

A APLICABILIDADE DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO ÀS EMPRESAS PRIVADAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Maiara Gonçalves ¹
Silvia Varella ²

Resumo

A Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) reflete uma mudança na cultura da transparência na administração pública. Por meio dela, o cidadão, o verdadeiro detentor das informações públicas, passou a ter ferramentas para o efetivo acesso aos dados que deseja. A LAI estabelece a subordinação ao seu regime de todos os órgãos da administração pública direta e indireta, bem como das entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos. No entanto, a lei deixa uma lacuna em relação às empresas privadas concessionárias de serviços públicos. Ao receberem a delegação para a prestação do serviço público, essas empresas, embora continuem mantendo a natureza jurídica de direito privado, passam a atuar no lugar do Estado, prestando o serviço público diretamente ao cidadão. A titularidade do serviço de natureza pública permanece com o Poder Público, que transfere a execução ao particular. Dessa forma, surge o questionamento sobre a possibilidade de aplicação do regime previsto na Lei de Acesso à Informação às empresas privadas detentoras de concessões de serviços públicos, levando-se em consideração princípios como o da Transparência e do Interesse Público. Além disso, a Lei n. 8.987/1995, que regulou a concessão de serviços públicos no país, estabeleceu expressamente como direito do usuário receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos.

Palavras-chave: Acesso à informação. Transparência. Interesse Público. Serviços Públicos. Concessionárias.

¹ Graduanda em Direito: Faculdade Cesusc. E-mail: [maiaragoncalves@gmail.com].

² Orientadora. Mestre em Direito: PUC São Paulo. E-mail: [sbvarella@gmail.com].

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Acesso à Informação, também conhecida como LAI, tem provocado uma mudança profunda na administração pública brasileira no tocante à necessidade de transparência e controle social dos atos de gestão pública. Expressamente, estão subordinados ao regime da LAI os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas e Judiciário, bem como do Ministério Público; as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios; além das entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos.

Há uma lacuna em relação às empresas privadas concessionárias de serviços públicos. Tais empresas não se enquadram na hipótese de Poder Público e nem são entidades sem fins lucrativos. No entanto, ao receberem a delegação da administração pública para execução de determinado serviço de natureza pública, as concessionárias passam a atuar no lugar do Estado por um largo período de tempo. Elas prestam serviço público diretamente ao cidadão como se Estado fossem.

Diante dessa situação, surge a indagação a respeito da possibilidade de aplicação da Lei de Acesso à Informação às empresas privadas concessionárias de serviço público. Em razão da escassez de estudos a respeito do tema, em especial, considerando que a Lei de Acesso à Informação foi editada há seis anos, período relativamente curto, entende-se salutar a pesquisa acadêmica para verificação da possibilidade de aplicação, bem como de que forma se daria eventual subordinação.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 O direito constitucional de acesso à informação

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu art. 5º, inciso XXXIII, 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”. Mais adiante, o art. 37, § 3º, inciso II, estabelece que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente “o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”. A Carta Magna dispôs ainda, no art. 216, que “cabem à administração pública, na forma da lei, a

gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

Como se vê, a Constituição garantiu o acesso à informação aos cidadãos brasileiros, preconizando uma das máximas da Carta Magna: a soberania popular. No entanto, somente duas décadas depois, o legislador brasileiro regulamentou infraconstitucionalmente o direito de acesso à informação, o que se deu pela edição da Lei n. 12.527, chamada Lei de Acesso à Informação. A norma, sancionada em 18 de novembro de 2011, entrou em vigor 180 dias após a publicação, sendo regulamentada pelo Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012.

O constituinte de 88, depois de o país viver longo período de exceção, sabendo da resistência dos poderosos em admitir ser o povo o verdadeiro detentor da soberania que as Constituições lhe atribuíam, dispôs sobre o acesso à informação de forma bastante clara. Mas foram necessários mais de 22 anos após a entrada em vigor da Constituição Cidadã para que uma lei que garantisse o acesso à informação fosse editada e começasse a tentar fazer valer o que a Carta Magna já havia determinado. (ZANCANER, 2015, p. 25)

Para Bandeira de Mello (2015, p. 14), não resta qualquer dúvida de que “a Lei Magna prestigia ao extremo a transparência nos órgãos públicos”, tendo a Lei n. 12.527/2011 sido editada “com o propósito de operacionalizar o princípio da publicidade e, conseqüentemente, de fornecer aos cidadãos os meios necessários à obtenção da transparência máxima dos órgãos e entidades públicas”.

Dessa forma, a administração pública brasileira, embora com algumas remanescentes raízes na figura do Estado centralizador, tem percebido uma mudança profunda na concepção de democracia e transparência. Na lição de Clève e Franzoni (2013, p. 15 e 16), a administração pública, para muitos, ainda vive um “presente de passado contínuo, reitera antigas práticas de compadrio, clientelismo e patrimonialismo e se perde em amarras burocráticas descoladas das demandas sociais”. No entanto, aos poucos, o “Estado brasileiro está trocando sua casca”, o que revela uma mudança de paradigma na administração pública, com vistas a privilegiar princípios insculpidos na Constituição Federal como o princípio republicano, o democrático, o da legalidade e o da publicidade.

Na visão de Dias e Campos (2015, p. 47 e 48), a LAI revolucionou o contexto de uma administração pública que sempre cultuou o sigilo como regra e a publicidade como exceção, período em que “a publicidade dos atos do Poder Público limitava-se a fazer o povo conhecer e obedecer à lei”. Nesse sentido, a LAI, aos poucos, consolida as instituições democráticas brasileiras, incentivando a participação popular no controle e acompanhamento da atividade pública, revertendo a lógica do sigilo e fazendo com que o princípio da publicidade assumira importante relevância, “justificando-se a necessidade de dar ciência à sociedade dos atos estatais como verdadeiro instrumento de controle social”.

De acordo com Oliveira (2013), o princípio da publicidade impõe a divulgação e a exteriorização dos atos do Poder Público:

A visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1º da CRFB): o povo, único e verdadeiro titular do poder, deve conhecer os atos dos seus representantes. Quanto maior a transparência pública, maior será o controle social sobre os atos da Administração Pública e das entidades privadas que exercem atividades delegadas ou de relevância pública. A atuação administrativa obscura e sigilosa é típica dos Estados autoritários. No Estado Democrático de Direito, a regra é a publicidade dos atos estatais; o sigilo é exceção. (...) A Lei de Acesso à Informação (LAI) representa uma mudança de paradigma na Administração Pública brasileira, implementando a “cultura da transparência”, necessária ao combate à corrupção e ao controle social da máquina administrativa. (OLIVEIRA, 2013, p. 101 e 103)

Tal cultura da transparência deve pautar a atuação do gestor público. Instâncias de controle e participação cidadã, inclusive, solidificam a democracia representativa. Conforme Heinen (2014, p. 14), “sem democracia, a informação pública torna-se uma mera aparência”. Nesse sentido, a LAI “introduz um novo contorno nas relações jurídico-administrativas”, na medida em que “a atuação administrativa, quando oxigenada pela transparência, formata um modelo prestacional efetivo na satisfação das necessidades coletivas, porque bem pode coletar subsídios para focar naquilo que a população realmente anseia do aparato estatal”.

A LAI tem como pano de fundo a consolidação de um “Estado aberto”, conforme defende Silveira (2013, p. 137 e 138), garantindo “igualdade de posição quanto ao conhecimento de informações e de documentos que são de todos” e “o máximo de transparência e publicidade de todas as informações geradas, adquiridas ou arquivadas pelo Estado”.

Estão subordinados ao regime da LAI, de modo geral, a administração direta e indireta e as entidades privadas que recebem recursos públicos, conforme se depreende dos artigos 1º e 2º. Como se percebe, a lei não deixou dúvidas quanto à aplicabilidade do direito de acesso à informação a todos os órgãos da administração direta e indireta e, embora não expressamente, às Defensorias Públicas, por serem pessoas jurídicas nitidamente estatais. “Dessa forma, com uma riqueza de detalhes, o legislador infraconstitucional, a uma só medida, potencializou a transparência e o padrão axiológico democrático a um padrão jamais visto no nosso País” (HEINEN, 2014, p. 85).

O decreto regulamentador da LAI (Decreto n. 7.724/2012) reforça a subordinação aos órgãos da administração direta e indireta, mas faz ressalvas, nos §§ 1º e 2º do art. 5º, quanto à “divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição”, as quais estão “submetidas às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas

minoritários”, bem como a não aplicabilidade da LAI às “informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica, cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos”.

No tocante ao art. 2º, a Lei n. 12.527/2011 abarcou no âmbito de incidência da LAI as entidades do Terceiro Setor como as Organizações Não Governamentais (ONGs), entidades filantrópicas, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), Organizações Sociais (OSs) e as demais formas de associações sem fins lucrativos que recebam recursos públicos, o que inclui até mesmo os partidos políticos. Na medida em que recebem recursos públicos para realização de ações de interesse público, essas entidades estão subordinadas à LAI com limite na esfera da verba pública recebida. Dessa forma, entende-se que o pedido de acesso à informação deve respeitar o que Heinen (2014, p. 110) chama de “nexo de pertinência”, ou seja, para ver atendida a sua solicitação, o cidadão deverá demonstrar que o pedido “possui ligação com a parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação”.

A transparência a que estão submetidos os órgãos e entidades subordinados à LAI pode se efetivar de duas maneiras: a transparência ativa e a passiva. A primeira refere-se ao dever do Estado de fornecer informações de interesse público em ambiente virtual ou físico sem a necessidade de qualquer solicitação por parte do cidadão e está resguardada pelo art. 8ª da LAI. Exemplos de transparência ativa são os portais de transparência mantidos pelo Poder Público.

A transparência passiva, por sua vez, compreende a circunstância em que o cidadão solicita à administração pública determinada informação de seu interesse, ou seja, o administrado “provoca” o ente público a fim de que forneça os dados. A LAI estabelece os procedimentos relativos à transparência passiva no art. 10 e seguintes.

Em que pese tratar-se de um direito assegurado constitucionalmente, o acesso à informação encontra alguns limites. Silveira (2013, p. 150 e 151) destaca dois deles. O primeiro está previsto no art. 31 da lei: “O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”. Para o autor, a restrição “decorre da cláusula geral de inviolabilidade da vida privada e intimidade, direito fundamental positivado no art. 5, X, da Constituição da República”. Dessa forma, esclarece, “documentos que contenham informações pessoais somente poderão ser acessados por agentes públicos legalmente autorizados e somente poderão ser solicitados pelos próprios

interessados, pessoalmente ou por representantes constituídos, pelo prazo de 100 anos” (SILVEIRA, 2013, p. 150).

A segunda hipótese de restrição ocorre quanto às informações classificadas como sigilosas pela administração pública, quando, a teor dos artigos 23 e 24 da lei, puderem ocasionar risco à segurança da sociedade ou do Estado. Silveira (2013, p. 151) destaca que a classificação da informação como sigilosa deve ser formal e motivada pela autoridade, a fim de demonstrar que eventual divulgação daquele dado poderia colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado. No entanto, tece crítica ao disposto no art. 28 da LAI que torna sigilosa a própria decisão classificatória do sigilo. “Essa prática está em desconformidade com o dever de motivação das decisões judiciais e administrativas e com os valores que a própria lei pretende realizar. Para nós, a decisão deve ser fundamentada, com motivação o mais próxima possível do teor da informação que se pretende resguardar” (SILVEIRA, 2013, p. 152).

Independentemente de eventual limitação ao acesso à informação, não resta dúvida de que a LAI tem o condão de garantir ao povo a soberania e a efetivação do Estado Democrático de Direito, dentro da lógica de que “as funções estatais devem ser exercidas, em regra, à vista de todos, com absoluta transparência” (VALIM, 2015, p. 35), o que reforça a importância do diploma legal em comento.

2.2 Os serviços públicos no Brasil e as concessões à iniciativa privada

Para melhor compreensão do instituto das concessões de serviços públicos faz-se necessário, primeiramente, conceituar o que se entende por serviço público. De acordo com Justen Filho (2010, p. 692), o conceito de serviço público se desenvolveu na França e recebeu uma interpretação ampla, referindo-se a todas as atividades estatais. No Brasil, contudo, a definição de serviço público é mais restritiva, vez que todo serviço público é uma atividade estatal, mas nem toda atividade estatal é considerada serviço público.

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 692)

Di Pietro (2008, p. 92), por sua vez, ressalta que são utilizados três critérios para definição de serviço público: subjetivo, formal e material. O critério subjetivo considera a *pessoa jurídica* prestadora do serviço público. O art. 175 da Constituição Federal dispõe que “*incumbe ao Poder*

Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Para Di Pietro (2008, p. 94), “o serviço público é sempre incumbência do Estado” e “sempre depende do Poder Público”, ainda que não o faça diretamente.

O critério formal trata do *regime jurídico* a que se submete o serviço público. Tal regime poderá ser o de direito público, como também poderá ser disciplinado pelo direito comum, dependendo, ainda, de acordo com Di Pietro (2008, p. 95), do tipo de serviço público prestado. Por fim, o critério material diz respeito à *atividade* exercida, que deverá, obrigatoriamente, ser de interesse público. Di Pietro (2008, p. 95 e 96) ressalta que alguns particulares podem exercer atividade de interesse geral, mas o que diferencia o serviço público é o fato de ser necessária a existência de uma lei que atribua esse objetivo – o do interesse público – ao Estado.

Para Aguillar (2011, p. 36), a prestação de serviços públicos constitui, justamente, “uma das exceções constitucionais à regra da liberdade de iniciativa”.

Por força do art. 175 da CF/88, os serviços públicos são da competência do Poder Público, que pode desempenhá-los diretamente, por seus órgãos ou empresas, ou concedê-los ou permiti-los a particulares, mediante licitação pública. Isso significa que o acesso ao mercado de serviços públicos não é livre aos empresários privados, dependendo sempre da vontade do Estado de franqueá-lo aos particulares, sob as regras que impuser (AGUILLAR, 2011, p. 36)

A prestação de serviços públicos obedece a determinados princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Justen Filho (2010, p. 705 a 709) estabelece alguns princípios fundamentais do serviço público: *continuidade* (garante o desenvolvimento regular da atividade, sem interrupções), *igualdade* (determina tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários), *universalidade* (garante a prestação de modo indeterminado a todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente), *neutralidade* (veda privilégios entre os usuários do serviço público em situação que não permita a diferenciação), *isonomia tarifária* (estabelece que valores devem ser idênticos para os usuários em situação idêntica), e *mutabilidade ou adaptabilidade* (determina à administração pública atualizar a prestação do serviço quando necessário, levando em consideração modificações técnicas, jurídicas e econômicas supervenientes).

Para o autor, é possível incluir outros princípios fundamentais “que refletem a integração da pessoa do usuário no âmbito do instituto” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 709 e 710). Tais princípios seriam: a *adequação do serviço* (pressuposto da própria mutualidade), a *ausência de gratuidade* (“todo usuário deve contribuir para os serviços, na medida de suas possibilidades”), a *modicidade tarifária* (menor tarifa possível para a prestação do serviço adequado) e, o que guarda maior pertinência com esta pesquisa, o princípio da *transparência e participação do usuário*.

O usuário é interpretado como sujeito interessado na prestação do serviço e alçado à condição de titular de interesses na sua concepção e organização. Em vez de um terceiro beneficiário de liberalidade estatal, o usuário é integrado como sujeito responsável pelo serviço. Por isso, o usuário passa a integrar as relações jurídicas atinentes à organização do serviço e à própria delegação à iniciativa privada. Esse princípio significa o dever de o Estado e o prestador do serviço fornecerem ao usuário todos os esclarecimentos e admitirem a participação de representantes dos usuários na estrutura organizacional do serviço público. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 709).

Conrado (2013, p. 56) chama de “núcleo duro” dos serviços públicos os princípios da continuidade, igualdade e mutabilidade, os quais foram sistematizados pelo jurista francês Louis Rolland (“Leis de Rolland”). No entanto, o autor amplia esse núcleo, na mesma linha de Justen Filho. “Com o passar do tempo, outros princípios passaram a ser considerados basilares no regime jurídico dos serviços públicos, como a neutralidade (que é um corolário da igualdade), a transparência, a qualidade e a participação de agentes e usuários no funcionamento dos serviços públicos” (CONRADO, 2013, p. 57 e 58).

A diversificação dos serviços públicos ao longo do tempo exigiu do Estado que desenvolvesse diferentes maneiras para prestar a atividade da forma mais eficiente possível, “mantida sempre a sua vinculação orgânica com o Estado, sem o que a atividade deixaria de ser serviço público” (ARAGÃO, 2007, p. 559). É possível conceituar dois gêneros principais de prestação de serviços públicos: a prestação centralizada e a prestação descentralizada. Na primeira, o Poder Público presta a atividade por meio de seus próprios órgãos, figurando simultaneamente como titular e prestador do serviço. Já na prestação descentralizada, o Poder Público poderá transferir a titularidade ou a execução do serviço público.

Haverá transferência da titularidade e da execução do serviço se a entidade para a qual for transferido tiver personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas de direito público). Se for pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração Indireta (fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou não (basicamente concessionários ou permissionários), a transferência será apenas da execução do serviço. (ARAGÃO, 2007, p. 560)

Diz-se que há *outorga* quando “a transferência se dá por lei à entidade criada por determinado ente federativo e integrante da sua Administração Indireta” e *delegação* quando “o Estado transfere por contrato (concessão) ou ato administrativo (permissão ou autorização) a execução do serviço a particular sob condições regulamentares e controle do Estado” (ARAGÃO, 2007, p. 560 e 561).

A Constituição Federal, em seu art. 175, estabeleceu expressamente que o Poder Público, incumbido da prestação de serviços públicos, poderá fazê-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, na forma da lei. O parágrafo único do mesmo dispositivo prevê que a lei deverá dispor

sobre “I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter o serviço adequado”.

Em 13 de fevereiro de 1995, foi sancionada a Lei n. 8.987 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, que deverá obrigatoriamente ser precedido de licitação pública. Logo em seguida, em 7 de julho de 1995, foi editada a Lei n. 9.074, com o objetivo de estabelecer normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Dessa forma, a administração pública, figurando como poder concedente, delega a execução dos serviços públicos a empresas particulares, mediante contrato de concessão. O particular, também chamado concessionário, executa o serviço “em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública” (DI PIETRO, 2008, p. 276).

Para Justen Filho (2010, p. 721), “a concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas”, de tal modo que “não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Mais ainda, é um meio para realização de valores constitucionais fundamentais”.

Na visão de Aguillar (2011, p. 39), as empresas privadas, na qualidade de concessionárias de serviços públicos, ficam submetidas a uma relação particular de subordinação diante do Poder Público. No entanto, “o fato de a execução dos serviços ser atribuída a um particular não altera a condição de responsabilidade jurídica do Estado em relação à forma como tais serviços são prestados, pois o Poder Público permanece como seu responsável constitucional” (AGUILLAR, 2011, p. 39).

De modo geral, as concessões são feitas por períodos relativamente longos, necessários para que o concessionário tenha condições de recuperar os vultosos investimentos que normalmente decorrem das concessões.

As concessionárias assumem funções e responsabilidades análogas às estatais, devendo, em regra, atender aos princípios da continuidade do serviço público e da sua universalização (extensão do serviço à maior quantidade possível de usuários). Em suma, os serviços públicos são submetidos no Brasil a um regime jurídico de direito público, o que significa que as concessionárias privadas devem prestar contas ao Estado de seus atos e responder em face dos direitos dos usuários. (AGUILLAR, 2011, p. 40)

A Lei n. 8.987/1995 estabeleceu (art. 2º) os conceitos de poder concedente, concessão de serviço público, incluindo a precedida de obra pública, e permissão de serviço público; dispôs (art. 6º) a respeito da prestação de serviço adequado aos usuários, elencando (art. 7º e 7º-A) os direitos e

obrigações dos usuários; tratou da política tarifária (art. 9º e seguintes), da licitação (art. 14 e seguintes), do contrato de concessão (art. 23 e seguintes); definiu os encargos do poder concedente (art. 29 e 30) e da concessionária (art. 31); e especificou as hipóteses de intervenção (art. 32 e seguintes), extinção da concessão (art. 35 e seguintes) e permissão (art. 40).

Por sua vez, a Lei n. 9.074/1995 especificou os serviços e obras públicas sujeitos ao regime de concessão ou permissão, como, por exemplo, (art. 1º) as vias federais, barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, estações aduaneiras e serviços postais; e estabeleceu os serviços que não dependem de concessão ou permissão, entre eles, (art. 2º, §3º) o transporte aquaviário de passageiros que não seja realizado em portos, o transporte rodoviário e aquaviário de pessoas realizado por operadoras de turismo e o transporte de pessoas em caráter privativo.

Para esta pesquisa, o interesse recai sobre a Lei n. 8.987/1995, mais especificamente em relação aos dispositivos que tratam de acesso à informação, dentre os quais, destacam-se o art. 7º que dispõe ser direito dos usuários “receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos”; o art. 22, que assegura “a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões”; o art. 30, que estabelece ao poder concedente o “acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária” e, em seu parágrafo único, prevê que “a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”; e o art. 31 que trata da incumbência da concessionária de “prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato”.

Como se percebe, a lei que regulou a concessão de serviços públicos estabeleceu expressamente como direito do usuário receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos, bem como certidões sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões. Além disso, é dever da concessionária fornecer ao poder concedente dados que permitam a ampla fiscalização do serviço público, fiscalização esta que deverá contar, inclusive, com a participação dos usuários. Importante ressaltar, ainda, que a lei determina às concessionárias que prestem contas da gestão tanto ao poder concedente quanto aos usuários.

2.3 A aplicação da LAI às empresas privadas concessionárias de serviços públicos

Levando-se em consideração o fato de as empresas privadas concessionárias de serviços públicos não estarem expressamente subordinadas ao regime previsto na Lei de Acesso à Informação, o que se pretende analisar nesta pesquisa é a possibilidade de aplicação da LAI a essas concessionárias, frente ao dever legal de prestação de informações previsto na Lei n. 8.987/1995.

Para Heinen (2014, p. 93), em que pese o dever de transparência, não haveria possibilidade de aplicação da LAI. O trecho extraído da obra do autor é relativamente extenso. No entanto, diante da escassez de análises a respeito do assunto, o que justifica, inclusive, o interesse pelo tema desta pesquisa, faz-se importante transcrevê-lo na íntegra:

Quanto às *concessionárias ou permissionárias* – aqueles que executam serviços públicos por meio de delegação (art. 175, CF/88) –, entende-se que elas não podem sofrer a incidência da lei de acesso. Essas instituições não estão *definitivamente* abrangidas pelo art. 1º, porque *não fazem parte da Administração Pública Indireta*, ao contrário. Pensar de forma diversa seria criar o que não existe, ou seja, interpretar para muito além do texto legal. Aliás, quando o legislador quis que outras entidades fora da Administração Pública (direta ou indireta) fossem submetidas à LAI, assim o fez de forma clara e direta (v.g. art. 2º).

Dessa forma, mesmo que tais entidades detenham informações de interesse público – como de caráter ambiental, por exemplo –, não poderão ser obrigadas a fornecer tais dados pela via da LAI. Somente devem dispor desses dados caso exista outro diploma normativo aplicado à espécie. E, nesse sentido, poder-se-ia pensar que tais entidades estariam sujeitas ao direito de acesso à informação, *não pela via da LAI*, mas *sim pela via dos tratados e pactos internacionais* que o Brasil é signatário e se obrigou no plano transnacional – v.g. Resoluções da CIDH. Logo, por essa compreensão, o rol de obrigados a brindar informações de interesse público constante nos arts. 1º e 2º seria ampliado.

Mesmo as delegatárias de serviços públicos poderiam ser obrigadas a fornecer as informações por outra via legislativa, por exemplo, a partir da dicção constante no art. 37, §3º, inciso II, da Constituição Federal, que justamente traz o direito de acesso à informação a estas empresas. Veja que o dispositivo em questão regula o acesso dos usuários a registros administrativos e as informações sobre atos de governo, o que pode permitir que se saiba a política praticada pelo Estado em relação aos atos das concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

O que não se nega – e este é um ponto importante – é a possibilidade de se formalizar pedido de acesso a informações relativas às atividades e às relações mantidas pelo poder concedente (público) em relação ao ajuste que faz com as concessionárias (privadas). Isso porque podem ser requisitadas as informações referentes aos contratos, convênios, termos de parceria, contratos de gestão, etc. mantidos pelos poderes públicos para com o Segundo Setor, desde que não se trate de hipótese legal de sigilo. (HEINEN, 2014, p. 93 e 94)

Interessante observar que o autor entende não ser possível a aplicação da LAI às concessionárias pelo fato de não haver previsão no diploma legal, mas reconhece a possibilidade de subordinação por outra via: o art. 37, §3º, inciso II, da Constituição Federal. Ocorre que a LAI regula o acesso à informação previsto em três dispositivos do texto constitucional, dentre eles exatamente o art. 37, §3º, inciso II, como se extrai da própria ementa da lei.

Dessa forma, não parece arrazoado desconsiderar a aplicabilidade da LAI às concessionárias privadas pela simples não menção a elas nos artigos 1º e 2º da lei e, ao mesmo tempo, reputar válida a cobrança de informações baseada no art. 37, §3º, inciso II, da Constituição Federal, quando tal dispositivo está expressamente regulado pela Lei de Acesso à Informação.

Por fim, é válido destacar que Heinen publicou tal obra no ano de 2014 e, em 26 de junho de 2017, foi editada a chamada Lei dos Usuários dos Serviços Públicos (Lei n. 13.460) que tem por escopo dispor a respeito da participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

Em que pese ainda não surtir os devidos efeitos legais, vez que prevê em seu art. 25 prazos que variam de 360 a 720 dias para entrar em vigor em todo o país, a referida norma estabelece a sua aplicação à administração pública direta e indireta (art. 1º, *caput*) e, de forma subsidiária, aos serviços públicos prestados por particular (art. 1º, §3º), ressaltando ainda que “o acesso do usuário a informações será regido pelos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011” (art. 2º, parágrafo único).

3 MÉTODO

Para a consecução dos objetivos desta pesquisa, tem-se como marco teórico o “Princípio da Transparência e Participação dos Usuários dos Serviços Públicos”, na concepção do doutrinador Marçal Justen Filho, que evidencia o interesse do usuário na prestação do serviço. “Esse princípio significa o dever de o Estado e o prestador do serviço fornecerem ao usuário todos os esclarecimentos e admitirem a participação de representantes dos usuários na estrutura organizacional do serviço público” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 709). O tipo de pesquisa é a científica, em que se utilizará o método interpretativo. Como técnicas serão realizadas a pesquisa bibliográfica e documental e as fontes serão primárias (leis) e secundárias (livros e artigos).

4 DISCUSSÃO

O problema levantado nesta pesquisa é a verificação da possibilidade e, em sendo positiva a resposta, avaliar de que forma poder-se-ia aplicar a Lei de Acesso à Informação às empresas privadas detentoras de concessões de serviços públicos. Como se viu, a LAI apresenta uma lacuna em relação às empresas privadas concessionárias de serviço público, visto que tais pessoas jurídicas não se enquadram na hipótese de administração pública, seja direta ou indireta, tampouco na de entidades

privadas sem fins lucrativos. No entanto, essas concessionárias desenvolvem determinadas atividades típicas do Poder Público como se Estado fossem, agem na qualidade de Estado e, nesse sentido, podem estar subordinadas aos dispositivos da LAI no tocante ao desenvolvimento das atividades necessárias para operacionalizar a concessão. Contudo, essa subordinação encontra limites, pois não se pode considerar sujeitas à LAI informações de cunho mercadológico, que poderiam expor a empresa privada, em especial, diante de seus concorrentes. Como hipótese inicial, tem-se que as informações relacionadas à concessão são de interesse público, devendo o cidadão buscá-las por meio do poder concedente, isto é, da própria administração pública que intermediará o acesso à informação entre cidadão e concessionária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a Constituição Federal já tenha previsto o direito de acesso à informação, a LAI, por ser um mecanismo relativamente novo, ainda está experimentando mudanças com o objetivo de se consolidar no cerne de gestão pública. Os cidadãos, cada vez mais, têm utilizado o regime previsto na lei para obter da administração pública informações de seu interesse, sejam privadas (relativas ao próprio solicitante) ou públicas.

Não resta dúvida a respeito da aplicabilidade da lei aos órgãos da administração direta e indireta e das entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos. No entanto, há uma lacuna no tocante à possibilidade de subordinação das empresas privadas detentoras de concessões de serviços públicos.

Por se tratar de uma prestação de serviço de extrema relevância, garantida constitucionalmente, interessante discutir a possibilidade de o cidadão exigir, seja da concessionária ou do poder concedente, a obtenção de informações relativas às concessões utilizando-se do regime previsto na LAI.

O tema é atual, entretanto, encontram-se poucas análises sobre a relação entre a Lei de Acesso à Informação e as empresas privadas concessionárias de serviços públicos. Dessa forma, a presente pesquisa tem o objetivo de auxiliar na discussão acerca do assunto, levando-se em consideração também a edição de lei recente sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos (Lei n. 13.460/2017), que sequer entrou em vigor, mas, certamente, renderá muitos debates a respeito.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços Públicos: doutrina, jurisprudência e legislação.** (Coleção Direito Econômico) - São Paulo: Saraiva, 2011. 434 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos.** Rio de Janeiro: Editoria Forense, 2007. 852 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prefácio.** In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (*in memoriam*) (Coord.) *Acesso à informação pública.* Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 13-14.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. **Decreto nº. 7.724**, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7724.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL, **Lei nº. 9.074**, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm#art3>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 13.460**, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2013. 304 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502196278/cfi/0>>. Acesso em: 13 out. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Julia Ávila. **Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação**. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 79, p. 15-40, maio/jun. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. 824 p.

DIAS, Joelson; CAMPOS, Sarah. **Da cultura do sigilo rumo à política da transparência: a Lei de Acesso à Informação e seus princípios estruturantes**. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (*in memoriam*) (Coord.) *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 47-90.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação: Lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 312 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1.330 p.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, 216 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4939-6/cfi/2!/4/4@0.00:21.2>> Acesso em: 1º out. 2017.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. **Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011) – Democracia, República e Transparência no Estado Constitucional**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 102, vol. 927, p.131-155, jan. 2013.

VALIM, Rafael. **O direito fundamental de acesso à informação pública**. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (*in memoriam*) (Coord.) *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 35-45.

ZANCANER, Weida. **Lineamentos sobre a lei de acesso à informação**. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (*in memoriam*) (Coord.) *Acesso à informação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 25-34.