



CONFIDENCIALIDADE NA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Edilene Lôbo*
Maria Andréia Lemos**

RESUMO

Este artigo indaga em que medida é possível adotar confidencialidade nos procedimentos de mediação no âmbito da administração pública, filtrando-os pelo princípio constitucional da publicidade. O objetivo é verificar se no paradigma do Estado Democrático de Direito há espaço para que o gestor fuja à fiscalidade popular quando adota técnicas alternativas de resolução de conflitos. A importância do trabalho é patente diante da necessidade de efetivar transparência na esfera pública e estimular a construção da consensualidade pelo diálogo sob as vistas da coletividade. O método adotado é o prospectivo indutivo, revisando literatura e legislação pertinentes.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; Confidencialidade; Mediação; Administração Pública; Controle Popular.

CONFIDENTIALITY OF THE SELF-COMPOSITION OF DISPUTES IN THE PUBLIC ADMINISTRATION'S FIELD

ABSTRACT

This article asks in which extent it is possible to adopt confidentiality during mediation proceedings in the Public Administration's field, filtering it through the constitutional principle of publicity. The aim is to check if in the Democratic Rule of Law State paradigm there is room for public officials to escape public supervision when adopting alternative techniques of disputes resolution. The work's value is evident in face of the necessary transparency in the administration of public matters and to encourage consensus building through public debate under the eyes of the collectivity.

KEY-WORDS: Democratic Rule of Law State; Confidentiality; Mediation; Public Administration; Popular Control.

*Doutora em Direito Processual (PUCMINAS). Mestre em Direito Administrativo (UFMG). Especialista em Processo Penal pela Universidad Castilla La Mancha (ES). Professora da Graduação e do Mestrado em Proteção de Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Professora Convidada da Pós-Graduação em Direito e Processo Eleitoral da PUCMINAS. Professora Convidada da Pós-Graduação em Direito Eleitoral do CEDIN. Coordenadora do Grupo de Pesquisa da Universidade de Itaúna: Processo Eleitoral Democrático: Inclusão e Visibilidade. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral - ABRADep. Advogada. Endereço: Rua Santa Catarina, nº 1.627, cj. 1401, Bairro Lourdes, Belo Horizonte-MG, CEP 30.170-081. Email: edilnelobo@yahoo.com.br

** Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Pós-Graduada *lato sensu* (Especialista) em Direito Processual e Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUCMINAS). Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais (UNIVERSIDADE DE ITAÚNA). Advogada. E-mail: m.a.lemos@hotmail.com. Endereço: Av. Olegário Maciel, 2345, salas 301/302, Bairro Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG, CEP 30.180-112.



INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe analisar o conflito entre o princípio da publicidade - fixado no artigo 37 da Constituição brasileira, preceito geral que impõe ao administrador público o dever de submeter seus atos ao conhecimento dos reais detentores do poder¹ - e a segredação exigida como regra na mediação realizada no âmbito da administração pública, fazendo incidir a confidencialidade prevista no inciso VII, artigo 2º da Lei nº 13.140/2015, diploma que fixa o regime jurídico desse tipo de procedimento como técnica alternativa de solução de controvérsias.

Desde o preâmbulo que essa normativa indica os dois temas que cuida de regular: a medição entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, demarcando o conjunto de mecanismos que pode ser implantado (artigos 32 a 40), muito embora o próprio Código de Processo Civil tenha tratado disso no §2º do seu artigo 3º, prevendo que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual, daí abarcando a esfera pública, por óbvio.

De todo modo, diante do princípio da legalidade, que exige regra formal específica para ação dos gestores públicos, o artigo 33 da lei diz que enquanto não forem criadas as câmaras de mediação nos órgãos da Advocacia Pública, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos da mediação entre particulares.

Traçando os princípios que estruturam a mediação, por sua vez, o artigo 2º os declina, colocando-os ao lado da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade, busca do consenso e boa-fé, e confidencialidade.

Tamanha sua importância que no início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, “o mediador deverá alertar as partes acerca das regras da confidencialidade aplicáveis ao procedimento”.²

Na seção própria da lei, artigos 30 e 31, a confidencialidade mais uma vez é regra geral, obrigando a todos os participantes do procedimento, só admitindo exceção “se as partes

¹ Conforme parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

² *Caput* do artigo 14 da Lei nº 13.140/2015.



expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido".³

Apenas quando se tratar de ocorrência de crime de ação pública é que a informação não está abrigada pela regra da confidencialidade.

Dessa forma, parece não haver reserva quanto à aplicação do princípio legal da confidencialidade, mesmo à luz do princípio constitucional da publicidade, quando se tratar de mediação envolvendo entes públicos.

A par dessa leitura, o enfoque dado neste trabalho é aferir em que medida é possível o segredo quando se negocia em nome da coletividade, à vista do paradigma de Estado Democrático de Direito no qual o povo é detentor de todo o poder, associado ao direito constitucional de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou coletivo, que só admite sigilo quando “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.⁴

O objetivo geral do presente trabalho, portanto, é analisar a validade desses comandos à luz da Constituição, adotando o método prospectivo indutivo, revisando literatura e legislação pertinente, tendo como referencial teórico a soberania popular como estrutura do paradigma de Estado Democrático de Direito, no bojo do qual não pode haver segredos, eis que se trata do “governo do público em público”, como ensinava Norberto Bobbio (2000:386), defendendo o poder visível.

Para chegar às conclusões ofertadas, o trabalho divide-se em três partes, iniciando pelo exame da fiscalidade como poder intangível do povo, os necessários aportes da jurisprudência à possibilidade de se adotar a mediação como espécie de autocomposição aplicável à esfera pública, desaguando na crítica à segredação imposta aos acordos de leniência no formato atual.

Aliás, diga-se, de passagem, como anota Isabela Bessa, que na realização dos acordos de leniência outorgada por lei no âmbito do Poder Executivo “o Ministério Público vem usurpando a competência outorgada por lei no âmbito do Poder Executivo Federal à Controladoria Geral da União”.⁵

Não bastasse o déficit de publicidade sucede invasão de atribuições de órgão específico, merecendo toda atenção dos estudiosos do campo. Sim porque a valer o que se

³ *Caput* do artigo 30 da Lei nº 13.140/2015.

⁴ Inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição do Brasil.

⁵ BESSA, Isabela. *Mediação Judicial por aperfeiçoar acordo de leniência*. Revista Eletrônica CONJUR. 14 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-14/isabela-bessa-mediacao-aperfeicoar-acordo-leniencia>. Acesso em 20 ago. 2019.

vem adotando desde a tridimensional Operação Lava Jato⁶, muito desses acordos poderão ser anulados, a manter a hipertrofia registrada.⁷

Voltando ao tema central, defende-se a possibilidade de aportar as achegas da Lei da Mediação aos acordos de leniência, desde que lhe seja retirada a segredação inconstitucional, realçando o imprescindível controle dos atos estatais pelo poder popular. Ou, quando adotada, que se demonstre de modo exauriente e convincente as razões para fazê-lo, estabelecendo prazo máximo de duração do segredo, que não pode ser eterno e deve conter formas de mitigação ao longo do tempo.

1. PODER POPULAR E CONTROLE DOS ATOS ESTATAIS

Para o enfoque dado a este trabalho é necessário reafirmar que a Constituição do Brasil estabelece como chave do paradigma democrático que todo o poder emana do povo. Assim, sendo ele o soberano, impossível compreender a existência de atos estatais que fujam à sua fiscalidade, ainda menos se fora do processo garantia^{8 9}.

Ainda que o poder do povo possa ser exercido por meio de representantes, como a própria Constituição estabelece, é também dela a previsão que 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 ainda, no inciso LX, do artigo 5º, está fixado que a lei só poderá restringir a

⁶ Força tarefa composta por Delegados Federais e Procuradores da República, montada para combater atos de corrupção e que se apresenta atuando inclusive na firmação de acordos de leniência, quando se sabe que a competência exclusiva para fazê-lo é da União Federal, por meios dos órgãos próprios (AGU e CGU).

⁷ Força tarefa composta por Delegados Federais e Procuradores da República, montada para combater atos de corrupção e que se apresenta atuando inclusive na firmação de acordos de leniência, quando se sabe que a competência exclusiva para fazê-lo é da União Federal, por meios dos órgãos próprios (AGU e CGU).

⁸ Rosemiro Pereira Leal esclarece que o *processo* não se despontou, com as atuais características de institucionalização de garantias fundamentais, ao simples e automático “exercício da jurisdição” pelo Estado. Aliás, o exercício da jurisdição pelo Estado não revela, por si mesmo, a existência do *processo*. Tanto é que, nos Estados autocráticos ou pseudodemocráticos, nos quais se concebe o “processo” como instrumento ou método de atuação da jurisdição, há jurisdição, mas não há *processo* como instrumentador da atividade jurisdicional pelos direitos fundamentais da *isonomia*, da *ampla defesa* e do *contraditório*. Não procede, como querem Cintra, Grinover e Dinamarco, afirmar, sem explicar, que “a jurisdição se exerce através do processo”, que é, segundo eles, mero instrumento e meio (método usual) do exercício da jurisdição, confundindo, assim, a estruturação do procedimento e a instituição constitucionalizada do *processo* (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 48).

⁹ Ainda mais quando se tem os graves defeitos de competência e legitimidade para os ajustes celebrados recentemente, diante da “atuação descoordenada por parte do Poder Público” que “causa extrema insegurança jurídica”. (In: BESSA, Isabela. *Mediação Judicial por aperfeiçoar acordo de leniência*. Revista Eletrônica CONJUR. 14 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-14/isabela-bessa-mediacao-aperfeiçoar-acordo-leniencia>. Acesso em 20 ago. 2019).



publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Esses comandos permitem concluir que a publicidade é a regra e, o segredo, a exceção.

Dhenis Cruz Madeira, comentando esse poder conferido pela Constituição, esclarece que seu exercício é atributo inalienável e insuprimível de seu emanante (povo), o qual, ainda quando expressa sua vontade soberana por meio de representantes, possui o direito de fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder, expondo-se às consequências de perda de legitimidade democrática¹⁰ a se ter o inverso.

Salienta, ainda, Dhenis Cruz Madeira, que admitir que o povo eleja seus representantes e, após tal eleição, proibir a fiscalização popular das atividades governativas seria, quando nada, desrespeitar o paradigma do Estado Democrático de Direito, porque, à luz da Constituição, pode-se dizer que o Estado, em si, não representa a democracia.¹¹ Isso quer dizer que, ainda que o representante seja adequado, ele não pode suplantar o povo, ao qual se subordina.

Como ensina Rosemiro Pereira Leal, a teoria da soberania popular absoluta se afirmou na titularidade indelegável do povo de construir a ordem jurídica, porque é o povo que decide as estruturas do Estado e do Direito. Com essa concepção, não há mais falar em tirania da maioria. Sequer é possível esbarrar na justificativa de que a massa popular não é lúcida ou politicamente consciente para estruturar e fundamentalizar direitos universais de dignidade mínima e de liberdade política. E se é assim, por opressão cultural ou por manobras escusas de governantes, o Estado ainda se conceitua como entidade mítica (hegeliana) de preservação de classes de especialistas em justiça e bem-comum somente compreensíveis numa pragmática de decisores sábios¹². Com o que não se compactua, porque alheia o povo do processo decisório.

Nesse enfoque, como trata a Constituição brasileira, a publicidade deve ser a regra, preceito geral, e a exceção somente se o interesse social ou a defesa da intimidade assim o exigir. Mesmo assim, depois de bem fundamentada a decisão, que também deve ser submetida a controle.

¹⁰ MADEIRA, Dhenis Cruz, Teoria do processo e discurso normativo - Digressões democráticas. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 142.

¹¹ MADEIRA, Dhenis Cruz, Teoria do processo e discurso normativo - Digressões democráticas. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 142.

¹² LEAL, Rosemiro Pereira. *TEORIA GERAL DO PROCESSO*: Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 54.



Fora desse quadrante, já que a Constituição veda que a lei estabeleça restrição à publicidade (LX, art. 5º), não há cabimento no sigilo dos dados relativos à autocomposição em que atuem, como parte, os entes da Administração.

Para reforçar, a salvaguarda dos sistemas de direitos é o aprofundamento da participação popular na tomada de decisões públicas, resgatando o controle sobre a atividade estatal, que deve ser desempenhada sob a luz da inclusão¹³. Nesse mesmo diapasão se colocam as técnicas alternativas na resolução de conflitos, sem preterição do processo como garantia de argumentação e das decisões compartilhadas como protótipo da busca pela paz duradoura¹⁴.

2. MEDIAÇÃO NA ESFERA PÚBLICA

A mediação, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, constitui-se, historicamente, na manifestação de transigência entre particulares, para encontrar a solução para seus conflitos, sem intervenção do Estado, passando pela indicação consensual de um ou vários intermediários que lhes pacifiquem os interesses¹⁵.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a mediação existe desde os primórdios da humanidade, vez que, onde há conflito sempre há alguém disposto a mediar os conflituosos, ainda que informalmente, gratuitamente ou mediante paga.

Mesmo não sendo um instituto novo, na década de 1960, sobretudo nos Estados Unidos, surgiu o movimento de retomada das técnicas de resolução extrajudiciais de conflito, com destaque para a mediação, conforme salienta Maria Tereza Fonseca Dias¹⁶. Ali se viu tentativa de restabelecer a resolução de conflitos por meio do diálogo, tão escasso em tempos atuais de retrocesso lá e aqui, embora se esteja no século em que a sociedade mais dispõe de tecnologia para se comunicar.

¹³ LÔBO, Edilene. As Raízes Medievais do Processo Judicial Brasileiro. Revista Perseu, Nº 15, Ano 12, 2018, p. 46.

¹⁴ LÔBO, Edilene. As Raízes Medievais do Processo Judicial Brasileiro. Revista Perseu, Nº 15, Ano 12, 2018, p. 46.

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *TEORIA GERAL DO PROCESSO: Primeiros Estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 44.

¹⁶ FONSECA DIAS, Maria Tereza, *A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público*. Revista Internacional de Contratos Públicos, Ano 26, Número 151, publicado em 22 abr. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acessado em 10 jul. de 2019.



Essa retomada se deu em função do declínio do Estado Social e da dificuldade dos cidadãos de acessar a judicância estatal, levando tais técnicas a ganhar força e credibilidade.

Em que pese a longevidade do instituto, ainda que informal, como se disse, nos últimos anos o Brasil estabeleceu em dois diplomas legislativos citados alhures, os mecanismos para adoção da prática (Lei 13.105/2015, CPC), amplamente normatizado (Lei 13.140/2015), aptos, como pontua José Luís Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler, a reduzirem a demanda pela decisão judicial e permitir uma melhora nos números relativos à gestão desse sistema.¹⁷

Esses autores concebem a utilização da mediação como meio judicial de resolução de conflitos na conceituação de Luís Alberto Warat, ou seja, enquanto espécie do gênero justiça consensual, que pode ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal¹⁸.

A importância do uso da mediação conforme Warat, pelos olhos desses autores, é que proporciona alternatividade enquanto possibilidade de ver e perceber o outro, e suas dificuldades no conflito, modificando a visão de litigiosidade que o próprio conflito já traz, para manejar soluções melhores para cada caso¹⁹.

À luz dessa compreensão de Luís Alberto Warat, de que a mediação proporciona perceber o outro e suas dificuldades no conflito, José Luís Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler demonstram preocupação no estabelecimento desse procedimento, como técnica de solução de conflito na esfera judicial, uma vez que, se de um lado pode qualificar as respostas estatais à cidadania, ou seja, no âmbito da judicância tradicional, de outro, fazer o desenho normativo da mediação ou adotá-la como instrumento de gestão de crise pode significar um constrangimento contrário à potência que lhe é própria²⁰. Ou seja: há risco de *ectar a perder* iniciativa tão interessante para a inclusão da cidadania e a construção da paz pelo diálogo.

¹⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de, SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 249.

¹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de, SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 129.

¹⁹ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do mediador*. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2004, p. 62.

²⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de, SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 251.



Esses autores compreendem que a incorporação da mediação como mecanismo do Poder Judiciário vai de encontro àquilo que de melhor ela tem para contribuir para a construção de uma cultura social em torno do conflito, percebido, assim, como constitutivo da própria sociedade, que não se coloca como um elemento desagregador, mas carrega um aspecto positivo, que não separa, mas reúne, que não afasta, mas aproxima.

Noutro ângulo, no setor público, o grande impasse é conciliar um procedimento que, em princípio deve ser confidencial vez que as partes necessitam de segurança para preservação de seus relatos e do próprio processo para estimular a autocomposição sem constrangimentos e receios, ao lado da necessidade de se abrir à fiscalidade ampla os atos praticados pelos representantes do povo.

Ao lado do risco de adotar a mediação como instrumento de gestão de crise, há o decote de legitimidade com a confidencialidade aleatória, demandando cautela e fundamentação convincente na sua aplicação, quando e se efetivamente necessária.

Como salienta Luciane Moessa de Souza, diversos autores já alertaram para o fato que a confidencialidade na mediação, mesmo em processos envolvendo apenas entes privados, mas com potencialidade de repetição (demandas envolvendo direitos ambientais ou de consumidores, por exemplo), representa uma séria ameaça aos pilares do Estado Democrático de Direito, em termos de controle e transparência na aplicação do direito.²¹

Não há dúvidas quanto aos benefícios e a importância da adoção dessa técnica de autocomposição, e o quão importante é para a resolução de conflitos fora da função judicial, mas também é preciso compreender que essa atuação não pode desconsiderar o direito coletivo e a busca da construção de uma sociedade plural e participativa.

Como registrou o Supremo Tribunal Federal brasileiro:

(...)

28. A mediação e a arbitragem, enquanto métodos voluntários e alternativos à jurisdição estatal, (i) minimizam a demanda pelo Poder Judiciário e (ii) propiciam a análise dos conflitos intersubjetivos por técnicos e especialistas no tema.

29. A novel disciplina legal deixa evidente o caráter voluntário da submissão de eventuais litígios aos procedimentos alternativos de solução perante órgão da Administração Pública federal. Essa voluntariedade decorre diretamente da Constituição da República (CRFB, art. 5º, XXXV) (...).²²

²¹ SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 116.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 5.062, relatada pelo Ministro Luiz Fux, acórdão publicado no Diário do Judiciário eletrônico de 21 de junho de 2016. Disponível em:



Reconhecendo o caráter voluntário como da essência do procedimento, exige-se ainda mais que seja realizado á luz do sol, para se evitar o embuste ao invés da construção de alternativas que permita acesso à jurisdição.

3. SEGREGAÇÃO E ACORDOS DE LENIÊNCIA: O NECESSÁRIO APORTE PARADIGMÁTICO

Vale estudar o caso específico da segregação dos dados considerados de interesse comercial das empresas que firmaram acordos de leniência sob regência da Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de tais pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Referida norma preconiza que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública deve instaurar processo administrativo para apuração de responsabilidade da pessoa jurídica que praticar os atos ali tipificados, podendo daí se produzir acordos com aquelas que colaborem efetivamente com as investigações.

Essa lei também estabelece que é a Controladoria Geral da União – CGU o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Embora estabeleça que proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo (§6º, art. 16), a Controladoria Geral da União vem divulgado tais avenças com dados encobertos por tarjas, impedindo a decantada fiscalidade popular.

Constata-se isso na divulgação dos acordos de leniência firmados com as empresas UTC Participações S/A, Bilfinger, Mullen Lowe e FCB Brasil, Odebrecht, SBM Offshore e Andrade Gutierrez²³ investigadas na Operação Lava Jato²⁴, publicados no endereço eletrônico da Controladoria Geral da União.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONFIDENCIALIDADE+NA+ME+DIA+C7%C3O%29&base=baseAcordos&url=http://tinyurl.com/yydqyq8q>. Acesso em 12 de ago. 2019.

²³ Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acessado em 12 de jul 2019.

²⁴ Conforme divulgado pela imprensa, a teor da matéria jornalística “Lava Jato: AGU e CGU fecham acordo de leniência com empresas de publicidade que prevê devolução de R\$ 53 milhões”. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/agu-e-cgu-fecham-o-primeiro-acordo-de-leniencia-da-lava-jato-com-empresas-de-publicidade.ghhtml>. Acessado em 12 jul 2019.

Tentando explicar as tarjas, especialmente sobre a memória de cálculo das multas, a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU) divulgaram nota de esclarecimento²⁵, justificando que nessas partes há diversas informações comerciais das empresas, que devem ser ocultadas (faturamentos brutos, lucros obtidos em contratos etc). Tais dados, de alguma forma são também públicos, seja por força da lei de licitações que obriga a demonstrar a composição de preços, logo, dos lucros, assim como da lei das sociedades anônimas que obriga a divulgação de balanços contendo faturamentos e outras informações para lançarem ações na bolsa de valores, por exemplo. Isso que dizer que a segredação nesse ponto não tem qualquer razão de ser.

Todavia, a referida nota de esclarecimento explica que as informações são tarjadas em razão de enquadramento em hipóteses legais de sigilo, como por exemplo: informações comerciais e fiscais das empresas; dados pessoais; informações e documentos relacionados a eventuais apurações decorrentes da celebração dos acordos que, se divulgados, poderiam prejudicar a política de leniência e seus resultados.

Entretanto, os autores da nota desconsideram que no Estado Democrático de Direito não há lugar para ações sem opção de fiscalidade, ainda que de modo restrito, pois a política de leniência e seus resultados não são um fim em si. Sua finalidade é possibilitar mínima recomposição do bem coletivo violado, sem cortinas de fumaça.

Em outras justificativas não sustentáveis, aludida nota assevera que a divulgação de informações que possam expor a estratégia de negociação, deve ser mantida reservada de modo a preservar o interesse público, já que em qualquer processo negocial as estratégias são fundamentais para o seu resultado útil. E trazem informação quase que inútil ao caso, assentando que o princípio da publicidade não é absoluto, vez que o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição garante que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O jogo de palavras adotado é despiciendo.

Nesse ponto, a calhar a reflexões de André Del Negri, apresentando os questionamentos que se reprisam neste trabalho: como conciliar o que está escrito no inciso XXXIII, do art. 5º, da Constituição, “segurança da sociedade e do Estado” e efetivar o

²⁵ Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/arquivos/como-e-feita-a-divulgacao-dos-acordos-de-leniencia.pdf>. Acessado em 10 jul 2019.



princípio da publicidade? Como defender o *segredo de Estado* sem diminuir a fiscalidade de qualquer do povo por meio do *processo*?²⁶

Com as reflexões de Hannah Arent, André Del Negri²⁷ destaca que o “sigilo – diplomaticamente chamado de ‘discrição’ e de *arcana imperii* (os mistérios do governo) – ou até mesmo de embuste, falsidade, mentira fibrosa e descarada, são expedientes usados como meios ‘para alcançar fins políticos desde os primórdios da história documentada’”.²⁸

Ao tempo em que responde aos questionamentos, André Del Negri permite concluir que as informações públicas se escondem atrás de uma cortina de sigilo a despeito de o ‘assunto’ ser de ‘segurança da sociedade e do Estado’ e a única maneira de perfurar essa ‘cortina’ é a instituição do processo pelo traço da teoria neoinstitucionalista²⁹. O que significa dizer, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, que o *processo* entra nesse discurso como um ‘neoparadigma com função metalinguística a demarcar um meta-sentido’ para que o *povo* (legitimado ao processo) exerça uma ‘simétrica paridade interpretativa’ (*hermenêutica isomênica*)”.³⁰

Na nota em comento, a CGU e a AGU justificam ainda, que o inciso VIII do art. 23 da Lei de Acesso à Informação³¹ inclui nos dados segredados aquelas informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, as relacionadas às

²⁶ LEAL, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo; DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. (Coords). *Processo como democracia na contemporaneidade: Colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2019, p. 33.

²⁷ LEAL, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo; DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. (Coords). *Processo como democracia na contemporaneidade: Colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2019, p. 35.

²⁸ Aqui nos faz lembrar das informações que vêm sendo trazidas a público pelo *The Intercept Brasil* sobre as relações estabelecidas entre o então Juiz Sérgio Mouro e os procuradores responsáveis pela Operação Lava Jato (<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>).

²⁹ Virgília Gomes Fantini esclarece que a Teoria Neoinstitucionalista pretende conjecturar uma construção normativa adequada ao paradigma de Estado Democrático de Direito conforme previsto no preâmbulo da Constituição Federal de 1988. É a possibilidade da gestação da constituição pautada pelo discurso linguístico-jurídico da articulação teórica-crítica do texto formalizado, pelo devido processo (*médium-linguístico-jurídico-autocrítico*) legislativo na criação, aplicação ou até mesmo, extinção das diversas instituições elegidas pelo sistema normativo. Somente o processo como instituição linguística-jurídica-autocrítica, pode demarcar os pontos estabilizantes dos sentidos dos discursos jurídico, pela imposição de uma teoria da procedimentalidade democrática, em que serão instrumentos para oportunizar a argumentação plena e técnica, dos fundamentos interpretativos dos institutos jurídicos. (LEAL, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo; DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. (Coords). *Processo como democracia na contemporaneidade: Colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2019, p. 247).

³⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 274.

³¹ Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: (...) VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.



atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, atinentes à prevenção ou repressão de infrações.

Entretanto, há muito já foi abolido (ou deveria ter sido) na esfera jurídica brasileira o processo inquisitorial, o que leva à compreensão de que a leitura do art. 23 em questão não pode se dar alheio ao arcabouço teórico do Estado Democrático de Direito estabelecido, paradigma a ser seguido rigorosamente.

Ao final, nos termos do que estabelece o art. 16, §6º da Lei nº 12.846/2013, a nota concluiu, reafirmando a *praxis* acrítica, que a proposta de leniência só pode ser publicada após a efetivação do respectivo acordo, e salvo no interesse das investigações e do processo administrativo, com restrição do acesso aos documentos e informações comercialmente sensíveis da pessoa jurídica signatária que, em cada caso concreto, a autoridade celebrante deve deliberar, a partir de indicativo da empresa colaboradora, quais informações e documentos deverão ser resguardados com a imposição do sigilo comercial.

Nota-se, de plano, que fica a cargo da empresa dizer quais informações e documentos deverão ser resguardados com a imposição do sigilo comercial. Enquanto o povo, chave do paradigma de Estado Democrático de Direito, fica ao léu, sem acesso às informações que deveriam ser prestadas exatamente para que se conferisse qual a reparação é proposta pelas empresas que atuaram contra o direito coletivo.

Essa compreensão escancara a desconsideração dos ditames constitucionais, jogando por terra o argumento de preservação do interesse público.

Não é possível preservá-lo, com efeito, sem que o povo diretamente, ou por representantes, possa se manifestar previamente à tomada da decisão.

Retomando o argumento posto na nota de esclarecimento de que, como os demais princípios da Administração Pública, o princípio da transparência (publicidade), não é absoluto, vem oportuno o ensinamento do Professor Rosemiro Pereira Leal, de que a *constituição formal*, por conquista teórica da lei democrática, é fonte objetiva de conteúdos jurídicos de vinculação originária do intérprete (interpretação conforme a Constituição), como cláusula de vedação de busca de verdade absoluta pelo subjetivismo realista (poder social) do aplicador da norma (*logus judicatorum*)³².

³² LEAL, Rosemiro Pereira. *TEORIA GERAL DO PROCESSO*: Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 85.



Salienta ainda, Rosemiro Pereira Leal, que a absurda distinção que atualmente se propõe entre princípio jurídico e valor é que tem oportunizado o estéril debate em torno da indagação de ser o princípio norma jurídica ou norma externa ao direito.

Em direito, se o princípio não for norma posta pelo discurso processualizado da lei, e se a norma, como princípio ou regra, não estiver inclusa no contexto da legalidade, pouco importando se encerra um valor ou um dever (caráter axiológico ou deontológico), a preferibilidade de aplicação de um princípio entre outros, por precedência ou hierarquização, como norma ou valor, não pode extravasar o significado do conjunto de princípios adotado na teoria do discurso da constitucionalidade vigorante.

Em linha bem próxima à lição colacionada, o Superior Tribunal de Justiça analisando situação semelhante, sob a égide da Lei Federal nº 12.529/2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, entendeu que o sigilo do acordo de leniência não pode protrair no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário favor não assegurado pela lei:

(...) o intuito de evitar o livre acesso público ao conteúdo do acordo em si, bem como aos documentos e informações a ele vinculados, mesmo com respaldo no art. 207 do RI/CADE, além de não contar com respaldo legal - haja vista que a própria Lei n. 12.529/2011 não garante esse sigilo -, mostra-se desproporcional, impedindo aos terceiros eventualmente lesionados de buscar a devida reparação dos danos suportados. Em síntese, o sigilo do acordo de leniência não pode se protrair no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei. Desse modo, a extensão do sigilo somente se justificará no interesse das apurações ou em relação a documentos específicos cujo segredo deverá ser guardado também em tutela da concorrência. Nesse diapasão, não se sustenta a alegação de que a finalidade da mencionada previsão regimental seja no sentido de evitar que o signatário tivesse situação mais gravosa que os demais investigados pelo CADE. Esse argumento mostra-se extremamente falacioso, porquanto a "premiação" àquele que adere ao programa de leniência é restrita às esferas administrativas e penais, sem nenhuma menção legal à pretensão cível de eventuais lesados pelas condutas praticadas contra o mercado. Essa pretensão assentada precipuamente no dever de lesar outrem independe, ao menos em tese, do resultado alcançado nas esferas administrativas e penais, conforme consolidada jurisprudência do STJ (STJ: AgRg no AREsp 501.292-SP, Terceira Turma, publicado no DJe de 4/8/2015). (REsp 1.554.986-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 8/3/2016, DJe 5/4/2016).

O argumento de que a divulgação de informações que devem ser preservadas por força de comando legal de sigilo contraria o interesse social e a própria Constituição, na medida em que falta possibilidade de fiscalidade dos atos praticados pelos representantes do povo, no exercício do poder estatal, não se apresenta sustentável.



Ainda mais porque, como bem explica Luciano Ferraz:

A defesa fundamental subjacente é a alteração da lógica dos mecanismos controladores, que deixam de ser visualizados numa vertente estritamente sancionatória (visão típica do direito concebido com ordem de coerção) para se afirmarem como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o preâmbulo e o art. 4º, VII, da Constituição da República.

Buscar a construção de consensos na esfera pública deve afastar a concepção tradicional do controle-sanção, ao mesmo tempo em que afirma a publicidade como garantia de respeito à soberania popular, centro de gravidade do sistema. Sem a qual a democracia não passa de casca vazia, regida por um arremedo de Constituição.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se com o presente trabalho analisar até que ponto a confidencialidade na mediação adotada na esfera pública pode ser utilizada, sem que se fira o paradigma do Estado Democrático de Direito, e ainda assim não se conseguiu medida para sustentá-la sem que se apresente fundamentação específica e detalhada, caso a caso, sem despachos padrão.

É que no modelo jurídico-democrático não se pode conceber um espaço do agente estatal como soberano, sem oportunizar ao destinatário os fundamentos de suas decisões, porque dessa forma interdita a fiscalidade popular.

A partir da observação do estado da arte, é possível concluir que eleger o princípio da confidencialidade em procedimentos de autocomposição que tenham como parte a administração pública, sem oportunizar mecanismos de fiscalidade do povo, é permitir o espaço do soberano sem controle, uma espécie de novo despotismo, como registra Norberto Bobbio³³, relativizando o dever de publicidade dos atos praticados pelos representantes que exercem o poder em nome do povo, excluindo-o daquilo em que é o principal interessado.

Assim, a leitura do inciso VII, art. 2º, da Lei nº 13.140/2015³⁴ não pode ocorrer apartada do texto constitucional, eis que à vista da garantia da supremacia da Constituição³⁵, qualquer lei ou ato normativo que a contrarie não pode prevalecer.

³³ BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

³⁴ Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) VII – confidencialidade.



Acresça-se a afirmação de André Del Negri deixando claro que, num país que permite espaços desprocessualizados em plano decisor da esfera administrativa para a geração de informação sigilosa em assegurar a fiscalidade processual ampla e “hermenêutica isomênica”, o povo (legitimado ao processo) terá muitas dificuldades na construção de um Estado Democrático de Direito³⁶.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Publicada em Brasília, no Diário Oficial da União de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Publica em Brasília, no Diário Oficial da União de 02 de agosto de 2013. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2016*. Código de Processo Civil. Publica em Brasília, no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Publica em Brasília, no Diário Oficial da União de 29 de junho de 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm.

³⁵ Rosemiro Pereira Leal sobre a constituição formal esclarece que a constituição formal, por conquista teórica da lei democrática, é fonte objetiva de conteúdos jurídicos de vinculação originária do intérprete (interpretação conforme a Constituição), como cláusula de vedação de busca de verdade absoluta pelo subjetivismo realista (poder social) do aplicador da norma (*logus judicatorum*). (LEAL, Rosemiro Pereira. *TEORIA GERAL DO PROCESSO*: Primeiros Estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 85).

³⁶ LEAL, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; SANTOS, Luiz Sérgio Arcaño; DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. (Coords). *Processo como democracia na contemporaneidade: Colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019, p. 38.



- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1.554.986-SP, acórdão publicado no Diário do Judiciário eletrônico em 05 de abril de 2016, Informativo nº 0580 disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.
- BESSA, Isabela. *Mediação Judicial por aperfeiçoar acordo de leniência*. Revista Eletrônica CONJUR. 14 set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-14/isabela-bessa-mediacao-aperfeicoar-acordo-leniencia>. Acesso em 20 ago. 2019.
- BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.
- _____. *O futuro da democracia*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.
- DIMOULIS, Dimitri. Moralismo, positivismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, v. 769, nov. 1999. APUD LEAL, Rosemiro Pereira. *TEORIA GERAL DO PROCESSO: Primeiros Estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1957. APUD LEAL, Rosemiro Pereira. *TEORIA GERAL DO PROCESSO: Primeiros Estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- FONSECA DIAS, Maria Tereza, *A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público*. Revista Internacional de Contratos Públicos, Ano 26, Número 151, publicado em 22 abr. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acessado em 10 jul. de 2019.
- LEAL, André Cordeiro; BATISTA, Sílvio de Sá; PENIDO, Flávia Ávila; SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo; DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. (Coords). *Processo como democracia na contemporaneidade: Colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *TEORIA GERAL DO PROCESSO: Primeiros Estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- LÔBO, Edilene. As Raízes Medievais do Processo Judicial Brasileiro. Revista Perseu, Nº 15, Ano 12, 2018 MADEIRA, Dhenis Cruz, Teoria do processo e discurso normativo - Digressões democráticas, *Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008*.



MORAIS, José Luis Bolzan de, SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do mediador.* Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2004.

FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins).* Belo Horizonte: Fórum, 2019.