no âmbito de compromisso de cessação de conduta, não podem ser reveladas mesmo após o decurso de cinco anos da decisão do CADE, pois a revelação abrirá a possibilidade de ações contra o empresário ou sociedade empresária que cooperou com a autoridade.
 - d. O segredo industrial ou comercial subsiste, muitas vezes, depois de cinco anos da decisão do CADE.
4. No mesmo dia em que o IBRAC enviou o aludido *e-mail*, o Exmº Sr. PRESIDENTE DO CADE determinou a suspensão da divulgação das informações confidenciais, até ulterior deliberação.
5. Posteriormente, no dia 28 de julho de 2009, a COMISSÃO DE ESTUDOS DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO ECONÔMICA DO CONSELHO SECCIONAL DA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO ESTADO DE SÃO PAULO (CECORE) manifestou-se contrariamente à disponibilização, ao público em geral, dos autos dos procedimentos confidenciais arquivados.

6. Basicamente, a CECORE sustenta o seguinte:

- a. O artigo 172 do Regimento Interno do CADE — ao fazer menção a “procedimentos confidenciais” — refere-se exclusivamente aos procedimentos que, no passado, tramitavam integralmente sob sigilo no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (como as averiguações preliminares), tendo o CADE, inclusive, realizado sessões reservadas de julgamento para proferir decisões nestes procedimentos. Desse modo, o dispositivo regimental não poderia ser interpretado extensivamente, de maneira a abranger a divulgação de informações sigilosas em processos ou procedimentos públicos.
- b. Os documentos sigilosos que instruem processos públicos e que possuem natureza estratégica para a empresa devem ser definitivamente preservados ou, pelo menos, preservados por prazo suficientemente elevado e bem superior aos cinco ou dez anos contados do arquivamento, para que se tornem inaptos a causar qualquer efeito negativo, principalmente do ponto de vista concorrencial, na esfera jurídica e econômica dos empresários e sociedades empresárias que, um dia, forneceram tais dados.
- c. Ainda que o artigo 23, § 3º, da Lei nº 8.159/1991 não estabeleça um prazo mínimo para o tratamento sigiloso dos documentos que afetam a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, a fixação de um prazo máximo bastante extenso (a saber, cem anos, a contar da data de sua produção) demonstra a intenção da lei em minimizar os efeitos negativos de sua divulgação pública. Qualquer outra interpretação da Lei nº 8.159/1991 alçaria o diploma à condição de inconstitucional. Desse modo, a possibilidade de tornar públicos documentos que comprometem a privacidade e a intimidade de pessoas físicas e jurídicas no exíguo prazo de cinco anos (prorrogável por mais cinco) não está em consonância com os parâmetros determinados pela Lei nº 8.159/1991.
- d. A divulgação da maioria das informações suscetíveis de receber tratamento confidencial pelo SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (como os contratos que tiverem vigência indeterminada ou superior a dez anos; os segredos industriais e comerciais; os detalhes relativos a relações comerciais) poderá prejudicar o interessado no sigilo ou ainda interferir nas relações de concorrência, mesmo com o passar de cinco ou dez anos.

- e. É comum que constem, dos procedimentos administrativos, dados e informações comercialmente sensíveis, como preços atuais e futuros, custos e níveis de produção, participações de mercado, planos de *marketing*, planos de crescimento e política de descontos. Possivelmente com exceção dos preços que vigoravam na época em que foi instaurado o procedimento e dos preços que se referiam aos cinco anos futuros, os demais dados e informações comercialmente sensíveis, constantes do procedimento, deverão ser mantidos em sigilo depois de cinco anos, pois a divulgação destes dados, ainda que históricos, aumentará o risco de colusão.
- f. A decisão de tornar públicas as informações confidenciais, constantes de centenas de procedimentos findos, surpreendeu as partes, advogados e consultores e criou uma insegurança jurídica.
- g. A divulgação de dados e informações confidenciais (especialmente a escrituração mercantil, o faturamento, a situação econômico-financeira, os valores pagos e os pormenores dos contratos) traria, para a comunidade acadêmica e para a sociedade, benefícios desproporcionalmente inferiores aos custos gerados. Aos estudiosos das decisões do CADE, já é possível ter uma boa compreensão das orientações adotadas e dos argumentos acolhidos e rejeitados em cada caso, bem como avaliar a efetividade das decisões e os efeitos alcançados (ou não) pelos remédios, sem que haja necessidade de divulgação de dados e informações confidenciais dos administrados para que haja aprimoramento do conhecimento científico.
- h. Não é adequado divulgar, apenas na página do CADE na rede mundial de computadores – *internet*, a lista de procedimentos cujos autos serão disponibilizados para consulta pública na página do CADE. O artigo 2º, parágrafo único, inciso V, da Lei nº 9.784/1999 exige a divulgação oficial dos atos administrativos — o que sugere, no mínimo, publicação no Diário Oficial ou intimação pessoal de cada um dos administrados que possam ser atingidos pelo ato administrativo. Além disso, não se pode esperar que advogados constituídos para cuidar de procedimentos findos há mais de cinco anos continuem mandatários das pessoas físicas ou jurídicas que participaram dos procedimentos, pois, em regra, seus mandatos cessam com o arquivamento de tais procedimentos. Sendo assim, não lhes cabe localizar seus antigos clientes, para comunicá-los que eles deverão manifestar seu interesse na manutenção do sigilo de dados e informações constantes dos autos dos procedimentos que figuram na lista divulgada na página do CADE.

7. O Exm^o Sr. PRESIDENTE DO CADE encaminhou o requerimento formulado pelo IBRAC e a manifestação da CECORE para esta PROCURADORIA FEDERAL, a fim de que emitisse parecer a respeito.

8. É o relatório. Passa-se, agora, à análise.

II – ANÁLISE

A) DA PUBLICIDADE DOS ATOS DO PODER PÚBLICO E DAS INFORMAÇÕES CONSTANTES DE ARQUIVOS, CADASTROS, BANCOS DE DADOS E REGISTROS ADMINISTRATIVOS

9. Provavelmente com o objetivo de evitar alguns desmandos que ocorriam na época da ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 buscou conferir a maior *transparência* possível aos atos do Poder Público, bem como a máxima *publicidade* às informações constantes de arquivos, cadastros, bancos de dados ou registros administrativos.

10. Esta preocupação permeia o texto constitucional. Por exemplo:

- a. o artigo 5º, inciso XXXIII, consagra o direito de receber, dos órgãos públicos, informações de interesse particular de determinada pessoa ou de interesse coletivo ou geral, a serem prestadas no prazo que a lei estipular;
- b. o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea ‘b’, consagra o direito à obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- c. o artigo 5º, inciso LX, e o artigo 93, inciso IX¹, estabelecem que os atos processuais e os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão, em regra, públicos;
- d. o artigo 5º, inciso LXII, prevê que a concessão do *habeas data* assegura “o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”; e
- e. o *caput* do artigo 37 da Carta Magna colocou a publicidade entre os princípios orientadores da Administração Pública, ao passo que o inciso II do § 3º do mesmo artigo² assegurou, aos administrados, o acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.

11. Todavia, o próprio diploma constitucional indica que a divulgação *irrestrita* de todos os atos do Poder Público e de todas as informações constantes dos arquivos, bancos de dados e registros administrativos poderia colocar em risco outros valores fundamentais.

12. Tanto é verdade que:

- a. do conjunto de informações que se teria direito de receber dos órgãos públicos, o artigo 5º, inciso XXXIII, exclui aquelas cujo sigilo seja imprescindível à *segurança da sociedade e do Estado*;

1 Este inciso teve a redação modificada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

2 Este inciso foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

- b. o artigo 5º, inciso LX, autoriza a lei a restringir a publicidade dos atos processuais quando a *defesa da intimidade* ou o *interesse social* o exigirem;
 - c. o artigo 93, inciso IX, permite que a lei limite a presença, em determinados atos processuais, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a *preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo* não prejudique o interesse público à informação;
 - d. ao condicionar o acesso dos administrados a registros administrativos e a informações sobre atos de governo à observância do disposto nos incisos X e XXXIII do artigo 5º, quis o artigo 37, § 3º, inciso II, dizer que os registros administrativos e as informações sobre atos de governo só serão disponibilizados ao público em geral, desde que a publicidade não ofenda a *intimidade*, a *vida privada*, a *honra* e a *imagem das pessoas*, nem prejudique a *segurança da sociedade e do Estado*.
13. Observa-se que os quatro dispositivos constitucionais acima citados admitem *limitações* ou *restrições* à divulgação dos atos do Poder Público e das informações constantes dos arquivos, bancos de dados e registros administrativos, quando tal divulgação tiver o condão de sacrificar outros valores fundamentais.
14. Entre tais valores fundamentais, destaca-se a *preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas* (presente em três dos quatro dispositivos citados).

B) DO ARTIGO 172 DO REGIMENTO INTERNO DO CADE, NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO QUE REGE O FORNECIMENTO, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE INFORMAÇÕES DE INTERESSE PARTICULAR OU DE INTERESSE COLETIVO E GERAL

15. Mencionou-se que o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988 consagra o direito de todos a receber, dos órgãos públicos, informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, excetuadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
16. Ao instituir a política nacional de arquivos públicos, a Lei nº 8.159/1991 procurou dar efetividade ao aludido dispositivo constitucional.
17. Com efeito, o artigo 4º desta lei praticamente reproduziu o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988.
18. Entretanto, do conjunto de informações que se tem direito de receber, contidas em documentos dos arquivos públicos, o artigo 4º da Lei nº 8.159/1991 não excluiu somente aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, mas também aquelas cujo sigilo seja indispensável para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (declaradas invioláveis pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988):

Art. 4º Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, *ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.*

19. Na tentativa de conciliar a necessidade de divulgação das informações constantes de arquivos públicos com a necessidade de preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, a Lei nº 8.159/1991 estabeleceu um prazo máximo de cem anos, ao término do qual o sigilo seria quebrado. Confira-se, a propósito, o artigo 23, § 3º, desta lei:

Art. 23 [...]

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um *prazo máximo de 100 (cem) anos*, a contar da sua data de produção.

20. A Lei nº 11.111/2005 (que regulamentou o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988) deixou intocado o aludido prazo máximo de cem anos, conforme se depreende do parágrafo único de seu artigo 7º, *in fine*:

Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, *no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991.*

21. O fundamento de um prazo tão dilatado é que dificilmente a divulgação de informações constantes de arquivos, cadastros, bancos de dados ou registros administrativos provocará danos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem de determinada pessoa, depois de passado um século.

22. Todavia, no momento em que estabeleceu um *prazo máximo*, o artigo 23, § 3º, da Lei nº 8.159/1991 tornou possível a *redução* do lapso temporal pela Administração Pública.

23. Foi o que fez o artigo 7º, inciso III, do Decreto nº 4.553/2002:

Art. 7º Os prazos de duração da classificação a que se refere este Decreto vigoram a partir da data de produção do dado ou informação e são os seguintes:

I - ultra-secreto: máximo de trinta anos;

II - secreto: máximo de vinte anos;

III - *confidencial*: máximo de dez anos; e

IV - reservado: máximo de cinco anos.

Parágrafo único. Os prazos de classificação poderão ser prorrogados uma vez, por igual período, pela autoridade responsável pela classificação ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre a matéria.

24. É bom ressaltar que, dentre as categorias previstas pelo Decreto nº 4.553/2002, as informações que dizem respeito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas são, em regra, classificáveis como *confidenciais*. Desse modo, o mencionado decreto reduziu o prazo de manutenção do sigilo de tais informações para o *máximo* de vinte anos (dez anos prorrogáveis, uma única vez, por igual período).

25. Como o Decreto nº 4.553/2002 igualmente fixou um prazo máximo, propiciou uma nova diminuição do lapso temporal pela Administração Pública.

26. O artigo 172 do Regimento Interno do CADE efetuou, então, uma redução para cinco anos, prorrogáveis, uma única vez, por igual período, a requerimento das partes:

Art. 172. Os autos dos procedimentos *confidenciais* arquivados estarão disponíveis para consulta pública após 05 (cinco) anos da decisão final do CADE.

§ 1º Anualmente, o CADE colocará em seu sítio (www.cade.gov.br) a lista de procedimentos que estarão disponíveis para consulta pública, bem como as informações para fins de consultas acadêmicas.

§ 2º Divulgada a relação, as partes legitimadas no procedimento objeto da mesma que queiram manter a *confidencialidade* anteriormente decretada, deverão, no prazo de 30 (trinta) dias da inclusão no sítio, requerer à Presidência, pelo mesmo período de 05 (cinco) anos, a manutenção do status quo, nos termos do Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002.

§ 3º Findo o prazo estipulado no parágrafo anterior, serão disponibilizados os procedimentos elencados na referida lista.

27. A fim de verificar se o acesso, por *quisque de populo*, aos autos dos procedimentos administrativos que contenham informações *confidenciais*, depois de cinco anos do encerramento do procedimento, ofende a *intimidade* e a *vida privada das pessoas*, convém esclarecer, primeiramente, o que faria parte da esfera recôndita e indevassável de determinado agente econômico.

C) DA ABRANGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA (ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

28. Quando se fala em intimidade e privacidade, vem à mente, em primeiro lugar, a vivência de certo *indivíduo* com a família, com o cônjuge e com os amigos, em locais que não são acessíveis, nem expostos ao público em geral; ou ainda a suas condutas, ocupações e atividades em ambientes fechados ou isolados, fora dos olhares alheios.

29. Sucede que a intimidade e a privacidade (de que trata o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988) são muito mais amplas do que isso.

30. De ordinário, entende-se que este dispositivo constitucional protege, ao máximo, da exposição pública todos os assuntos de trato íntimo que tenham aptidão para modificar a reputação de determinada *pessoa (física ou jurídica)* ou para provocar-lhe qualquer constrangimento ou embaraço, não apenas em seus relacionamentos familiares ou afetivos, mas também laborais, profissionais e mercantis.

31. No que concerne aos indivíduos, esta noção ampla de intimidade e privacidade implica tornar recônditas — na medida do indispensável — as informações como sua situação patrimonial; o valor de sua remuneração, rendimentos ou proventos; o montante de seus débitos e de suas movimentações financeiras e creditícias.

32. O mesmo se aplica, *mutatis mutandis*, às pessoas jurídicas: em virtude desta noção ampla de intimidade e privacidade, devem permanecer inacessíveis a *quisque de populo* — mais uma vez, na medida do indispensável — informações como sua situação patrimonial; seu faturamento ou receita bruta; o montante de seus débitos, de suas movimentações financeiras e creditícias; e seus resultados econômicos (lucros e prejuízos).

33. Não foi à toa que o artigo 198 do Código Tributário Nacional impôs, à Fazenda Pública e a seus servidores, o dever de guardar sigilo acerca da situação econômica ou financeira de determinada pessoa e acerca da natureza e do estado de seus negócios ou atividades. Conforme entendeu a Segunda Turma do Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o *sigilo fiscal* é um “desdobramento do direito à intimidade e à vida privada”³.

34. Tampouco foi à toa que o artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001 estabeleceu que as instituições financeiras deveriam conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados a terceiros. Mais uma vez, a Segunda Turma do Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pronunciou-se no sentido de que o sigilo bancário é uma “espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988”⁴.

35. Por conseguinte, se os arquivos e registros administrativos contiverem informações relativas à situação econômico-financeira de determinada pessoa, à natureza e ao estado de seus negócios ou atividades e a suas movimentações bancárias e creditícias, convém evitar, ao máximo, dar-lhes publicidade sem o consentimento daquela pessoa (ou, talvez, sem o transcurso de um intervalo de tempo considerável).

3 Cf. o voto proferido pela Exmª Ministra ELLEN GRACIE, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 87.654/PR.

4 Cf. a ementa do acórdão proferido por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 655.298/SP (cujo relator foi o Exmº Sr. Ministro EROS GRAU).

36. Afinal, estas informações constituem parte de sua *intimidade* e de sua *vida privada* (a tal ponto que mereceram um tratamento especial da legislação que rege a Administração tributária e da que rege as instituições financeiras).

37. Não são, todavia, apenas as informações sujeitas a sigilo fiscal ou bancário que têm de ser, na medida do indispensável, mantidas fora do alcance da curiosidade e indiscrição alheias.

38. No que atine aos empresários e sociedades empresárias, variadas informações devem permanecer recônditas, para que o empreendimento se mostre econômica e financeiramente viável e tenha condições de disputar mercado com os concorrentes.

39. Um exemplo seria o conjunto de fórmulas, técnicas, melhoramentos ou processos industriais que podem ser empregados para facilitar o fabrico de um produto ou aumentar sua utilidade industrial, sem serem de domínio público, nem evidentes a um especialista. Outros exemplos seriam a lista de clientes e fornecedores, os custos de produção, as estratégias de *marketing*, a formação dos preços e o volume de vendas.

40. Trata-se de informações cujo conhecimento coloca, sem dúvida, um empresário ou uma sociedade empresária em vantagem competitiva em relação aos concorrentes que não as possuem — o que justifica sua manutenção em segredo.

41. Este segredo é chamado de *sigilo empresarial*, e sua violação poderá caracterizar crime de concorrência desleal (artigo 195, inciso XI e XII, da Lei nº 9.279/1996) ou crime falimentar (artigo 169 da Lei nº 11.101/2005).

42. As informações de natureza industrial ou comercial, cujo conhecimento coloca um empresário ou uma sociedade empresária em vantagem competitiva sobre seus concorrentes, também constituem parte da intimidade e da vida privada destes agentes econômicos e, conseqüentemente, deverão ficar — na medida do indispensável — distantes dos olhos do público em geral.

43. À luz desta concepção ampla do direito fundamental à intimidade e privacidade, deve-se averiguar quais informações, suscetíveis de receber tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, fazem parte da esfera recôndita e indevassável dos agentes econômicos.

44. Nos termos do artigo 26 da Portaria nº 04/2006 do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, do artigo 4º da Portaria nº 46/2006 da SEAE e do artigo 44 do Regimento Interno do CADE, poderá ser concedido tratamento confidencial a autos de procedimentos, documentos e objetos que contenham, dentre outras, informações relativas a:

- a. escrituração mercantil;
- b. situação econômico-financeira de empresa;
- c. sigilo fiscal ou bancário;
- d. segredos de empresa;

- e. processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos;
 - f. faturamento do requerente ou do grupo a que pertença;
 - g. data, valor da operação e forma de pagamento;
 - h. documentos que formalizam o ato de concentração notificado;
 - i. último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público;
 - j. valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras;
 - k. clientes e fornecedores;
 - l. capacidade instalada;
 - m. custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços.
45. Analisando-se as informações suscetíveis de receber tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, constata-se que, não por acaso, quase todas estas informações estão abrigadas, em outras esferas, pelo manto do sigilo fiscal, bancário e empresarial — circunstância que indica que elas fazem parte da esfera recôndita e indevassável do agente econômico a que se referem.
46. Dessa maneira, é o caso de investigar se tais informações poderiam ser divulgadas sem o consentimento da pessoa a quem se referem, depois do transcurso de um determinado período. Se a resposta for afirmativa, deve-se indagar se o transcurso de um quinquênio é suficiente para tornar mínimos os danos que a disponibilização de tais informações ao público em geral poderá ocasionar à intimidade e à vida privada dos agentes econômicos a quem dizem respeito.

D) DA POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE DIVULGAÇÃO DE UMA INFORMAÇÃO QUE RECEBEU TRATAMENTO CONFIDENCIAL NO ÂMBITO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.

47. Conforme se viu anteriormente, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a existência de um interesse coletivo à informação — o qual se manifesta na exigência de que se dê a maior publicidade possível aos atos do Poder Público e às informações constantes de arquivos, cadastros, bancos de dados e registros administrativos.
48. Ao mesmo tempo, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em resguardar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, coibindo o acesso, por *quisque de populo*, a informações constantes de arquivos, cadastros, bancos de dados e registros administrativos, sempre que a divulgação destas informações ameaçasse a esfera recôndita e indevassável de uma ou mais pessoas.
49. Também se viu que, na tentativa de conciliar a necessidade de divulgação das informações constantes de arquivos públicos com a necessidade de preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a

imagem das pessoas, a Lei nº 8.159/1991 estabeleceu um prazo máximo de cem anos, ao término do qual o sigilo seria quebrado.

50. Ao fixar um prazo máximo de cem anos, a lei tentou, de um lado, resguardar, da curiosidade e indiscrição alheias, a esfera recôndita e indevassável de uma ou mais pessoas, criando uma presunção de que, após o *decurso de um intervalo de tempo considerável*, a divulgação de determinada informação dificilmente provocaria danos significativos à intimidade, à vida privada, à imagem ou à honra das pessoas a quem a informação se refere.

51. De outro, a lei assegurou que o sigilo não seria perpétuo, propiciando que as gerações presentes ou futuras tivessem acesso a determinada informação, *logo que* o sigilo não mais fosse imprescindível para a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de uma ou mais pessoas.

52. Existem, porém, algumas informações que, embora constem de cadastros, bancos de dados e registros administrativos, jamais são disponibilizadas ao público em geral, mesmo após o transcurso de um intervalo de tempo considerável.

53. É o caso das informações que a Fazenda Pública detém acerca da situação econômica ou financeira de determinada pessoa e acerca da natureza e do estado de seus negócios ou atividades. O Código Tributário Nacional não prevê a extinção do sigilo fiscal após o transcurso de um intervalo de tempo considerável, sem que se cogite a existência de eventual lacuna na legislação.

54. Saindo da esfera da Administração Pública, observa-se que a legislação que rege as instituições financeiras igualmente não prevê a extinção do sigilo bancário depois do transcurso de um intervalo de tempo considerável. Mais uma vez, não se conhece alguém que sustente a existência de eventual lacuna na legislação.

55. Observa-se, igualmente, que o sigilo empresarial não se extingue em razão do decurso de certo período. Os crimes relativos à violação do sigilo empresarial (seja os previstos pelos incisos XI e XII do artigo 195 da Lei nº 9.279/1996, seja o previsto pelo artigo 169 da Lei nº 11.101/2005) não são descaracterizados, em virtude de ter a informação sigilosa sido obtida muito tempo antes de sua divulgação, exploração ou utilização (ações nucleares dos tipos penais).

56. Tendo em vista que as informações suscetíveis de receber tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA estão, em outras esferas, submetidas a sigilo fiscal, bancário e empresarial, não há, *a priori*, motivo para divulgá-las, mesmo após o decurso de um intervalo de tempo considerável.

57. Afinal, o sigilo fiscal, o bancário e o empresarial são perpétuos, sem que esta perpetuidade gere questionamentos quanto a eventual violação ao interesse coletivo à informação.

58. Por esta razão, o CADE deveria evitar a divulgação dos autos de procedimentos que contenham informações confidenciais dos

agentes econômicos, tornando perpétuo o sigilo que recai sobre tais informações (tal como sugeriu a CECORE). Ou seja, o PLENÁRIO desta autarquia federal deveria avaliar a conveniência e oportunidade de revogar o artigo 172 do Regimento Interno.

E) DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DO PRAZO QÜINQÜENAL PREVISTO PELO ARTIGO 172 DO REGIMENTO INTERNO DO CADE

59. Caso se entenda que as informações que receberam tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA poderão ser divulgadas depois do transcurso de um intervalo de tempo significativo (não devendo ser mantidas sob sigilo *ad aeternum*), convém analisar se o qüinqüênio fixado pelo artigo 172 do Regimento Interno do CADE minimiza os danos que a disponibilização de tais informações a *quisque de populo* poderá provocar à intimidade e à vida privada dos agentes econômicos a quem dizem respeito.

60. Ao fixar em cinco anos (prorrogáveis, uma única vez, por igual período, a requerimento das partes) o prazo de divulgação das informações mantidas, até então, sob sigilo, o PLENÁRIO DO CADE aparentemente não ultrapassou, no exercício de sua competência regulamentar, a *margem de discricção* que lhe foi conferida pela Lei nº 8.159/1991, pela Lei nº 11.111/2005 e pelo Decreto nº 4.553/2002.

61. Afinal, as mencionadas leis estabeleceram um prazo *máximo* de cem anos para a quebra do sigilo de documentos que contenham informações referentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, ao passo que o decreto, conquanto tenha reduzido o lapso temporal previsto pelas leis, acabou por fixar um prazo *máximo* de dez anos, prorrogáveis, uma única vez, por igual período.

62. Ocorre que a discricionariedade não implica total liberdade para a Administração Pública.

63. Sempre que uma lei confere uma margem de discricção a um determinado órgão ou entidade da Administração Pública, pretende-se que este órgão ou entidade escolha, entre as diversas alternativas possíveis, aquela que melhor propicie, *in concreto*, a consecução da *finalidade* almejada pela lei.

64. Consoante se explanou acima, a Lei nº 8.159/1991 procurou conciliar o interesse coletivo à informação com a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

65. Ao fixar o prazo máximo de cem anos, a lei assegurou, de um lado, que o sigilo não seria perpétuo (ou seja, evitou um sacrifício desmedido do interesse coletivo à informação) e, de outro, pressupôs que a divulgação de determinada informação, após o decurso de um intervalo de tempo considerável, dificilmente provocaria danos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas a quem a informação se refere (isto é, evitou

um sacrifício desmedido do direito fundamental consagrado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988).

66. Desse modo, o PLENÁRIO DO CADE, quando previu um prazo para a cessação do sigilo das informações constantes dos autos dos procedimentos arquivados, deveria ter procurado conciliar — da maneira que melhor se adequasse à realidade do ambiente onde são travadas as relações concorrenciais — o interesse coletivo à informação com a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos agentes econômicos, sem sacrificar desmedidamente nenhum destes valores.

67. Ocorre que o prazo fixado no artigo 172 do Regimento Interno do CADE coloca em *risco excessivo* o direito fundamental à intimidade e à privacidade dos agentes econômicos.

68. Segundo ressaltou a CECORE, a divulgação da maioria das informações suscetíveis de receber tratamento confidencial pelo SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA — mesmo depois de cinco ou dez anos a contar do encerramento do procedimento — poderá interferir nas relações concorrenciais ou causar prejuízos ao empresário e sociedade empresária a quem estas informações se referem, uma vez que tais informações não perdem, neste intervalo de tempo, sua natureza estratégica, nem deixam de ser comercialmente sensíveis.

69. Além disso, como a CECORE chamou a atenção, alguns contratos são firmados por prazo indeterminado ou vigoram por um período superior a cinco ou dez anos.

70. Sem mencionar que os segredos industriais e comerciais poderão subsistir depois de decorrido o prazo previsto pelo artigo 172 do Regimento Interno do CADE (consoante destacaram o IBRAC e a CECORE).

71. Na medida em que a manutenção do sigilo de determinadas informações por um período exíguo resultará em um sacrifício desmedido da intimidade e da privacidade dos agentes econômicos, tem-se que o PLENÁRIO DO CADE, no exercício de sua competência regulamentar, não escolheu a alternativa que implicaria, simultaneamente, o menor sacrifício dos dois valores que estavam em jogo (o interesse coletivo à informação e a preservação da intimidade e da privacidade dos agentes econômicos).

72. Em outras palavras, o PLENÁRIO DO CADE, na fixação do prazo para cessação do sigilo das informações constantes dos autos dos procedimentos arquivados, não fez a devida ponderação dos valores em jogo e, no momento em que fixou um prazo exíguo, deixou de observar a razoabilidade e a proporcionalidade.

73. Como se não bastasse, é preciso ter em mente que a possibilidade de divulgação de informações confidenciais servirá de *forte desestímulo* aos agentes econômicos que se propunham a colaborar com o SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Afinal, o agente econômico preferirá pagar a multa cominada pelo artigo 26 da Lei nº 8.884/1994 a fornecer uma informação estratégica que, dentro de cinco ou dez anos, se tornará acessível ao público em geral.

74. Dessa maneira, se o PLENÁRIO DO CADE entender que as informações que receberam tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA poderão ser divulgadas depois do transcurso de um intervalo de tempo significativo (não devendo ser mantidas sob sigilo *ad aeternum*), é recomendável que avalie a conveniência e oportunidade de alterar o artigo 172 do Regimento Interno, no intuito de alargar o período ao longo do qual as informações serão mantidas sob sigilo.

F) DA NECESSIDADE DE CIENTIFICAR PESSOALMENTE OS AGENTES ECONÔMICOS DA QUEBRA DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES

75. Antes de encerrar a análise, é bom salientar que a divulgação da relação de procedimentos que seriam disponibilizados para consulta pública, exclusivamente na página do CADE na rede mundial de computadores – *internet*, não constitui um meio idôneo para a comunicação da quebra da confidencialidade, nem para a convocação dos interessados para manifestar, dentro de trinta dias, seu interesse na manutenção do sigilo de informações constantes dos autos de alguns destes procedimentos.

76. Diante da possibilidade de que a divulgação das informações constantes dos autos mantidos, até então, sob sigilo ocasione prejuízos aos agentes econômicos aos quais estas informações se referem, o ideal é cientificar pessoalmente tais agentes econômicos, por um meio que assegure a certeza da ciência do interessado (como a via postal com aviso de recebimento).

III – SÍNTESE CONCLUSIVA

77. Tendo em vista que as informações suscetíveis de receber tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA estão, em outras esferas, submetidas a sigilo fiscal, bancário e empresarial, esta PROCURADORIA FEDERAL entende que o CADE deveria evitar a divulgação dos autos de procedimentos que contenham informações confidenciais dos agentes econômicos, tornando perpétuo o sigilo que recai sobre tais informações.

78. Em decorrência disso, esta PROCURADORIA FEDERAL sugere, ao Plenário do CADE, que avalie a conveniência e oportunidade de revogar o artigo 172 do Regimento Interno.

79. Caso se entenda que as informações que receberam tratamento confidencial no âmbito do SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA poderão ser divulgadas depois do transcurso de um intervalo de tempo significativo (não devendo ser mantidas sob sigilo *ad aeternum*), esta PROCURADORIA FEDERAL recomenda ao PLENÁRIO DO CADE que avalie a conveniência e oportunidade de alterar o artigo 172 do Regimento Interno, no intuito de alargar o período ao longo do qual as informações serão mantidas sob sigilo.