

26/05/2015

PRIMEIRA TURMA

**MANDADO DE SEGURANÇA 33.340 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. LUIZ FUX**  
**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.(A/S)** : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. DADOS NÃO ACOBERTADOS PELO SIGILO BANCÁRIO E EMPRESARIAL.**

1. O controle financeiro das verbas públicas é essencial e privativo do Parlamento como consectário do Estado de Direito (*IPSEN, Jörn. Staatsorganisationsrecht. 9. Auflage. Berlin: Luchterhand, 1997, p. 221*).

2. O primado do ordenamento constitucional democrático assentado no Estado de Direito pressupõe uma transparente responsabilidade do Estado e, em especial, do Governo. (*BADURA, Peter. Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts. In: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährringe Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Weiter Band. Tübingen: Mohr, 1976, p. 17.*)

3. O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos.

4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações

**MS 33340 / DF**

financiadas com recursos públicos.

5. O segredo como “alma do negócio” consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao *sub judice*, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas.

6. “O dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos impõe não haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114).

7. O Tribunal de Contas da União não está autorizado a, *manu militari*, decretar a quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros, medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo. Precedente: MS 22.801, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 14.3.2008.

8. *In casu*, contudo, o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelas impetrantes, entidades de direito privado da Administração Indireta submetidas ao seu controle financeiro, mormente porquanto operacionalizadas mediante o emprego de recursos de origem pública. Inoponibilidade de sigilo bancário e empresarial ao TCU quando se está diante de operações fundadas em recursos de origem pública. Conclusão decorrente do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito.

9. A preservação, *in casu*, do sigilo das operações realizadas pelo BNDES e BNDESPAR com terceiros não, apenas, impediria a atuação constitucionalmente prevista para o TCU, como, também, representaria uma acanhada, insuficiente, e, por isso mesmo, desproporcional limitação ao direito fundamental de preservação da intimidade.

**MS 33340 / DF**

10. O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 541.)

11. A Proteção Deficiente de vedação implícita permite assentar que se a publicidade não pode ir tão longe, de forma a esvaziar, desproporcionalmente, o direito fundamental à privacidade e ao sigilo bancário e empresarial; não menos verdadeiro é que a insuficiente limitação ao direito à privacidade revelar-se-ia, por outro ângulo, desproporcional, porquanto lesiva aos interesses da sociedade de exigir do Estado brasileiro uma atuação transparente.

12. No caso *sub examine*:

I) O TCU determinou o fornecimento de dados pela JBS/Friboi, pessoa que celebrou contratos vultosos com o BNDES, a fim de aferir, por exemplo, os critérios utilizados para a escolha da referida sociedade empresária, quais seriam as vantagens sociais advindas das operações analisadas, se houve cumprimento das cláusulas contratuais, se as operações de troca de debêntures por posição acionária na empresa ora indicada originou prejuízo para o BNDES.

II) O TCU não agiu de forma imotivada e arbitrária, e nem mesmo criou exigência irrestrita e genérica de informações sigilosas. Sobre o tema, o ato coator aponta a existência de uma operação da Polícia Federal denominada Operação Santa Tereza que apontou a existência de quadrilha intermediando empréstimos junto ao BNDES, inclusive envolvendo o financiamento obtido pelo Frigorífico Friboi. Ademais, a necessidade do controle financeiro mais detido resultou, segundo o *decisum* atacado, de um “protesto da Associação Brasileira da Indústria Frigorífica (Abrafigo) contra a política do BNDES que estava levando à concentração econômica do setor”.

III) A requisição feita pelo TCU na hipótese destes autos revela plena

**MS 33340 / DF**

compatibilidade com as atribuições constitucionais que lhes são dispensadas e permite, de forma idônea, que a sociedade brasileira tenha conhecimento se os recursos públicos repassados pela União ao seu banco de fomento estão sendo devidamente empregados.

13. Conseqüentemente a recusa do fornecimento das informações restou inadmissível, porquanto imprescindíveis para o controle da sociedade quanto à destinação de vultosos recursos públicos. O que revela que o determinado pelo TCU não extrapola a medida do razoável.

14. Merece destacar que *in casu*:

a) Os Impetrantes são bancos de fomento econômico e social, e não instituições financeiras privadas comuns, o que impõe, aos que com eles contratam, a exigência de *disclosure* e de transparência, valores a serem prestigiados em nossa República contemporânea, de modo a viabilizar o pleno controle de legitimidade e responsividade dos que exercem o poder.

b) A utilização de recursos públicos por quem está submetido ao controle financeiro externo inibe a alegação de sigilo de dados e autoriza a divulgação das informações necessárias para o controle dos administradores, sob pena de restar inviabilizada a missão constitucional da Corte de Contas.

c) À semelhança do que já ocorre com a CVM e com o BACEN, que recebem regularmente dados dos Impetrantes sobre suas operações financeiras, os Demandantes, também, não podem se negar a fornecer as informações que forem requisitadas pelo TCU.

15. A limitação ao direito fundamental à privacidade que, por se revelar proporcional, é compatível com a teoria das restrições das restrições (*Schranken-Schranken*). O direito ao sigilo bancário e empresarial, mercê de seu caráter fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto.

16. É cediço na jurisprudência do E. STF que: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PUBLICIDADE. A transparência decorre do princípio da

**MS 33340 / DF**

*publicidade. TRIBUNAL DE CONTAS – FISCALIZAÇÃO – DOCUMENTOS. Descabe negar ao Tribunal de Contas o acesso a documentos relativos à Administração Pública e ações implementadas, não prevalecendo a óptica de tratar-se de matérias relevantes cuja divulgação possa importar em danos para o Estado. Inconstitucionalidade de preceito da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará que implica óbice ao acesso.” (ADI 2.361, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 23/10/2014).*

17. Jusfilosoficamente as premissas metodológicas aplicáveis ao caso *sub judice* revelam que:

**I** - *“nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. (...) Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos”. (BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Volume 8. 2º semestre de 2014. Rio de Janeiro: TCE-RJ, p. 18 e 20)*

**II** - *“A legitimidade do Estado Democrático de Direito depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade. O aperfeiçoamento d controle é que pode derrotar a moral tributária cínica, que prega a sonegação e a desobediência civil a pretexto da ilegitimidade da despesa pública. (TORRES, Ricardo Lobo. Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 645)*

18. Denegação da segurança por ausência de direito material de recusa da remessa dos documentos.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da

**MS 33340 / DF**

Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Senhor Ministro Roberto Barroso, que concedia, parcialmente, a ordem.

Brasília, 26 de maio de 2015.

**LUIZ FUX – Relator**

*Documento assinado digitalmente*

26/05/2015

PRIMEIRA TURMA

**MANDADO DE SEGURANÇA 33.340 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. LUIZ FUX**  
**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.(A/S)** : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pelo **Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES** e pela **BNDES Participações S.A. - BNDESPAR**, contra decisão do Tribunal de Contas da União no processo TC-007.527/2014-4 (Acórdão 1.398/2014 - Plenário), que determinou, aos impetrantes, o envio de documentos específicos referentes às operações realizadas entre o BNDES e o Grupo JBS/Friboi.

Segundo narram os impetrantes, o citado processo de fiscalização teve início após solicitação do Congresso Nacional.

Informam que:

*“com exceção do Relatório de Análise, todos os documentos foram fornecidos na íntegra, possibilitando perfeitamente a individualização e análise da legalidade do negócio jurídico. Restaram, em relação ao referido Relatório de Análise, contudo, algumas informações preservadas por conta do sigilo bancário: rating de crédito, saldo devedor das operações de crédito, situação cadastral no BNDES do Grupo JBS/Friboi e dados sobre a situação de adimplência. Já a estratégia de hedge do Grupo JBS/Friboi teria sido negada sob*

**MS 33340 / DF**

*alegação do sigilo empresarial”.*

Indicam que o TCU alertou que eventual inobservância de sua decisão poderá sujeitar os responsáveis à multa prevista no art. 58, VI, da Lei nº 8.443/1992, além da medida acautelatória constante no art. 44 da referida lei.

Registram que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União defende a não aplicação da LC nº 105/2001, tendo em vista a existência de recursos transferidos pelo Tesouro Nacional.

Sustentam que a matéria versada no presente mandado de segurança exige o exame de duas questões: a caracterização das operações realizadas pelo BNDES como atividades bancárias e a possibilidade de quebra de sigilo pelo TCU.

Informam que o TCU, embora tenha reconhecido a impossibilidade de determinar a quebra de sigilo, decidiu que as operações não seriam comparáveis às prestadas pelo mercado financeiro.

Argumentam que o sigilo bancário busca proteger a intimidade de terceiros, e não as informações do BNDES.

Aduzem que as operações, ainda que praticadas por instituições públicas, estão sujeitas às regras do mercado financeiro e à Lei Complementar nº 105/2001.

Defendem a observância do art. 173 da Constituição da República e 17 da Lei nº 4.595/1964, pois o BNDES é uma empresa pública federal exploradora de atividade econômica, independentemente de ser controlada pela União ou da fonte dos recursos que aplica.

Registram que a quebra de confiança na relação entre cliente e a instituição financeira pode abalar o próprio sistema financeiro nacional.



**MS 33340 / DF**

Em sede de liminar, os impetrantes requerem a suspensão dos efeitos da decisão do Tribunal de Contas da União, para impedir o afastamento do presidente do BNDES e o fornecimento das informações solicitadas. No mérito, requerem a confirmação da medida liminar.

O Tribunal de Contas da União prestou informações, pugnando pela denegação da segurança, sob o fundamento de que as informações requisitadas não estariam acobertadas pelo sigilo bancário e empresarial, porquanto os contratos e operações subjacentes foram custeados com recursos de origem pública.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança, em parecer assim ementado:

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

É o relatório.

26/05/2015

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 33.340 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, senhores Ministros, ilustre representante do Ministério Público Federal, senhores advogados, o presente mandado de segurança versa sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas da União (TCU) exigir, diante do possível conflito com a tutela constitucional ao sigilo bancário e empresarial, a entrega de informações acerca de operações financeiras realizadas pelos Impetrantes, entidades da Administração Pública Indireta da União.

#### **Da Tempestividade do mandado de segurança**

*Ab initio*, destaco que o presente *writ* foi impetrado dentro do prazo decadencial de 120 dias previsto no art. 23 da legislação de regência. A notificação dos Impetrantes quanto ao teor da decisão denegatória ocorreu no dia 18/11/2014, tendo o presente mandado sido impetrado em 24/11/2014. Tempestivo, portanto, o ajuizamento do presente remédio constitucional.

Passemos ao mérito.

#### **Da Missão Constitucional da Corte de Contas**

O Tribunal de Contas da União ostenta a condição de órgão independente da estrutura do Estado brasileiro, cujas principais funções se espraiam pelos diversos incisos do art. 71 da Constituição da República. Na condição de órgão auxiliar do Poder Legislativo, realiza o controle financeiro, missão que, no dizer do professor emérito da Universidade de Osnabruck Jörn Ipsen, é essencial do parlamento em um

**MS 33340 / DF**

Estado de Direito<sup>1</sup>. Seus membros possuem as mesmas prerrogativas que as asseguradas aos magistrados, tendo suas decisões a natureza jurídica de atos administrativos passíveis de controle jurisdicional.

Cuida-se de Tribunal de índole técnica e política que deve fiscalizar o correto emprego de recursos públicos. No passado, os Tribunais de Contas voltavam sua atenção para o controle de estrita legalidade da atuação dos administradores públicos e de terceiros que tenham recebido ou arrecadado recursos públicos. Surgiram na transição do ordenamento monárquico do final do século XIX para o republicano, tendo, inicialmente, um escopo de atuação muito reduzido ao campo da legalidade.

Na presente quadra histórica, as Cortes de Contas implementam um autêntico controle de legitimidade, economicidade e de eficiência<sup>2</sup>, porquanto devem aferir a compatibilidade dos atos praticados por aqueles que são controlados com a plenitude do ordenamento jurídico, em especial com a moralidade, eficiência, proporcionalidade. Deixaram de configurar meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo, pois, nas palavras de Kiyoshi Harada, *“além das funções de auxiliar o Congresso Nacional, [a Constituição Federal] conferiu ao TCU atribuições próprias, como se vê no art. 71.”*<sup>3</sup>

Consectariamente, o alcance do controle externo ganhou dimensão amazônica, de modo a compreender o controle não, apenas, da responsabilidade do administrador, mas de sua responsividade. Segundo os ensinamentos de Diogo de Figueiredo, *“a responsividade consiste na obrigação de o agente público responder pela postergação ou pelo desvio da*

---

1 IPSEN, Jörn. Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. 9. Auflage. Berlin: Luchterhand, 1997, p. 221.

2 No mesmo sentido, confira-se a obra de Lucas Rocha Furtado. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 1100.

3 Harada, Kiyoshi. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS. BDA – Boletim de Direito Administrativo – Janeiro/2010, p. 1.

**MS 33340 / DF**

*vontade popular democraticamente manifestada, fato que pode ocorrer mesmo que os parâmetros de legalidade estrita se encontrem satisfeitos”.*<sup>4</sup>

Assim, no atual contexto juspolítico brasileiro, em que houve expressiva ampliação de suas atribuições, na forma reconhecida pela doutrina abalizada<sup>5</sup>, a Corte de Contas deve ter competência para aferir se o administrador atua de forma prudente, moralmente aceitável e de acordo com o que a sociedade dele espera. E o TCU não pode se olvidar de que, ao deixar de ser órgão do parlamento para tornar-se da sociedade, passou a representar um dos principais instrumentos republicanos destinados à concretização da democracia e dos direitos fundamentais, na medida em que o controle do emprego de recursos públicos propicia, em larga escala, justiça e igualdade.

**Da Tutela ao Sigilo Empresarial**

Os bancos impetrantes sustentam a impossibilidade de fornecimento das informações solicitadas pelo TCU, sob o fundamento de que isso comprometeria o sigilo bancário e empresarial daqueles que com eles contrataram e que desempenham atividades econômicas em regime concorrencial.

É cediço que o sigilo empresarial é fundamental para o livre exercício de uma atividade econômica. Trata-se de preocupação universal destinada a assegurar credibilidade e estabilidade ao sistema bancário e

---

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Organização, Política e Constituição. In: As relações de poder em evolução e seu controle Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

5 Diogo de Figueiredo Moreira Neto pontifica que a ampliação de competências das Cortes de Contas “se processou de três formas: na ampliação do objeto da fiscalização, na multiplicação de sujeitos fiscalizados e na diversificação da finalidade do controle exercido. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transformações das cortes de contas. DE órgão do parlamento a órgão da sociedade. In: As relações de poder em evolução e seu controle Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154.

**MS 33340 / DF**

empresarial. A divulgação irresponsável de dados sigilosos de uma sociedade empresária pode, por razões naturais, inviabilizar a exploração de uma atividade econômica ou expor, indevidamente, um grupo econômico, na medida em que os competidores passam a ter acesso a informações privilegiadas que não deteriam numa situação normal. A proteção estatal ao sigilo bancário e empresarial deve ser, nesse contexto, compreendida como corolário da preservação à intimidade assegurada pelo art. 5º, inciso X, da Carta da República, *verbis*:

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

O *decisum* que se propõe, em momento algum, se afasta da premissa quanto à relevância da preservação do sigilo no ambiente empresarial, mormente porque a referida tutela encontra alicerce constitucional e amparo na jurisprudência desta Corte. O referido sigilo deve ser entrevisto, assim, como um direito fundamental, destinado a resguardar a credibilidade do sistema financeiro e a livre iniciativa em um ambiente de salutar concorrência.

A *vexata questio* é assentar a extensão dessa garantia á luz dos cânones pós-positivistas que regem a tutela do patrimônio público.

Este Supremo Tribunal Federal decidiu que sem prejuízo da necessidade de tutela da privacidade, e dos seus consectários sigilo bancário e empresarial, as exigências do presente momento histórico compelem a adoção de uma política de governança corporativa responsável no âmbito dos grupos econômicos, o que impede uma visão, deveras, pueril de irresponsável ampliação do alcance da tutela ao sigilo bancário e empresarial. A exigência contemporânea de *disclosure* para que uma sociedade possa, por exemplo, providenciar a abertura do seu capital reclama a revelação da remuneração dos administradores, a divulgação das operações comerciais entre a sociedade e terceiros, a

**MS 33340 / DF**

identificação do quadro acionário dentre outras medidas. Tudo com o propósito de tornar as operações de mercado mais confiáveis e atrativas para os investidores. Assim, incumbe à sociedade empresária avaliar a conveniência da manutenção total do sigilo de seus dados bancários e empresariais, pois, mesmo no âmbito privado, esse comportamento poderá inviabilizar a captação de recursos por meio da emissão de valores mobiliários em bolsa de valores.

No âmbito do Direito Público, a Administração, também, está pautada por princípios basilares estampados no art. 37 da Constituição da República, dentre eles o da **publicidade**, preceito que recomenda a atuação transparente do agente público. Por se tratar de princípio, ele, também, comporta exceções, todas fundadas no texto constitucional, quais sejam: *i*) sigilo que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII da CRFB), e *ii*) que diga respeito à intimidade ou o interesse social (art. 5º, LX, da CRFB). Nesse contexto, é tarefa simples aceitar que a necessidade de preservação do sigilo bancário e empresarial pode estar contida nas exceções constitucionais, seja porque resultante da reserva de segurança da sociedade, ou por representar um desdobramento da preservação da intimidade ou do interesse social.

Em decorrência dessa premissa, o que se veda ao TCU é a quebra do sigilo bancário e fiscal, *tout court*, consoante se colhe das decisões exaradas nos MS 22.801 e 22.934.

Destaque-se que, nos dois julgados acima, há conclusão, no sentido de que a LC nº 105 não pode ser manejada pelo TCU para que seja determinada a quebra de sigilo bancário e empresarial.

Sob esse ângulo o próprio próprio Tribunal de Contas da União admitiu, de forma incontroversa, em suas informações, que não pode decretar quebra de sigilo bancário. Nada obstante, a verdadeira *vexata quaestio* destes autos é a de saber se o pretendido pelo TCU em relação

**MS 33340 / DF**

aos Impetrantes representa uma hipótese de quebra de sigilo bancário e empresarial.

Imperioso, portanto, fazer o *distinguishing*. O caso narrado nestes autos é portanto, ontologicamente distinto daquele apreciado no MS 22.801 ou no MS 22.934. Nos referidos *writs*, o TCU havia determinado ao Banco Central do Brasil (BACEN) e ao Banco do Brasil (BB), respectivamente, que fornecessem informações sigilosas de terceiros, dados que não diziam respeito a qualquer operação específica do BACEN e do BB com particulares. O BACEN e o BB, apenas, detinham a custódia das referidas informações sigilosas, de modo que elas não eram imprescindíveis para o TCU fiscalizá-los. Com razão, portanto, as decisões que reconheceram ser inadmissível a decretação da quebra de sigilo de informações bancárias de terceiros de que o BACEN e o BB detinham conhecimento. Nesses casos, a quebra do sigilo deveria, nos termos do que decidido, advir do Poder Judiciário, ou, em circunstâncias constitucionalmente previstas, do Poder Legislativo.

*In casu*, a atuação do TCU tem amparo no art. 71 da Carta Magna e se destina, precipuamente, a controlar as operações financeiras realizadas pelo BNDES e pelo BNDESPAR. Cuida-se de regular hipótese de controle legislativo financeiro de entidades federais por iniciativa do Parlamento, precisamente a Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados, que conta, por força da CRFB, com o auxílio do TCU para esse fim. Nesse particular, o referido órgão determinou ao TCU que realizasse auditoria nas operações de crédito envolvendo o BNDES e o Grupo JBS/Friboi, com fundamento no art. 71, IV, da CRFB:

*“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*

*(...)*

*IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e*

**MS 33340 / DF**

*auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;"*

Destaque-se que não se está diante de requisição para a obtenção de informações de terceiros, mas de informações do próprio BNDES que contratou terceiros com o emprego de recursos de origem pública. O que o TCU pretende é o mero repasse de informações no seio de um mesmo ente da federação, e isso não ostenta a conotação de quebra de sigilo bancário. Esta sutil diferença é, deveras, relevante para legitimar a atuação da Corte de Contas, sob pena de restar inviabilizado o pleno desempenho de sua missão constitucionalmente estabelecida.

O BNDES, quando contrata, atua como banco de fomento com características muito próprias. A sociedade empresária contratante sabe – ou, ao menos, deveria saber - que os recursos recebidos devem ter uma destinação específica. O BNDES é um banco de fomento econômico e social, e não uma instituição financeira privada comum.

Uma ótica desvirtuada dessa percepção é que conduziu o impetrante a equivocadamente afirmar:

*“o BNDES, em nada se diferencia dos demais Bancos, pois, capta, intermedia e aplica recursos próprios e de terceiros.”* (fls. 27 da petição inicial)

Por mais que ele detenha a natureza de uma pessoa de direito privado da Administração Indireta, também sofre uma intensa influência do regime de Direito Público, e não, apenas, no que tange às exigências constitucionais de realizar concurso público e de licitar. Aquele que contrata com os Impetrantes deve aceitar que a exigência de transparência, tão estimada em nossa República contemporânea para o controle de legitimidade dos que exercem o poder, justifica o conhecimento, por toda a sociedade, de informações capazes de interferir



**MS 33340 / DF**

no desempenho de sua atividade empresarial.

E, neste seguimento, ressoa imperioso destacar que o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. Essa atenuação do sigilo de dados, que tem justa causa, foi o que, aliás, ocorreu quando esta Corte reconheceu a legitimidade da divulgação da remuneração de servidores públicos, aspectos que, no passado recente, eram tidos como integrantes da esfera da intimidade do agente público, *verbis*:

*EMENTA: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos*

**MS 33340 / DF**

enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A 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 republicanamente 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 da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos. (SS 3902 AgR-segundo, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-01 PP-00055 RTJ VOL-00220-PP-00149) (Grifamos)

Quando uma pessoa aceita assumir um cargo público, ela automaticamente renuncia, nos termos da Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011, ao direito de manter sua remuneração em completo sigilo, na medida em que sua divulgação é imprescindível para o efetivo controle da sociedade quanto à destinação dos recursos públicos. Se houvesse necessidade de prévia decisão judicial para o fornecimento ao TCU das informações sigilosas de que trata este processo, o provimento judicial, também, seria exigível para a divulgação, pela Administração Pública, da remuneração de seus agentes públicos o que não ressoaria

**MS 33340 / DF**

sequer admissível ou razoável, posto ausente o mínimo fundamento jurídico. Acertada, portanto, a conclusão do parecer do Ministério Público junto ao TCU quando, assim, assentou:

*Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.<sup>6</sup>*

Situação semelhante ocorre com as entidades integrantes do propalado Terceiro Setor que almejam, nos termos do que dispõem a Lei nº 9.637/98 e 9.790/99, a, respectiva, qualificação como Organização Social (OS) ou como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Ao mesmo tempo em que a aludida qualificação traz inúmeras vantagens, por facilitar o recebimento de recursos públicos, bem como a contratação da pessoa que foi qualificada como OS ou OSCIP, ela impõe um maior controle do Poder Público em relação aos atos dessas entidades. Por exemplo, a Lei nº 9.637/98 prevê que a gestão da OS será, necessariamente, compartilhada com o Poder Público, bem como que serão estabelecidas metas de desempenho no contrato de gestão firmado com a organização parceira.

Transportando essa lógica chancelada em data recentíssima pelo Pleno ao julgar as ADIS das OS para este *writ*, as sociedades empresárias que contratarem com as Impetrantes terão a expressiva vantagem da captação de recursos com um reduzido *spread*, mas, em contrapartida, deverão se submeter a um maior controle público e da sociedade quanto ao emprego desses recursos, o que legitima a publicidade de informações

---

6 *Fls. 11 das informações do TCU.*

**MS 33340 / DF**

consideradas, em outros contextos, como de interesse exclusivo do particular.

Por mais que se diga, em linguagem cotidiana, que o segredo é a alma do negócio, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos. Na precisa lição de Peter Badura, professor emérito da Universidade de Munique:

*“O primado do ordenamento constitucional democrático assentado no Estado de Direito pressupõe uma transparente responsabilidade do Estado e, em especial, do Governo.”<sup>7</sup>*

É por isso que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas. Essa conclusão ganha força e amplitude no momento atual, em que, recentemente, o Poder Executivo Federal encaminhou um extenso pacote de medidas de combate à corrupção, dentre elas a, tão esperada, regulamentação da Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/13, o que foi feito pelo Decreto nº 8.420/2015. Em relação ao tema específico, Celso Antônio Bandeira de Mello chama atenção para:

*“o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.”<sup>8</sup>*

**Os que contratam com o BNDES, banco público de fomento e que**

<sup>7</sup> BADURA, Peter. *Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts. In: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Weiter Band. Tübingen: Mohr, 1976, p. 17.*

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114.

**MS 33340 / DF**

recebe e administra vultosas quantias de recursos públicos, têm pleno conhecimento de que a obtenção do empréstimo pretendido dependerá do fornecimento de informações sigilosas a serem analisadas pelo mutuante. O sigilo já foi relativizado neste momento, e não se entrevê uma quebra de sigilo quando o TCU reexamina os dados que já haviam sido fornecidos pelo próprio mutuário ao BNDES e ao BNDESPAR.

### **Do Legítimo Alcance da Restrição ao Sigilo**

No campo da teoria jurídica, a preservação, *in casu*, do sigilo das operações realizadas pelo BNDES e BNDESPAR com terceiros não, apenas, impediria a atuação constitucionalmente prevista para o TCU, como, também, representaria uma acanhada, insuficiente, e, por isso mesmo, desproporcional limitação ao direito fundamental de preservação da intimidade.

Partindo-se da premissa de que, nem mesmo, os direitos fundamentais são absolutos, a identificação do seu núcleo duro e intransponível pode ser feita por meio da teoria germânica da restrição das restrições (*Schranken-Schranken*). A referida teoria enuncia que a limitação a um direito fundamental, como ao da preservação da intimidade, do sigilo bancário e empresarial, deve inserir-se dentro do que é proporcional. Deve haver, assim, uma limitação razoável do alcance do preceito que provoca a restrição ao direito fundamental. Quando um ato estatal limita a privacidade do cidadão por meio da publicidade de atos por ele realizados, há de se verificar se essa contenção, resultante da divulgação do ato, se amolda ao que é proporcional. Essa ótica da publicidade versus intimidade, não pode ir tão longe, de forma a esvaziar, desproporcionalmente a tutela do dinheiro público. A insuficiente limitação ao direito à privacidade revela-se, por outro ângulo, lesiva aos interesses da sociedade de exigir do Estado brasileiro uma atuação transparente incidindo na cognominada “proteção deficiente”.

**MS 33340 / DF**

Nesse contexto, a teoria da restrição das restrições legitima a exigência do TCU dirigida ao BNDES para o fornecimento de dados sigilosos, na medida em que o sigilo bancário e empresarial, mercê da condição de direito fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto. O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências.<sup>9</sup>

Nesse diapasão, a exigência de TCU de fornecimento dos documentos pelo BNDES satisfaz integralmente os subprincípios da proporcionalidade, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Do ponto de vista da adequação, identifica-se que os documentos são apropriados para viabilizar o controle financeiro do BNDES pelo TCU. Sem eles, tornar-se-ia impossível avaliar se os atos praticados pelo BNDES são válidos e aceitáveis para o nosso ordenamento jurídico. O TCU determinou o fornecimento de dados pela JBS/Friboi, pessoa que celebrou contratos vultosos com o BNDES, a fim de aferir, por exemplo, os critérios utilizados para a escolha da referida sociedade empresária, quais seriam as vantagens sociais advindas das operações analisadas, se houve cumprimento das cláusulas contratuais, se as operações de troca de debêntures por posição acionária na empresa ora indicada originou prejuízo para o BNDES. A despeito do que alegado pelos Impetrantes em sua exordial, o TCU não agiu de forma imotivada e arbitrária, e nem mesmo criou exigência irrestrita e genérica de informações sigilosas. Sobre o tema, o ato coator aponta a existência de uma operação da Polícia Federal denominada Operação Santa Tereza que apontou a existência de

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 541.

**MS 33340 / DF**

quadrilha intermediando empréstimos junto ao BNDES, inclusive envolvendo o financiamento obtido pelo Frigorífico Friboi. Ademais, a necessidade do controle financeiro mais detido resultou, segundo o *decisum* atacado, de um “*protesto da Associação Brasileira da Indústria Frigorífica (Abrafigo) contra a política do BNDES que estava levando à concentração econômica do setor*”.

A requisição feita pelo TCU na hipótese destes autos revela plena compatibilidade com as atribuições constitucionais que lhes são dispensadas e permite, de forma idônea, que a sociedade brasileira tenha conhecimento se os recursos públicos repassados pela União e pelo seu banco de fomento estão sendo devidamente empregados. Através do conhecimento, por exemplo, do *rating* de crédito, da situação de adimplência e da cadastral do grupo JBS/Friboi, o TCU poderá concluir se os contratos firmados pelo BNDES com o referido grupo econômico são aceitáveis do ponto de vista econômico, financeiro, da moralidade, da eficiência e da impessoalidade. A recusa quanto ao fornecimento dos dados requisitados pela Corte de Contas é ilegítima e autoriza a aplicação de sanções previstas na Lei Orgânica do TCU, Lei nº 8.443/92, em especial no seu art. 58, inciso VI.

Quanto ao subprincípio da necessidade, verifica-se que a medida do TCU é a que menos gera prejuízos para os destinatários do controle. Não se vislumbra qualquer outra determinação estatal capaz de, simultaneamente, permitir o controle financeiro das operações efetuadas pelo BNDES e que possa originar menos prejuízos à própria instituição ou à sociedade.

Conseqüentemente, a recusa do fornecimento das informações é inadmissível, porquanto imprescindíveis para o controle da sociedade quanto à destinação de vultosos recursos públicos. Nada do que foi determinado extrapola a medida do razoável.

**MS 33340 / DF**

Sob outro enfoque, o controle do TCU há de ser realizado em um ambiente de cooperação, como sói ocorrer, tal como na sociedade pós-moderna, em que há diversos centros de poder. Em um cenário de poliarquia, o antagonismo, tal como o pretendido pelos Impetrantes, deve ceder e prestigiar a cooperação capaz de sedimentar o controle externo de maneira transparente. No dizer de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as relações de cooperação devem superar as de antagonismo.<sup>10</sup>

Sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, os benefícios para a sociedade, advindos do fornecimento das informações necessárias para o controle do BNDES, são maiores que as desvantagens para aquele que entrevê o sigilo de sua sociedade empresarial passar às mãos de um órgão estatal controlador responsável e dotado de estatura constitucional. Em um Estado Democrático de Direito, a sociedade deve poder debater, com a transparência que a temática exige, os critérios adotados para a escolha de um determinado particular como destinatário de recursos públicos, qual vantagem social se obtém com o repasse de um empréstimo público a uma determinada pessoa ou, mesmo, se os contratos foram adequadamente cumpridos. A inserção desses temas na arena pública produzirá o desejável efeito de aprimorar a injeção de recursos em projetos de repercussão social, aperfeiçoando, sobremaneira, o processo decisório dos impetrantes, a fim de que possam cumprir seus propósitos de maneira eficiente e legítima.

Sob o ângulo consequencialista, é preciso evitar um desastroso efeito sistêmico que uma decisão favorável aos impetrantes poderia provocar. A partir de eventual reconhecimento judicial de que os impetrantes não precisariam fornecer dados alusivos às suas operações, toda e qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista passaria a se recusar a fornecer informações semelhantes, o que inviabilizaria o eficaz funcionamento da Corte de Contas.

---

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Organização, Política e Constituição. In: As relações de poder em evolução e seu controle. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.



**MS 33340 / DF**

Sob a perspectiva da livre iniciativa e da concorrência, nada há nos autos que comprove, de maneira incontroversa, que o fornecimento das informações requisitadas pelo TCU possa ensejar uma instabilidade financeira e um impacto desastroso no mercado e na competição entre os que exploram uma atividade econômica. Por exemplo, qual efeito sistêmico danoso ao mercado, a divulgação da situação cadastral e a de adimplência do grupo JBS/Friboi ocasionará? Isto não é comprovado neste *writ*.

**Da Natureza Jurídica dos Recursos do BNDES**

O BNDES sustenta que os recursos aplicados na linha de crédito envolvendo o Grupo JBS/Friboi não seriam públicos, pois teriam como origem o retorno de operações do Banco e a captação de recursos no mercado internacional. Ocorre que o art. 7º do Decreto nº 4.418/2002, ato que aprovou o Estatuto Social do BNDES, prevê como recursos do BNDES não, apenas, aqueles oriundos de operações de crédito, mas, também, “*dotações que lhe forem consignadas no orçamento da União*”, *verbis*:

“Art. 7º Constituem recursos do BNDES:

I - os de capital, resultantes da conversão, em espécie, de bens e direitos;

II - as receitas operacionais e patrimoniais;

III - os oriundos de operações de crédito, assim entendidos os provenientes de empréstimos e financiamentos obtidos pela entidade;

IV - as doações de qualquer espécie;

V - **as dotações que lhe forem consignadas no orçamento da União;**

VI - a remuneração que lhe for devida pela aplicação de recursos originários de fundos especiais instituídos pelo Poder Público e destinados a financiar programas e projetos de desenvolvimento econômico e social;

VII - os resultantes de prestação de serviços.”

Como se isso não bastasse, o BNDES, consoante destacado pelo MPF, faz de uso de recursos públicos oriundos de diversos fundos, *verbis*:

**MS 33340 / DF**

*“Ademais, o próprio sítio eletrônico do BNDES 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.”*

Ademais, é fato notório que a União tem repassado vultosas quantias de seu orçamento para os cofres do BNDES. Como exemplo, em 19 de maio do corrente ano, o Senado Federal aprovou a MP 663/14 que aumentou em R\$ 50 bilhões o limite de recursos que o BNDES poderá emprestar com subsídio da União. O art. 1º, §1º, da Lei 12.096/09 predica, na sua nova redação, que *“o valor total dos financiamentos subvencionados pela União é limitado ao montante de até R\$ 452.000.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta e dois bilhões de reais)”*. Por seu turno, a novel Lei nº 13.126, de 21 de maio de 2015, autoriza a União a conceder crédito ao BNDES de até R\$30 bilhões de reais.

Constata-se, assim, que a participação da União na injeção de recursos a serem contratados pelo BNDES com terceiros pode alcançar o montante de quase meio trilhão de reais, o que torna justificável a preocupação do TCU com o recebimento das informações pretendidas. E essa preocupação é legítima, ainda que não se exija eventual desconsideração da personalidade jurídica do banco e mesmo que se considere não haver confusão entre o patrimônio da União e o do BNDES. É que o TCU não fiscaliza apenas os recursos da União, mas, também, o emprego daqueles que são por ela repassados.

Ademais, o próprio BNDES reconhece, às fls. 37 de sua petição

**MS 33340 / DF**

inicial, que já não se opõe ao fornecimento de informações por ele tidas como “sigilosas” ao Banco Central do Brasil (BACEN) e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por reconhecer, nas referidas autarquias, poder conferido por lei. Ocorre que o Tribunal de Contas da União é órgão que, no dizer do ministro Ayres Britto, em artigo intitulado “O Regime constitucional dos Tribunais de Contas”, foi:

**“nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles** (os Tribunais de Contas), *prescindindo das achegas da lei menor. (...) Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos”*.<sup>11</sup>  
(Grifamos)

Assim, e à semelhança do que já ocorre com a CVM e o BACEN, o BNDES não pode se negar a fornecer as informações requisitadas pelo TCU, órgão que exerce controle com escopo distinto daquele executado pelas duas autarquias ora referidas.

### **Da Jurisprudência do STF sobre o tema**

Após ponderar todos os valores em conflito, esta Corte, no julgamento do MS 21.729, Tribunal Pleno, Redator para o acórdão Ministro Néri da Silveira, DJ 19/10/2001, decidiu pela obrigação do Banco do Brasil de fornecer dados referentes a empréstimos concedidos com taxas de juros diferenciadas que se caracterizariam como financiamentos públicos, *verbis*:

*EMENTA: Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo*

11 BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Volume 8. 2º semestre de 2014. Rio de Janeiro: TCE-RJ, p. 18 e 20.*

**MS 33340 / DF**

*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.*

Acrescento que **decisão mais recente deste Tribunal, e que contou com a unanimidade dos presentes na 1ª Turma**, firmou-se, no sentido de que deve prevalecer a publicidade como regra na hipótese de utilização de recursos públicos. Sobre essa questão, cito a ADI 2.361, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 23/10/2014, com a seguinte ementa:

**MS 33340 / DF**

*ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PUBLICIDADE. A transparência decorre do princípio da publicidade. TRIBUNAL DE CONTAS – FISCALIZAÇÃO – DOCUMENTOS. Descabe negar ao Tribunal de Contas o acesso a documentos relativos à Administração Pública e ações implementadas, não prevalecendo a óptica de tratar-se de matérias relevantes cuja divulgação possa importar em danos para o Estado. Inconstitucionalidade de preceito da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará que implica óbice ao acesso.*

No mesmo sentido, e ressaltando o papel de destaque a ser dado ao princípio da publicidade, confira-se a ementa da ADI nº 2.444:

*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.521/2000 do Estado do Rio Grande do Sul. Obrigação do Governo de divulgar na imprensa oficial e na internet dados relativos a contratos de obras públicas. Ausência de vício formal e material. Princípio da publicidade e da transparência. Fiscalização. Constitucionalidade. (...) 2. Lei que obriga o Poder Executivo a divulgar na imprensa oficial e na internet dados relativos a contratos de obras públicas não depende de iniciativa do chefe do Poder Executivo. A lei em questão não cria, extingue ou modifica órgão administrativo, tampouco confere nova atribuição a órgão da administração pública. O fato de a regra estar dirigida ao Poder Executivo, por si só, não implica que ela deva ser de iniciativa privativa do Governador do Estado. Não incide, no caso, a vedação constitucional (CF, art. 61, § 1º, II, e). 3. A legislação estadual inspira-se no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Público. Enquadra-se, portanto, nesse contexto de aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo o princípio constitucional da publicidade da administração pública (art. 37, caput, CF/88). 4. É legítimo que o Poder Legislativo, no exercício do controle externo da administração pública, o qual lhe foi outorgado expressamente pelo poder constituinte, implemente medidas de aprimoramento da sua fiscalização,*

MS 33340 / DF

desde que respeitadas as demais balizas da Carta Constitucional, fato que ora se verifica. 5. Não ocorrência de violação aos ditames do art. 167, I e II, da Carta Magna, pois o custo gerado para o cumprimento da norma seria irrisório, sendo todo o aparato administrativo necessário ao cumprimento da determinação legal preexistente. 6. Ação julgada improcedente. (ADI 2444, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 30-01-2015 PUBLIC 02-02-2015)

Encerro este voto pedindo *venia* para transcrever memorável passagem de trabalho escrito pelo professor Ricardo Lobo Torres a respeito da relevância do fortalecimento do controle financeiro, *verbis*:

*“A legitimidade do Estado Democrático de Direito depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade.”*

### Dispositivo

*Ex positis*, e na esteira do parecer do Ministério Público Federal acostado aos autos e da jurisprudência consolidada desta Corte de que inexistente garantia de sigilo oponível ao TCU em relação a operações bancárias financiadas com recursos de origem pública, DENEGO a segurança, com resolução do mérito, restando prejudicado o exame do pedido de medida liminar, por não entrever qualquer irregularidade na determinação do TCU que obriga o fornecimento de informações sigilosas contidas em operações realizadas pelas Impetrantes, na medida em que imprescindíveis para o desempenho regular do controle financeiro dos Impetrantes pela Corte de Contas da União.

É como voto.

26/05/2015

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 33.340 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Antes do intervalo, para poder refletir durante o intervalo, gostaria de fazer uma pergunta ao ilustre Advogado.

Cumprimento, em primeiro lugar, o Ministro Luiz Fux pelo voto erudito e abrangente que proferiu. Pelo que entendi do relato do eminente Ministro Luiz Fux e da sustentação da tribuna, BNDES teria colocado à disposição do TCU todos os documentos solicitados, menos cinco documentos, ou cinco categorias de documentos: (1) saldo devedor das operações de crédito; (2) situação cadastral no BNDES do Grupo JBS/Friboi; (3) dados sobre a situação de adimplência do Grupo; (4) *rating* de crédito; (5) estratégia de *hedge* do Grupo.

*Rating* de crédito e estratégia de *hedge* do Grupo, eu entendi as razões do BNDES, pelas quais entende impróprio transferir essas informações para o TCU sem ordem judicial.

Quer dizer, aqui, penso que, como o Ministro Fux analisou, à luz da razoabilidade e proporcionalidade, é preciso saber se o documento solicitado é adequado para o fim que legitima a atuação do BNDES. Essa é a primeira consideração. E a segunda é a de saber se se trata de documento ou informação protegida por sigilo bancário, hipótese em que seria exigível uma determinação judicial.

Portanto, gostaria de saber do eminente Advogado por qual razão o BNDES considerou, em primeiro lugar, que o saldo devedor das operações de crédito, que suponho seja do Grupo Friboi perante o BNDES, seria uma informação protegida? Essa é a minha primeira pergunta.

**O SENHOR PATRICE GILLES PAIM LYARD (ADVOGADO)** - A orientação da nossa consultoria jurídica é de que essa informação diz respeito a uma situação particular da empresa, que pode envolver a análise de dados econômicos e financeiros que não objetiva abrir ao

**MS 33340 / DF**

mercado. Então, estaria abrigada pelo núcleo do sigilo bancário.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Quer dizer, nós estamos tratando de um contrato de mútuo, próximo do BNDES, a uma empresa privada. E o TCU indaga se a empresa privada está repagando esse valor. Essa informação, o BNDES considera reservada, pelo que Vossa Senhoria acaba de defender.

O SENHOR PATRICE GILLES PAIM LYARD (ADVOGADO) - Na verdade, o TCU não formulou a pergunta, ele pediu todos os documentos, para, a partir daí, fazer a sua própria inferência.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Certo. Mas o saldo devedor das operações de crédito permite ao TCU saber se o empréstimo está sendo repago?

O SENHOR PATRICE GILLES PAIM LYARD (ADVOGADO) - Sim. O empréstimo está sendo repago. Essa é uma informação que pode ser fornecida, diante da pergunta objetiva. Na verdade, nesse momento, trata-se de uma participação acionária. Então, a BNDESPAR é sócia.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Em segundo lugar, outro documento não fornecido foi a situação cadastral no BNDES do Grupo JBS/Friboi. Gostaria de saber, exatamente, em que consiste essa situação cadastral e por que ela não pode ser colocada à disposição do TCU?

O SENHOR PATRICE GILLES PAIM LYARD (ADVOGADO) - O cadastro, de fato, envolve os dados econômicos e financeiros do Grupo. Alguns dados são publicados, por ser a JBS uma sociedade de capital aberto, que são disponibilizados, outros não. Então, momento de se fazer a análise da sua capacidade econômica e financeira, inclusive para pagar o financiamentos, são analisados dados que eventualmente a empresa não abre ao mercado em caráter geral. Por essa razão.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- A última pergunta, Presidente, o terceiro ponto, por que razão os dados sobre a situação de adimplência do Grupo - suponho adimplência perante o BNDES, não adimplência perante o mercado em geral - também seriam protegidos por sigilo?



**MS 33340 / DF**

O SENHOR PATRICE GILLES PAIM LYARD (ADVOGADO) - Pelas mesmas razões anteriores. A orientação jurídica é de que essa informação é protegida pelo núcleo do sigilo bancário, pois, revelaria, se eventualmente divulgado ao mercado, eventualmente uma empresa que não esteja em condições de plena solvência, impediria a captação de recursos em outra instituição financeira. Porque a análise de crédito, que é feita por cada instituição financeira, muitas vezes não se adotada a mesma metodologia. O BNDES tende a ser até mais rigoroso do que as outras instituições financeiras. Então, numa hipótese inversa, nós temos a seguinte situação: o tomador de crédito não consegue captar recursos no BNDES, por conta de não deter um cadastro adequado, e a revelação ao público dessas informações prejudicaria a empresa na tomada de financiamento em outra instituição financeira. Então, não se abre exceções, na verdade, a esse ponto.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Satisfeito, Presidente.

Muito obrigado.

\*\*\*\*\*

26/05/2015

PRIMEIRA TURMA

**MANDADO DE SEGURANÇA 33.340 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Presidente, eu li a inicial e depois o memorial trazido pelo BNDES, e hoje eu ouvi, com prazer e grande proveito, o voto do eminente Ministro Luiz Fux, que trata do assunto com grande proficiência.

Eu devo dizer, Presidente, que tenho algumas dúvidas nessa matéria, não dúvidas teóricas, ou quanto aos princípios aplicáveis, esses, para ser franco, eu os tenho bem arrumados na minha mente, que são: o BNDES não pode ser como nenhuma entidade controlada pelo Estado, pode ser uma caixa-preta, portanto, aplica-se ao BNDES a ideia de transparência, ideia célebre mencionada pelo Ministro Brandeis da Suprema Corte Americana, de que "a luz do sol é o melhor detergente."

Portanto, essa é a minha primeira ideia, quer dizer, a tutela legítima do interesse público exige o máximo de transparência razoável no BNDES.

Minha segunda convicção teórica e principiológica é que o sigilo bancário e o sigilo empresarial, também, têm proteção constitucional e proteção legal, porque a tutela é legítima do interesse privado, assim o exige.

Eu considero, no entanto, que o interesse público no controle do destino dos recursos públicos prevalece sobre o interesse privado na manutenção do sigilo como regra geral, embora, nesses casos, a ordem jurídica tenha criado uma cláusula de segurança, que é a exigência de reserva jurisdicional.

Portanto, a minha dúvida aqui não é acerca da legitimidade do interesse do TCU em obter as informações necessárias; a minha dúvida aqui é quais são exatamente as informações necessárias e se elas estão ou não protegidas por sigilo bancário a ponto de exigir intervenção judicial.

De modo que a questão da caixa-preta eu resolvo dizendo: ela não existe, e todas as informações que, razoavelmente, o TCU possa desejar

**MS 33340 / DF**

devem ser franqueadas ao TCU. A minha única questão, que considero relevante, é saber quais dessas informações deveriam depender de autorização judicial.

Eu procurei, Presidente, cheguei até a pensar em pedir vista para fazer uma reflexão mais profunda, mas, na verdade, eu acho que tenho os elementos suficientes extraídos do voto Ministro Fux e, em parte, das perguntas que fiz ao ilustre Advogado - e como isto é um mandado de segurança, e como o ônus da prova é do impetrante -, aquilo que eu tenho dúvida vai ser decidido em desfavor do impetrante, porque assim é a regra do jogo.

De modo que eu consegui, no intervalo, fazer algumas anotações e trago aqui a minha reflexão. Quer dizer, nós estamos lidando com um mandado de segurança do BNDES e do BNDESPAR contra um acórdão do TCU que determinou que o BNDES colocasse à disposição do TCU um conjunto de documentos. Esses documentos, pelo que percebi, foram - eu fujo do neologismo "disponibilizar", Presidente - entregues ao TCU pelo BNDES, a quase totalidade dos documentos requeridos, à exceção de cinco documentos: o saldo devedor das operações de crédito; a situação cadastral no BNDES do Grupo Friboi; dados sobre a situação de adimplência do Grupo; *rating* de crédito; e a estratégia de *hedge* do Grupo.

A posição do Ministro Luiz Fux é a de que o BNDES vale-se de recursos públicos para financiar a iniciativa privada e que, por essa razão, não pode invocar o sigilo bancário ou empresarial para rejeitar a entrega de documentos ou de informações ao TCU. Entendimento diverso, diz Sua Excelência, frustraria o cumprimento da missão institucional do TCU e impossibilitaria o controle social sobre a Administração Pública, essencial ao Estado Democrático de Direito.

Embora, eu esteja de acordo, em linhas gerais, com essa afirmação, eu não a endossaria integralmente. Eu acho que há informações, sim, que estão sujeitas à reserva de jurisdição. Porém, no caso concreto, para mim, e depois das perguntas que fiz, não ficaram totalmente claras as razões pelas quais o BNDES recusou-se a entregar documentos ou informações

**MS 33340 / DF**

sobre: 1) saldo devedor das operações de crédito do Grupo junto ao BNDES; 2) a situação cadastral no BNDES do Grupo Friboi; e 3) os dados sobre a situação de adimplência do Grupo junto ao BNDES. Considero que essas são informações de interesse público e que teria dúvidas se protegidas pelo sigilo bancário.

No caso das informações cadastrais, eu até tenho um pouco de dúvida, porque é possível que, para a obtenção de crédito, uma empresa forneça informações que não quer ver divulgadas ao grande público. Por exemplo: quantas ações judiciais ela responde? Qual é o nível de exposição a que essas ações submetem essas empresas? Então, em relação às informações cadastrais, ainda tenho um pouco de dúvida. Mas não está esclarecido, para mim, nos autos, em que verdadeiramente consistem essas informações cadastrais?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Ministro Luís Roberto, apenas uma pequena observação.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Claro!

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Todo o voto levou em consideração - e, até, esclareci isso à Ministra Rosa, conversei com ela sobre isso -, quer dizer, o que, em primeiro lugar, me chamou a atenção: são duas pessoas praticamente de direito público litigando entre si. Segundo lugar, eu parti da premissa de que o TCU não vai..., ele quer para ele, para ele exercer a sua função. A ideia é essa. Eu não fiz nenhum juízo de valor sobre isso no voto, claro. Mas a ideia que me parece é essa.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Vossa Excelência está partindo da premissa de que essas informações serão mantidas sob sigilo no TCU.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - É, se elas estiverem sob sigilo, ou não há nenhum interesse do TCU, pelo que eu entendi, o TCU quer exercer a sua função nesse caso concreto.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- É. Eu, ontem, recebi um pedido muito singular, em que um filho de um delegado polícia que pediu levantamento de sigilo de interceptação

**MS 33340 / DF**

telefônica, porque ele gostaria de franquear o acesso à imprensa. Eu posso até levantar o sigilo do inquérito, que farei, mas as informações continuam sigilosas.

Portanto, quando você transfere o sigilo para alguém, seja autoridade judicial, seja uma Comissão Parlamentar de Inquérito, seja o Tribunal de Contas da União, você dá acesso àquele órgão, mas o sigilo continua, naturalmente.

Mas, dizia eu, é importante notar que nós nos encontramos em sede de mandado de segurança e que compete ao impetrante, que é o BNDES, a demonstração do seu direito líquido e certo. É que achei um ponto interessante na proficiente sustentação feita pelo Advogado, quer dizer, em última análise, o BNDES está, em resguardo do sigilo bancário, protegendo informações da empresa privada contratante. O que eu acho que é um comportamento legítimo se essas informações efetivamente deverem ser protegidas.

Portanto, em relação aos itens que eu não desfiz a minha dúvida, como nós estamos em sede de mandado de segurança, e considero que o ônus da prova era do BNDES, eu não estou acolhendo o pedido.

De modo que, com essas considerações, eu estou acompanhando o voto do Relator no que respeita a obrigatoriedade do BNDES entregar ao Tribunal de Contas da União as informações e documentos pertinentes a: 1) saldo devedor das operações de crédito; 2) situação cadastral do Grupo JBS/Friboi; e 3) dados sobre a situação de adimplência do Grupo, porque considero que essas são informações diretamente relacionadas com a ida e a vinda deste recurso público.

O SENHOR PATRICE GILLES PAIM LYARD (ADVOGADO) - Ministro Barroso, se me permitir um aparte?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Eu permito, permito.

O SENHOR PATRICE GILLES PAIM LYARD (ADVOGADO) - Eu não me fiz claro, naturalmente havia esquecido de invocar que o BNDES observa a Instrução Normativa nº 358 da CVM, que determina o modo de comunicação de fatos relevantes ao mercado. E essa Instrução Normativa

**MS 33340 / DF**

delimita o tempo e o modo de comunicação, dada a grandiosidade desses empreendimentos que são financiados; e o momento de comunicação desses dados, muitas vezes, é relevante para um impacto, por vezes, sistêmico no mercado.

A situação de adimplência ou de inadimplência, na verdade, ela segue uma resolução do Banco Central, que é melhor analisada até no parecer do Banco Central, que foi juntada aos autos. Se permite durante um período de, se não me engano, cento e vinte dias, agora me falha a memória, que o tomador do crédito, em situação de inadimplência, ele possa regularizar o seu saldo devedor. Então, após esse período, o devedor, ele é inscrito no CADIN, e essa informação passa a ser compartilhada pelas demais instituições.

Então, eventualmente, é divulgada essa informação sobre saldo devedor ou um dado cadastral que possa trazer impacto ao mercado, dá-se a oportunidade de o credor, nesse período, regularizar sua situação.

E, aí, divulgando a situação de adimplência, em contrapartida, talvez, revelaria, de outra forma, que aquele que não recebe a comunicação é, automaticamente, inadimplente. E esse dado poderia ser trabalhado no mercado de forma prejudicial à empresa devedora.

O Banco Central, como disse, lavrou um parecer, que é juntado aos autos, analisando, justamente, o regulamento próprio do efeito sistêmico à luz das normas de supervisão do sistema bancário.

Então, me perdoem não ter feito essa comunicação a tempo, mas, se for oportuno o pedido de vista, nós podemos trazer mais esclarecimentos até técnicos para, enfim, elucidar melhor os fatos.

Então, me perdoem e muito obrigado.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Obrigado.

Eu estou, no entanto, Presidente, em pequena divergência com o Relator no que diz respeito ao fornecimento das informações sobre *rating* de crédito e estratégia de *hedge* do Grupo.

Embora tenha tido pouco tempo, vou tentar elaborar o meu argumento.

**MS 33340 / DF**

Pelo que eu pude compreender da argumentação apresentada pelo BNDES, o *rating* de crédito o Grupo JBS/Friboi constitui uma espécie de classificação de risco do empréstimo produzida pelo banco, a partir de critérios próprios, firmados em juízo de discricionariedade técnica, de acordo com documentos empresariais que garantem amplo *disclosure* sobre a atividade do Grupo. Tais documentos são apresentados ao banco em caráter sigiloso, sob pena de grave comprometimento de estratégias do próprio negócio e de impacto sobre a liberdade e simetria concorrencial no mercado em que atua a empresa financiada.

Portanto, Presidente, eu estou entendendo que se trata de informações prestadas pelo Grupo à instituição financeira em razão e para fins de obtenção do empréstimo e que, a meu ver, estão cobertas pelo sigilo bancário nos termos da Lei Complementar nº 105/2001.

Fica claro, ainda, que a divulgação do *rating* do banco pode impactar a credibilidade sobre a avaliação e, conseqüentemente, sobre os negócios do Grupo, o que sugere que tal informação encontra-se igualmente coberta por sigilo empresarial.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Ministro Barroso, apenas para justificar, não para intervir no ponto de vista de Vossa Excelência, jamais faria isso.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Vossa Excelência, com muito prazer.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Só para justificar, quer dizer, porque não é comum na nossa linguagem o termo "*rating*". Em relação a isso, basicamente, ele serve para aferir se o BNDES está fazendo uma operação com uma empresa que não tem nenhuma expertise num mercado que não se conhece, que vai começar alguma coisa que pode dar certo ou errado; o "*rating*" é o risco. Então, ela precisa apresentar uma série de elementos para demonstrar que ela é apta a receber um empréstimo daquela monta do BNDES; esse é o "*rating*".

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- É isso mesmo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Aí, eu raciocinei

**MS 33340 / DF**

que o TCU poderia querer ver isso. É isso que eu entendi.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Da assertiva de que tais informações encontram-se sujeitas a sigilo, como me parece, não resulta a conclusão de que o TCU não pode ter acesso a elas, para fins da apuração de eventual ocorrência de ilícito ou de comportamento temerário. Entretanto, eu entendo que o acesso a esses dados pela Corte de Contas depende da quebra do sigilo, medida que demanda decisão judicial nos termos da jurisprudência do Supremo. Além disso, o TCU deverá assumir o compromisso de manter o caráter confidencial de tais informações, preservando os demais valores constitucionais já aludidos.

Frise-se que não se nega ao TCU a possibilidade de obter as mencionadas informações ou de atuar em sua função de controle. Afirma-se, apenas, que a providência depende de prévia decisão judicial e impõe a obrigação de preservação de seu caráter sigiloso.

Portanto, aqui procuro evitar que o TCU, no seu legítimo papel de fiscal do emprego dos recursos públicos, produza, no entanto, uma lesão reflexa de grave monta sobre uma empresa privada que, para obter o empréstimo, fez o *disclosure* de informações que, muitas vezes, ela não pode e nem quer fazer ao mercado.

Aqui é importante esclarecer que esse entendimento não conflita com a decisão do Supremo no Mandado de Segurança nº 21.729, citado pelo eminente Relator, porque, ali, se decidiu que o Banco do Brasil estava obrigado a fornecer a informação sobre o nome do beneficiário de determinado empréstimo, e concluiu-se que, como a operação envolvia recurso público, o nome do beneficiário não se sujeitava a sigilo, com o que eu estou de pleno acordo, mas aqui é algo um pouco mais drástico, que é um pouco o interior do *business* de uma empresa privada.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Mas eu acho que os casos não eram análogos. Eu acho que eu citei que não era a mesma coisa.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Não, eu só estou dizendo que não estou aplicando aquela



**MS 33340 / DF**

jurisprudência.

O BNDES não deixou de informar o nome do beneficiário do empréstimo, no caso em exame, ou o respectivo valor e demais condições do negócio. Entretanto, a informação sobre o *rating* de uma empresa não é equiparável à informação sobre identidade do beneficiário de um financiamento, pelos fundamentos já indicados.

Por essas razões, eu entendo que o BNDES não está obrigado a fornecer informações sobre o *rating* do Grupo e que a determinação de sua entrega, sem a preservação do sigilo, viola, desproporcionalmente, o direito da empresa, porque medida menos gravosa possibilitaria a consecução do mesmo fim, obtenção das informações pretendidas pelo TCU.

E, por fim, Presidente, o mesmo parece ocorrer quanto à estratégia de *hedge* do Grupo. Eu pensei que "*rating*" e "*hedge*", Ministro, não fazem parte da nossa rotina; nossa rotina tem embargos infringentes.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Eu até confesso a Vossa Excelência que, no STJ, nós julgamos muito esses contratos de *hedge* para saber se a empresa que deve em dólar está alavancada em dólar para não correr o risco da desvalorização da moeda. Tem que ter um contrato à parte dizendo que, se o dólar chegar a "x", ela também está garantida em relação àquele valor.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**  
- Mas - enfim, procurei me inteirar para fazer bem feito meu serviço - o *hedge* é uma estratégia para minimizar os riscos do negócio do próprio grupo, como, por exemplo, os riscos de queda do preço futuro dos bens que produz.

A toda evidência, não se pode conferir a essa informação publicidade irrestrita, sob pena de comprometer gravemente a competitividade perante seus próprios concorrentes. O exemplo que eu tinha do meu conhecimento de não *expert*: eu negocio milho; o milho custa dois mil e quinhentos a saca; eu tenho medo que, daqui há dois anos, o preço do milho caia para mil e quinhentos, o que seria um baque no meu negócio. E, portanto, eu faço um contrato futuro para ter certeza

**MS 33340 / DF**

de que eu consiga vender, hoje, a dois e quinhentos e evitando isso.

Evidentemente, essa especulação que eu estou fazendo sobre o meu próprio negócio e o do risco dele cair drasticamente, eu posso não querer divulgar ao mercado e acho compreensível.

De modo que eu também acho que essa é uma informação protegida pelo sigilo empresarial, pelo sigilo negocial.

E não bastasse isso em relação ao *hedge*, o próprio TCU reconhece, em sua manifestação nestes autos, que a informação sobre a estratégia de *hedge* do Grupo JBS/Friboi não é necessária para sua investigação, que tem por objeto apenas a relação entre o BNDES e o Grupo, e não a relação entre Friboi e o mercado.

E, aí, eu transcrevo a passagem da manifestação do TCU neste sentido. Se não há necessidade de tal informação para atividade de fiscalização do TCU, e se o seu fornecimento pode gerar prejuízo para a estratégia empresarial do Grupo e restrições à sua privacidade, à livre iniciativa e à livre concorrência, não há dúvida que a exigência viola o princípio da proporcionalidade, bem como dos mencionados bens constitucionais.

O eminente Advogado suscitou, da tribuna, uma questão relativa à informação cadastral. Se alguém dos nossos Colegas pedir vista, eu me disponho a voltar a refletir, mas, nesse momento, com as informações que eu dispunha na inicial e no memorial, eu estou mantendo a minha posição.

De modo, Presidente, que eu estou acompanhando o eminente Relator e, uma vez mais, louvando o voto minucioso, cuidadoso e erudito, no tocante a reconhecer a obrigação do BNDES de entregar informações e documentos sobre: saldo devedor das operações de crédito do Grupo JBS/Friboi no banco.

Considero razoável que um banco estatal..., e aqui eu afasto um argumento do BNDES, embora bem defendido, rebatido pelo eminente Relator, de que esses recursos seriam privados ou em ampla medida privados, inclusive por ser uma sociedade de economia mista.

O BNDES é um banco de fomento, com um forte aporte de recursos

**MS 33340 / DF**

do Tesouro, de modo que eu acho que, ainda quando por ser uma sociedade de economia mista, esteja sujeito à muitas regras de mercado, nesse particular de controle da aplicação desses recursos públicos, eu não trataria esses recursos como sendo recursos privados - e, aqui, em plena concordância com o Relator - e considero ser um direito do órgão de fiscalização, quando não da sociedade brasileira, saber exatamente o montante que foi emprestado e como esse dinheiro está sendo repago, inclusive como esclareceu o Advogado, da tribuna, por intermédio de uma participação direta no empreendimento.

Também estou acompanhando o eminente Relator no tocante a informações e documentos sobre situação cadastral e igualmente sobre situação de adimplência. Acho até, Presidente, e eminente Colegas, que, se firmarmos esse entendimento e ele for prevalecente, talvez se crie uma nova lógica no tipo de relação que vai haver entre empresas privadas e o BNDES, porque haverá um reforço na transparência e na exposição pública desse tipo de operação. E, embora isso possa trazer alguma consequência negativa do ponto de vista creditício ou do interesse bancário, o que se perde nesse domínio se ganha - penso - em proveito para a cidadania em termos de transparência. Portanto, entendo as razões do BNDES, porque talvez, de certa forma, estejamos mudando, quando dão a normatização, ao menos os costumes neste mercado. Mas, aqui, em favor da transparência, que é uma demanda social hoje tão relevante na sociedade brasileira, acho que faz todo o sentido que estejamos abrindo essas informações, porque as considero de interesse público e diretamente relacionadas com a aplicação de dinheiros públicos.

E, no entanto, estou concedendo parcialmente a segurança para reconhecer que o BNDES não está obrigado a fornecer informações ao TCU pertinentes ao *rating* de crédito do Grupo por considerar que esta é uma informação protegida pelo sigilo bancário, que só foi entregue pelo Grupo ao banco de fomento para obter o crédito - portanto, uma operação tipicamente de natureza bancária e protegida por sigilo -, bem como a estratégia de *hedge*, que também considero protegida pelo sigilo empresarial, sendo que uma e outra podem ser superadas por decisão

**MS 33340 / DF**

judicial. Portanto, a única coisa que estou entendendo é que o BNDES não pode, **sponte propria**, exigir estas informações sem previamente pedir ao órgão competente do Poder Judiciário a quebra do sigilo bancário.

De modo, Presidente, e finalizando, é como estou votando. Estou acompanhando o eminente Relator na maior porção do seu voto e divergindo em menor porção, para conceder parcialmente a ordem a fim de excluir o dever de emprestar as informações sobre *rating* de crédito e estratégia de *hedge*, salvo decisão judicial que assim o determine.

É como voto.

26/05/2015

PRIMEIRA TURMA

**MANDADO DE SEGURANÇA 33.340 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, na visão leiga, talvez devesse, antes de votar neste caso, pedir autorização ao grande ator que é Tony Ramos!

Presidente, o Banco, que não é um estabelecimento bancário propriamente dito, porque não lida com contas, considerados depósitos e saques, veio a Juízo, e entendo por que assim o fez, como apontei, num aparte permitido pelo ministro Luís Roberto Barroso, não para defender direito alheio, mas cuidar dos próprios interesses, sob o ângulo da responsabilidade, no que depositário de informações.

Um terceiro aspecto, Presidente, devo presumir o que normalmente ocorre, ou seja, que, pretendendo o Tribunal de Contas da União certas informações, tenha como objetivo o zelo da coisa pública, o zelo de recursos públicos. Tanto quanto possível, se houver informações cobertas pelo sigilo, o preservará.

Primeira condição do mandado de segurança: o concurso de direito líquido e certo. Podemos vislumbrar, no caso, o concurso de direito líquido e certo a ponto de não se proporcionar ao Tribunal de Contas as informações? A meu ver, não. E não temos, na Carta da República, normas conflitantes, já que o conflito é simplesmente aparente. Se, de um lado, no rol das garantias constitucionais, principal rol das garantias constitucionais, que é o do artigo 5º, tem-se o sigilo de dados, de outro, na própria Carta da República, presente não mais o interesse individual, privado, mas o público, há o temperamento desse mesmo sigilo. De que forma? Mediante as atribuições do Tribunal de Contas da União.

Não podemos imaginar que, para fiscalizar recursos públicos, dependa o Tribunal de Contas da União da burocratização na obtenção de informações, tendo que recorrer ao Judiciário, para que autorize algo que já está autorizado, sem peias, na própria Lei das leis do País, que é a Constituição Federal.

Ante esse contexto e, neste caso, ao contrário de um outro caso que

**MS 33340 / DF**

julgamos no Plenário, enaltecendo as lições pedagógicas e a base doutrinária do voto do ministro Luiz Fux, indefiro a ordem.

26/05/2015

PRIMEIRA TURMA

MANDADO DE SEGURANÇA 33.340 DISTRITO FEDERAL

**VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE)** - Eu tenho sempre dito que, na condição de Presidente, fico em uma situação privilegiada, porque voto depois de ouvir os senhores advogados, o Relator e os meus caríssimos pares, Ministro Luís Roberto e Ministro Marco Aurélio.

Nesse caso, não estou me sentindo nenhum pouco privilegiada, porque, de tanto ouvi-los, eu que tinha uma convicção muito tranquila, na linha do voto do Ministro Fux, sinto algumas dificuldades a superar depois dos brilhantes argumentos do Ministro Luís Roberto, em que faz essa distinção quanto ao *rating* de crédito e à estratégia de *hedge*, ressaltando por óbvio a reserva judicial, a possibilidade de autorização judicial para requisição desses documentos ou fornecimento dessas informações.

E o interessante nesse caso, que é tão delicado, é que, com relação às premissas básicas, todos nós estamos de acordo. Todos dizemos que a transparência há de permear sim, não só a própria gestão da coisa pública, mas todos aqueles atos em que, de alguma forma, envolvidos os recursos públicos. Ninguém diverge sobre isso. Ninguém diverge quanto - em função da interpretação dada por esta Casa aos textos constitucionais - ao fato de o TCU não ter competência para determinar a quebra de sigilo. Não há qualquer divergência; ao contrário, o próprio TCU o afirma em todas as suas manifestações. Também não há dúvida alguma de que em jogo recursos públicos, apesar da tese dos impetrantes de que parte dos valores não poderia ser qualificada como recursos públicos em sentido estrito. Mas também não há dúvida alguma - todos estamos de acordo - que o interesse público há de sobrepassar sim sobre o interesse privado e que tanto o sigilo bancário quanto o sigilo empresarial têm estatuto, sim, constitucional, proteção constitucional. Todos estamos absolutamente de acordo.

**MS 33340 / DF**

Mas o eminente Ministro Luís Roberto trouxe essa questão – eu a achei interessantíssima, porque envolveria uma nuance-, que extrapolaria a relação BNDES e TCU, no sentido do exame do emprego de recursos públicos, e diria propriamente com a relação do contratante, no caso a empresa do Grupo Friboi, com o mercado. Essa seria a nuance que levou à decisão desta Casa naquele processo que dizia respeito ao Banco do Brasil . E aí a distinção que Vossa Excelência fez, Ministro Luiz Fux, que, naquele processo, se buscavam, junto ao Banco do Brasil, informações e dados de terceiros, e não dos diretamente envolvidos.

Realmente é uma situação muito interessante, mas a resolvo também tendo como norte o fato de estarmos em sede de mandado de segurança. Na verdade, os impetrantes precisariam ter a seu favor um direito líquido e certo, e, a completar o tripé, necessário ato de autoridade, com abuso ou ilegalidade, para chegarmos à concessão da ordem.

Então, pedindo todas as vênias e com essas brevíssimas considerações, acompanho o voto do eminente Relator.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**MANDADO DE SEGURANÇA 33.340**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

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.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Senhor Ministro Roberto Barroso, que concedia, parcialmente, a ordem. Falou o Dr. Patrice Gilles Paim Lyard, pelos Impetrantes. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 26.5.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Roberto Barroso. Compareceram os Senhores Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki para julgar processos a eles vinculados.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma