



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Nº 2938/2015 - PGGB

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 33.340 - DF

**IMPTE.(S) : BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E
SOCIAL - BNDES E OUTRO(A/S)**

ADV.(A/S) : PATRICE GILLES PAIM LYARD E OUTRO(A/S)

IMPDO. : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROC. : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. BNDES. Operações bancárias financiadas com recursos públicos. Sigilo bancário. Não incidência.

O Tribunal de Contas da União foi concitado, por Comissão da Câmara dos Deputados, a realizar auditoria nas operações de crédito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES com o Grupo JBS/Friboi. Deliberou, então, que a fiscalização deveria incluir

(...) as operações de crédito e transações financeiras efetivadas com o grupo JBS/Friboi, os critérios utilizados para a escolha da empresa beneficiada, as vantagens sociais advindas dessas operações, o cumprimento das cláusulas contratuais firmadas entre as partes, em especial dos termos referentes a aplicação de multas, a aquisição de debêntures e eventual prejuízo sofrido pelo Banco com a troca desses debêntures por posição acionária na empresa frigorífica.

O BNDES forneceu parte das informações requeridas. Não revelou *rating* de crédito, o saldo das operações de crédito, a situação cadastral e a

estratégia de *hedge* do Grupo JBS/Friboi, por entender que esses dados estariam sob a proteção do sigilo bancário.

Em seguida, o Plenário do TCU renovou a determinação de acesso aos dados requisitados nestes termos:

9.2. determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) que disponibilize, no prazo de cinco dias, os documentos solicitados por meio dos Ofícios de Requisição 1 (peça 17), 2 (peça 18), 3 (peça 29), 6 (peça 30) e 7 (peça 31), bem como em eventuais ofícios futuros, referentes às operações realizadas entre o BNDES e o Grupo JBS/Friboi, sem a aposição de qualquer tarja nos textos da referida documentação, em atendimento ao disposto no art. 245, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União;

9.3. alertar o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social que o não atendimento à determinação do subitem 9.2 deste Acórdão poderá sujeitar os responsáveis à multa prevista no art. 58, inciso VI, da Lei 8.443/1992, além da adoção da medida acautelatória prevista no art. 44 da mesma lei;

9.4. determinar à SecexEstataisRJ que, caso transcorra o prazo concedido ao BNDES sem que haja o fornecimento das informações requeridas, instrua o processo, indicando os agentes responsáveis pela negativa de informação, encaminhando-o imediatamente ao gabinete do Relator; e

9.5. dar ciência desta deliberação ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, informando a esta última que os atrasos na conclusão da auditoria solicitada decorrem da não disponibilização, por parte do BNDES, até o momento, de informações essenciais à conclusão dos trabalhos de fiscalização. (Acórdão n. 2462/2014-Plenário).

O BNDES e o BNDESparg impetraram este mandado de segurança, sustentando que têm o dever de observar os sigilos bancário e empresarial,

ameaçados pelo ato coator. Partem da premissa de que as operações realizadas com o Grupo JBS/Friboi têm natureza de contrato de financiamento, estando, por isso, resguardadas pelo sigilo bancário Argumentam que o sigilo é projeção do direito fundamental à privacidade, estendendo-se às instituições financeiras públicas, como o BNDES, por força no art. 173, § 1º, da CF. Acrescentam que os clientes do BNDES têm legítima expectativa de que os seus dados bancários não sejam franqueados a terceiros, exceto nos casos legalmente permitidos, assinalando, neste ponto, que a Lei Complementar n. 105/2001 não legitimou o Tribunal de Contas da União a obter informações protegidas pelo sigilo bancário. Alegam que, como os empréstimos em causa têm origem em retorno das operações do banco e na captação financeira nos mercados nacional e internacional, não seriam recursos públicos.

- II -

O sigilo bancário é uma dimensão do direito à privacidade, conforme o Supremo Tribunal Federal têm consistentemente ensinado. O segredo, por isso, encontra certa medida de proteção da ordem constitucional. O seu rompimento, nessa linha, é reservado aos Juízes e às Comissões Parlamentares de Inquérito, a quem o constituinte estendeu os poderes de investigação dos magistrados¹. O poder de determinar a quebra do sigilo bancário, porém, não foi atribuído ao Tribunal de Contas da União, como este precedente esclareceu:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos

¹ A propósito, STF: MS 24.817, rel. o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 03.02.2005, DJe 06.11.2009.

termos do art. 38 da Lei 4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no art. 5º, X, da Constituição. Precedente do Pleno (MS 22801, rel. min. Menezes Direito, DJe-047 de 14.03.2008.) Ordem concedida. (MS n. 22.934/DF, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Dje 9.5.2012).

Isso não obstante, há informações bancárias que são excluídas do âmbito de proteção do sigilo bancário por força de particularidades de sua índole pública. Os autos retratam situação concreta dessa ordem, como o TCU logrou persuadir. O acórdão da Corte de Contas remete a espécie aos contornos fático-jurídicos de precedente do Supremo Tribunal, dizendo:

(...) Demonstrada, portanto, a aproximação do presente caso com aquele tratado nos idos de 1995 pela Suprema Corte no MS 21.729: financiamento com recursos subsidiados pelo Tesouro Nacional, para a execução de uma política pública, a exigir que as instituições de controle tenham acesso às informações da operação.

Não há dúvida, assim, acerca dos elementos subjetivos daquele julgado, mas o que tem relevância nesse precedente, constituindo-se no cerne da questão a ser dele extraído é o fato de que 'as operações com dinheiro público estão imunes de sigilo'.

Os argumentos do Tribunal de Contas para qualificar como públicos os recursos financeiros empregados pelo BNDES na espécie são estes:

5.2.8. Por meio do Decreto 4.418/2002 ficou definido que o banco deve atuar como um executor da política de investimento do governo, tendo por objetivo apoiar programas, projetos, obras e serviços voltados ao desenvolvimento econômico e social do país. Para tanto definiu diversas fontes de receita, dentre as quais as dotações consignadas pelo orçamento da União e a remuneração devida pela aplicação de recursos

originários de fundos especiais. Com tais características, onde o principal bem pretendido é de cunho econômico e social, o interesse do particular em investir na instituição financeira é quase inexistente, pois não cabe falar em distribuição de dividendos, porquanto todos os ganhos auferidos devem ser investidos/reinvestidos no desenvolvimento nacional, propósito primeiro da União ao criar a Instituição.

5.2.10. Some-se à atribuição de executor da política de investimento o fato de o capital social do BNDES ser exclusivo da União e o entendimento firmado pelo TCU no Acórdão n. 2.731/2008-Plenário de que são considerados recursos públicos as receitas auferidas com os recursos humanos e materiais das instituições federais e se atingirá a conclusão de que todos os valores geridos pelo Banco são públicos.

O precedente em que o TCU buscou amparo efetivamente garante mérito à sua deliberação. De fato, é da inteligência do Supremo Tribunal Federal que operações bancárias financiadas com dinheiro público não são alcançadas pelo sigilo bancário, como se vê do julgado aludido:

Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica

e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido. (MS n. 21.729/DF, Redator para o acórdão o Ministro Néri da Silveira, DJ 19.10.2001).

O voto do redator para o acórdão não deixa dúvida sobre a proposição de que dinheiro público não se submete a sigilo:

“(…) Se se trata de operação em que há dinheiro público, a publicidade deve ser nota característica dessa operação. (...) Se o Governo Federal está atuando, por intermédio do Banco do Brasil, na execução de um plano de amparo a um setor de produção, compreendo que, acerca dessas operações do Banco, com recursos do Tesouro Nacional, não pode lograr procedência a negativa de informações, com a invocação do sigilo bancário.

Acompanhando o entendimento da maioria, o Ministro Moreira Alves foi também categórico:

“(…) Tendo em vista a circunstância de que no caso se trata de empréstimo em que há parcela representada por dinheiro público, entendo que não é de invocar-se o instituto do sigilo bancário (…).”

A natureza pública dos recursos financeiros envolvidos atrai a aplicação, por conseguinte, do princípio da publicidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Merece ser reparado que a relevância da publicidade para o controle social do uso dos recursos públicos tem sido determinante para o Supremo Tribunal desautorizar a invocação de sigilo também em outro caso, que reforça a posição adotada no TCU. É exatamente por predominar o interesse na publicidade quanto ao emprego de recursos públicos que o STF considera constitucional que se divulgue a remuneração dos servidores públicos na Internet. Lê-se no acórdão em que o tema foi debatido:

Em suma, esta encarecida prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicaneamente administrado. O 'como' se administra a coisa pública a preponderar sobre o 'quem' administra – falaria Norberto Bobbio – e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual de nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

Por tudo quanto posto, a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

(SS n. 3.902-AgR-segundo/SP, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 3/10/2011).

Recentemente, a Corte Suprema reafirmou esse mesmo entendimento, recusando mácula à lei estadual que obrigava a divulgação de

dados relativos a obras públicas. Disse o Ministro Dias Toffoli, relator da ADI 2.444 (DJe 30.01.2015):

“(…) A publicidade é princípio informador da República democrática constitucionalizado pela Carta de 1988, e a ela se submetem todos os comportamentos estatais. Isso porque o caráter republicano do governo (**res publica**) e a cláusula segundo a qual 'todo o poder emana do povo' (art. 1º, parágrafo único, CF/88) pressupõem que haja transparência nos atos estatais, a qual, por sua vez, se obtém mediante a mais ampla publicidade desses atos, possibilitando-se, assim, a **todos os cidadãos que deles tomem conhecimento e, desse modo, os legitimem.**

O Plenário do STF, nesse julgamento, não hesitou em associar a publicidade cobrada quando do uso dos recursos públicos com o intuito de propiciar a mais perfeita da fiscalização das contas públicas, a cargo do Congresso Nacional:

Ao contrário, simplesmente determina a publicação de dados básicos dos contratos de obras nas áreas que menciona, como forma de **conferir publicidade e transparência aos contratos da administração pública e de facilitar o exercício da atividade fiscalizadora nata do Poder Legislativo, albergada no art. 70 da Constituição Federal.**

(ADI n. 2444/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 30.01.2015, grifos do original).

A inteligência tem o abono da doutrina, que registra a valorização, em âmbito mundial, das iniciativas ensejadoras de mais desinibido acesso a informação que revele interesse público:

Nos últimos anos, houve uma verdadeira revolução no direito a informação, que é comumente compreendido como o direito de acesso à informação mantida por órgãos públicos. Enquanto, em 1990, apenas 13 países haviam adotado leis nacionais de direito a informação, hoje mais de 70 dessas leis já foram adotadas em

nível global, e estão sendo consideradas ativamente em outros 20 ou 30 países. Em 1990, nenhuma organização intergovernamental reconhecia o direito a informação. Agora, todos os bancos multilaterais de desenvolvimento e uma série de outras instituições financeiras internacionais adotaram políticas de divulgação de informações. Em 1990, havia uma visão predominante do direito à informação como uma medida de governança administrativa, ao passo que hoje este direito é cada vez mais considerado como um direito humano fundamental.²

Por outro lado, a alegação dos impetrantes de que os recursos utilizados pelo Banco decorrem de recursos próprios e captações financeiras não pode ser analisado no âmbito do mandado de segurança, ante a ausência, no caso, de prova pré-constituída.

Ademais, o próprio sítio eletrônico do BNDES³ noticia que o Banco utiliza-se de vários fundos públicos – a exemplo do Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT), Fundo de Garantia à Exportação (FGE), Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (FNMC), Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), Fundo PIS/PASEP, etc-, como fonte de recursos financeiros ou para a complementação de garantias. A substancial origem pública dos recursos administrados pelo BNDES se evidencia, ainda, pelo que dispõe a Lei n. 11.948/2009. O diploma autorizou a União a conceder crédito de até 180 bilhões de reais, como “fonte adicional de recursos para ampliação de limites operacionais do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social”.

Não está demonstrado, em conclusão, que a ordem do TCU coloque em risco sigilo bancário que o BNDES tenha o dever de preservar, sendo certo que as operações bancárias lastreadas em recursos públicos não estão inseridas no âmbito de proteção da vida privada.

² MENDEL, Tony. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2 ed., revisada e atualizada. Brasília: Unesco, 2009, p. 1.

³ Disponível em <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/> Acesso em 23.2.2015.

MS nº 33.340/DF

O parecer é pela denegação da segurança.

Brasília, 24 de fevereiro de 2015.

Paulo Gustavo Gonet Branco
Subprocurador-Geral da República