VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

N935
Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega -

Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-393-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Perspectiva. 3. Diálogo. 4.

Disjunção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Apresentação

A obra expõe, de forma bastante evidente, o quão ecléticas e ricas foram as apresentações e os debates ocorridos no âmbito do Grupo de trabalho intitulado “Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado”, por ocasião do VI Encontro Internacional do CONPEDI, na Costa Rica.

Os artigos externam a preocupação dos seus autores de real e efetivamente trazerem à baila as novas discussões empreendidas nos mais diversos ramos do Direito. Se por um lado enaltecem a novidade, os textos não descuidam, por outro, da doutrina tradicional e da perspectiva constitucional tradutora do empoderamento da dignidade da pessoa humana.

A riquíssima experiência de apresentação dos textos de tamanha qualidade somente foi possível pela envergadura dos autores, os quais se comprometeram com a discussão, séria e necessária, de diversos e atuais temas, que entoam a regência da vida moderna pelo direito nas mais diversas áreas.

Por óbvio, os trabalhos não estão a salvo de críticas, mas procuram estabelecer, em intensidades diferentes, a comunicabilidade e a interseção vigentes entre o que outrora se distinguia de forma acentuada como público e privado, nacional e internacional. Novos horizontes se avistam e inovadoras perspectivas estabelecem as relações humanas e estatais.

Aos leitores, desejamos aprazível e inspiradora reflexão!

San Jose, Costa Rica, maio de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Carrega - UFG

LEI DO SIGILO BANCÁRIO E OPERAÇÕES DO BNDES

BANKING SECRECY AND BNDES OPERATIONS

Benjamin Miranda Tabak

Resumo

Este artigo aborda uma reflexão sobre a lei do sigilo bancário aplicada às operações realizadas pelo BNDES. Destaca-se que não é possível aplicar a lei do sigilo bancário às operações do BNDES, uma vez que ofende o princípio constitucional da transparência. A argumentação utilizada pelo Poder Executivo para buscar perpetuar o sigilo destas operações é criticada e projetos de leis que buscam coibir esta prática são discutidos. O método usado será o teórico-jurídico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Sigilo bancário, Operações de crédito, Transparência, Direito público e privado, Perspectivas do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with a reflection on the law of banking secrecy applied to credit operations carried out by BNDES. It is noteworthy that it is not possible to apply the law of banking secrecy to BNDES operations, since it offends the constitutional principle of transparency. We criticize the argument used by the Executive Power to seek to perpetuate the secrecy of these operations is and discuss draft laws that seek to curb this practice a. We use the theoretical-legal method, deductive reasoning and bibliographic and documentary research technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Banking secrecy, Credit operations, Transparency, Public and private law, Law perspectives

1. Introdução

Este artigo tem por objetivos discutir a situação dos recursos que são transferidos para o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) pelo Tesouro Nacional (TN). As informações referentes aos empréstimos realizados pelo BNDES usando esses recursos - públicos - são protegidas pelo sigilo bancário (Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001).

O ponto fundamental do artigo consiste no problema de que as operações de crédito realizadas pelo BNDES são consideradas sigilosas, embora utilizem recursos públicos. Desta forma, por exemplo, o Brasil realizou empréstimos a países como Cuba, Angola e outros, por meio do BNDES, usando recursos públicos. Como estas operações estão abarcadas pela lei do sigilo, as condições de empréstimos e as suas justificativas não são conhecidas e não podem ser debatidas pela sociedade.

O BNDES argumenta que o sigilo bancário deve ser aplicado a estas operações, consoante Lei do Sigilo Bancário (Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001).

A questão é que o BNDES utiliza recursos públicos – que são repassados pelo Tesouro Nacional – e faz operações que muitas vezes envolvem taxas de juros subsidiadas. Deste modo, o escrutínio destas operações pelo público é fundamental, consoante princípios do Direito Administrativo, como o da Transparência.

Este tema ganha especial relevo em um momento em que a Administração Pública vem sendo questionada devido aos inúmeros casos de corrupção encontrados em diversas esferas e levantados pela operação Lava-Jato (dentre tantas outras).

Do ponto de vista metodológico, o artigo usa a base lógica indutiva com a utilização de pesquisa bibliográfica assim como uma discussão de projetos de lei que tramitam nas duas casas – Senado e Câmara – que buscam coibir a aplicação da lei de sigilo bancário às operações do BNDES.

A primeira parte deste artigo trata dos aumentos dos repasses do TN ao BNDES nos últimos anos. Na segunda, discute-se a questão do sigilo bancário nas aplicações realizadas pelo BNDES, financiados com recursos do TN. A terceira parte sintetiza as principais críticas a essas operações, enquanto a quarta apresenta as proposições legislativas em tramitação, nas duas Casas, que visam a dar maior transparência a essas operações. A quinta tece algumas considerações finais.

2. Repasses do Tesouro Nacional para o BNDES

O financiamento de longo prazo é fundamental para que uma economia se desenvolva. Não obstante, o setor privado bancário não oferta esse tipo de financiamento em grande escala no Brasil em virtude de uma série de especificidades da economia doméstica, dentre as quais se destaca a vigência de taxas de juros reais altas, se comparadas aos padrões internacionais. Assim, o BNDES ocupa esse espaço e é considerado o principal instrumento de financiamento de longo prazo da economia brasileira. O banco apoia projetos de investimentos, aquisição de equipamentos e exportação de bens e serviços, atua no fortalecimento da estrutura de capital das empresas privadas, assim como no financiamento não reembolsável de projetos que contribuam para o desenvolvimento social, cultural e tecnológico.

Para realizar suas atividades o banco necessita de recursos que são captados de diferentes fontes. A principal fonte de recursos do BNDES era, até meados de 2009, o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Para complementar os recursos necessários para cumprir com o orçamento de desembolsos, o BNDES recorre também a recursos de organismos internacionais, empréstimos locais (principalmente TN), emissão de títulos no mercado externo e, desde o final de 2006, no mercado local (debêntures emitidas pela BNDESPAR). Historicamente, os fundos PIS-PASEP e FAT foram fonte estável de recursos para o banco e respondiam por 66% do passivo total em 31 de dezembro de 2007[1].

Em 2008 o Governo Brasileiro decide suprir a escassez de crédito instalada com a crise financeira internacional utilizando recursos do TN com o lançamento do Programa de Sustentação do Investimento (PSI). Assim, a participação dos repasses do TN ganha importância na composição do *funding* do BNDES. As condições financeiras desses recursos são estabelecidas contratualmente entre a União e o BNDES. Essa foi uma opção do governo Lula, aprofundada no primeiro governo da Presidente Dilma.

A justificativa para a utilização dos recursos do TN se encontra nas particularidades da oferta doméstica de crédito no País, que é concentrada no curto prazo. Esse fato acabou por

[1] http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/RelAnual/ra2013/RA_2013.pdf.
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/RelAnual/ra2011/relatorio_anual2011.pdf.
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/RelAnual/ra2010/relatorio_anual2010.pdf.
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/RelAnual/ra2009/relatorio_anual2009.pdf.

levar o governo à busca de soluções alternativas de captação de recursos para apoiar projetos de investimento de longo prazo.

Os empréstimos do TN representavam, em dezembro de 2007, aproximadamente 7% do total de *funding* do BNDES. Desde 2008, as captações do TN vêm se tornando uma fonte significativa de recursos. A **lei 11.948/09 (conversão da MPV 453/2008)** autorizou a concessão de créditos de até R$ 100 bilhões para o BNDES, que foram integralmente captados em 2009. No 3º trimestre de 2009, o TN passou a ser a principal fonte de recursos do BNDES, posição historicamente ocupada pelo FAT, devido ao volume de recursos captados em 2009, que totalizou R$ 105 bilhões[2].

Para garantir recursos suficientes para atender a demanda por desembolsos em 2010, foi publicada a **MPV 472/09**, que alterou o limite de crédito previsto na Lei 11.948/09. Esta MPV garantiu ao BNDES uma linha de crédito adicional de R$ 80 bilhões, que foram integralmente liberados no segundo trimestre de 2010. Ainda em 2010, foi publicada a **MPV 505/10 (Lei 12.397/11)**, que autorizou a concessão de R$ 30 bilhões ao BNDES - dos quais R$ 24,8 bilhões, captados sob a forma de LFT (Letras Financeiras do Tesouro), foram utilizados para integralização de ações de emissão da Petrobras. Assim, o BNDES captou R$ 107 bilhões em recursos junto ao TN em 2010.

Em 2011, o BNDES captou R$ 50,2 bilhões do TN, dos quais R$ 45 bilhões se referem à linha de crédito de R$ 55 bilhões criada pela **MPV 526/11** (Lei 12.453/11) e R$ 5,2 bilhões, ao saldo remanescente da linha de crédito de R$ 30 bilhões, instituída pela **MPV 505/10** (Lei 12.397/11).

Nos anos seguintes, apesar de seu menor valor, continuaram ocorrendo captações junto ao TN, aumentando ainda mais a relevância dos empréstimos no total do *funding* do BNDES. De

[2] http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Relatorio_Recursos_Financeiros_3trimestre2014.pdf.
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Relatorio_Recursos_Financeiros_4trimestre2013.pdf.
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Relatorio_Recursos_Financeiros_4trimestre2012.pdf.
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Relatorio_Recursos_Financeiros_4trimestre2011.pdf.
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Relatorio_Recursos_Financeiros_4trimestre2010.pdf.
http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Relatorio_Recursos_Financeiros_4trimestre2009.pdf.

acordo com o Relatório Trimestral do BNDES de setembro de 2014, o passivo do Banco junto ao TN era de R$ 439,3 bilhões. Nessa data, o balanço patrimonial do Banco registrava passivos totais (incluindo o patrimônio líquido) de R$ 834,8 bilhões. Os recursos dos empréstimos do TN representavam quase 53% do *funding* do Banco.

Dessa forma, o banco teve aportes significativos do TN para reforçar sua política de empréstimos nos últimos anos e esses recursos passaram a se constituir na maior fonte de recursos da instituição, situação que se mantém.

3. O sigilo bancário nas operações de empréstimo do BNDES

De um lado, o BNDES recebeu aportes significativos do TN nos últimos anos para expandir a oferta de crédito significativamente. De outro, a política de aplicação desses recursos tem sido considerada uma caixa-preta por diversos segmentos da sociedade. O BNDES tem recorrentemente se negado a prestar informações detalhadas ao Senado Federal sobre a sua política de empréstimos, motivações na realização dos empréstimos e análise de custo benefício realizadas para respaldar as suas ações.

Leister (2010) discute a relevância de evitar que o Estado se financie via endividamento público para financiar políticas públicas ineficientes. Argumenta que o princípio fiscal constitucional exige que se trate as contas públicas com cuidado evitando-se um endividamento excessivo que pode ser gerado pela grande discricionariedade do Poder Executivo que propõe e implementa uma pletora de políticas públicas.

A Lei 11.948/09 autoriza a União a conceder crédito ao BNDES. Importante notar que o § 6º do art. 1º da referida lei dispõe que o BNDES deverá encaminhar ao Congresso Nacional, até o último dia útil do mês subsequente de cada trimestre, relatório pormenorizado sobre as operações realizadas, indicando, entre outras informações, quantidade e valor das operações de financiamento realizadas, detalhadas por modalidade do investimento, setor produtivo beneficiado e localização dos empreendimentos; e estimativa dos impactos econômicos gerados pelos projetos, principalmente em termos de geração de emprego e renda, **resguardado o sigilo bancário**.

A principal alegação para a recusa em prestar informações detalhadas dos empréstimos realizados pelo BNDES é a de preservar o sigilo bancário.

O sigilo bancário está resguardado pela Lei Complementar 105/01. O art. 1º dispõe que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Em seguida, o § 1º elenca o que seriam essas instituições financeiras que estão abrangidas pelo sigilo, incluindo bancos de qualquer espécie (caso do BNDES).

Importante ressaltar que o legislador infraconstitucional conferiu o poder de afastar o sigilo bancário ao Poder Legislativo conforme explícito no art. 4º da referida lei:

> Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras **fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.**
>
> § 1º As **comissões parlamentares de inquérito**, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, **obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem**, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.
>
> § 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser **previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.**

Ainda, o Senado Federal tem como incumbência constitucional fiscalizar a utilização dos recursos públicos. Esse preceito está claro no art. 49 da Carta Maior:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
>
> .....
>
> X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, **incluídos os da administração indireta**;

Dessa forma, embora o BNDES seja um banco e esteja obrigado a cumprir o disposto na Lei Complementar 105/01, utiliza recursos públicos do TN e de fundos dos trabalhadores em suas operações. O Senado Federal tem a prerrogativa de receber toda e qualquer

informação sigilosa que envolva o uso de recursos públicos e, por conseguinte, das operações de empréstimos do BNDES.

O Senado Federal pode requerer informações sigilosas para exercer sua função fiscalizatória. Neste caso, o sigilo bancário não é eliminado, mas apenas transferido, pois o Senado Federal deve manter o sigilo das informações recebidas. O Ato da Mesa do Senado Federal 1/01, que dispõe sobre os requerimentos de informação, exige que seja mantido o sigilo, nos termos do art. 11:

> **Art. 11**. A correspondência do Primeiro-Secretário da Mesa do Senado Federal encaminhando o pedido de informações deverá mencionar expressamente:
>
> .....
>
> III – que as informações prestadas e os documentos enviados serão mantidos em sigilo;
>
> .....
>
> **Art. 14**. Além da observância das regras mencionadas no artigo anterior, o Senador, requerente ou não, para ter acesso e manusear as informações requisitadas nos termos desta Seção, deverá assinar termo de responsabilidade, com o propósito de resguardar o indispensável sigilo.
>
> § 1º O termo a que se refere este artigo ficará nos autos e dele constará a advertência contida o art. 10 da Resolução 20, de 1993, do Senado Federal.
>
> § 2º O Senador não requerente das informações sigilosas, para ter acesso a elas, deverá, mediante requerimento fundamentado, solicitar ao Presidente a transferência do sigilo.

O Ato da Mesa 1/01 se refere ao art. 10 da Resolução 20/93 do Senado Federal, que dispõe:

> **Art. 10**. Considera-se incurso na sanção de perda temporária do exercício do mandato, quando não for aplicável penalidade mais grave, o Senador que:
>
> .....
>
> IV – revelar informações e documentos oficiais de caráter reservado, de que tenha tido conhecimento na forma regimental;
>
> .....

Desse modo, entende-se que o Senado Federal pode demandar informações ao BNDES, inclusive aquelas abrangidas pelo sigilo bancário. Ainda, as Comissões Parlamentares de Inquérito também têm poder para solicitar informações protegidas pelo sigilo bancário.

Cumpre ressaltar que o entendimento da Justiça Federal de Brasília está em linha com o afastamento do instituto do sigilo bancário das operações do BNDES para órgãos fiscalizatórios. Em ação civil pública, movida pelo Ministério Público Federal contra o BNDES, a juíza federal Adverci Rates Mendes de Abreu condenou o BNDES a:

> "**tornar públicas** nos termos da Lei 12527/2012, todas as atividades de financiamento e apoio a programas, projetos, obras e serviços de entes públicos ou privados, que envolvam recursos públicos, realizadas por si ou por intermédio de outras pessoas jurídicas por ele instituídas, a exemplo da BNDESPAR, relativas aos últimos 10 anos, além das que vierem a ser realizadas doravante, discriminando-lhes os destinatários, a modalidade de apoio financeiro concedido e sua justificativa (empréstimo direto, empréstimo intermediado por terceiro, subscrição de valores mobiliários, entre outras), os montantes financeiros empregados, os prazos do investimento, o grau de risco do investimento, as taxas de juros empregadas, os valores de aquisição de ações, a forma de captação do recurso utilizado, as garantias exigidas, os critérios ou justificativas de indeferimento de eventuais pedidos de apoio financeiro, a compatibilidade do apoio concedido com as linhas de investimento do Banco), disponibilizando-as integralmente em seu sítio eletrônico, bem como para declarar a ilegalidade dada à interpretação ao disposto no art. 5º, § 1º, do Decreto 7.724/2012, que retirar o BNDES e sua subsidiária integrar BNDESPAR do âmbito de incidência da lei 12.527/2011, e condenar o réu na obrigação de repassar ao Ministério Público Federal as informações que lhe forem requisitadas, em procedimentos de suas competências, sobre operações de apoio e/ou financiamento (sob quaisquer modalidades), realizadas por si ou por sua subsidiária – a DBNDESPAR – a quaisquer entidades públicas ou privadas**, sem que seja oposto a tais órgãos de controle o óbice do sigilo bancário, independentemente de ordem judicial**."

A sentença explicita que o BNDES está sujeito à Lei de Acesso à Informação. Os empréstimos e contratos que a instituição faz não são protegidos pelo sigilo fiscal ou bancário, pois envolvem recursos públicos. O BNDES recebe aportes do TN, recursos públicos, e, portanto, deve sujeitar-se às regras de acesso à informação estabelecidas em lei, não podendo invocar o sigilo bancário para escusar-se de suas obrigações.

Outro aspecto relevante da questão é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). Ao analisar o Mandado de Segurança 21.729-4, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, o STF decidiu que não cabe às instituições financeiras opor sigilo bancário quando se tratar de contas públicas.

No caso em questão, o Banco do Brasil entrou com Mandado de Segurança, invocando sigilo bancário, para esquivar-se da obrigação de apresentar informações detalhadas ao Ministério Público Federal a respeito de empréstimos realizados, com recursos do TN, a empresas do setor sucroalcooleiro.

O STF indeferiu o pedido por entender que o Princípio da Publicidade (*caput* art. 37 da Carta Maior) se sobrepõe ao instituto do sigilo bancário. O banco está utilizando recursos repassados pela União, ficando obrigado a prestar contas, para a defesa do patrimônio público.

Fica claro que, de um lado, o Congresso Nacional e suas Casas têm prerrogativa de solicitar dados sigilosos para exercer a contento sua função fiscalizatória; de outro, de acordo com as tendências jurisprudenciais, não cabe invocar sigilo bancário nas operações de agências oficiais de fomento, que usem recursos públicos.

4. Síntese das principais críticas às operações "sigilosas" do BNDES

É fundamental garantir a transparência da utilização dos recursos públicos por parte do BNDES. Os recursos repassados pelo TN custam pelo menos algo equivalente à taxa Selic (hoje em 12,75% a.a.) enquanto os empréstimos realizados recebem a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), que está em 5,5% a.a. Com o recente ciclo de aperto monetário, iniciado pelo Banco Central do Brasil, a despesa com esses subsídios deve subir ainda mais. A título de exemplo, o Tribunal de Contas da União estimava, em 2012, o valor dos subsídios do BNDES em R$72 bilhões para o período de 2011 a 2015[3]. Dessa forma, essas operações envolvem alto custo fiscal[4].

[3] http://www.tcu.gov.br/consultas/juris/docs/judoc/acord/20121119/ac_3071_47_12_p.doc.

[4] http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/politica/nacional/noticia/2014/11/12/tcu-volta-a-cobrar-do-bndes-dados-de-operacoes-com-o-jbs-155890.php.
http://www.valor.com.br/brasil/3785964/subsidio-ao-bndes-pode-ir-r-30-bi.

De acordo com o Relatório Gerencial Trimestral dos Recursos do TN do BNDES do terceiro trimestre de 2014, o custo financeiro implícito dos aportes do TN em 2013 alcançou o valor de R$ 8,4 bilhões, correspondendo a 0,17% do PIB[5].

Uma das críticas mais contundentes à política de aplicação de recursos por parte do BNDES é a de que parece existir uma opção ideológica ao decidir empréstimos, como explicitado pelo caso recente do Porto de Mariel em Cuba ou pelos empréstimos a países como Angola, Argentina e Venezuela[6].

Outra crítica é a de que a forte expansão do crédito subsidiado do BNDES, que implica em elevado custo fiscal, não tem gerado incrementos no investimento agregado, o que levanta séries dúvidas sobre a eficácia dessa política – combinação de crédito subsidiado e elevado custo fiscal[7].

Do ponto de vista microeconômico, o papel do BNDES tem sido o de reduzir o custo de capital das empresas que tomam recursos. Dessa forma, a queda no custo de capital da empresa – devido aos juros subsidiados – torna atraentes projetos com taxas de rentabilidade menores, que não o seriam se financiados aos juros de mercado. Além disso, projetos com prazos longos de maturação – como os encontrados no setor de infraestrutura – também passam a ser atrativos, uma vez que os empréstimos são de longo prazo.

Não obstante, esse raciocínio é mais relevante para setores concorrenciais nos quais as vantagens e benefícios concedidos são repassados para os consumidores. Ao se repassar as mesmas para setores monopolistas ou oligopolistas, é possível que boa parte desses benefícios/vantagens sejam capturados por essas empresas e não sejam repassados aos consumidores, já que as empresas detêm grande poder de mercado.

Outro aspecto controverso nessa forma de atuar do BNDES é que a instituição tem financiado grandes empresas, que já têm maior facilidade de acesso a crédito e potencial poder de mercado. Além disso, o BNDES viabilizou fusões e aquisições, o que aumenta a

[5] http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Relatorio_Recursos_Financeiros_3trimestre2014.pdf.
[6] http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/04/16/faz-sentido-o-bndes-financiar-investimentos-em-infraestrutura-em-outros-paises/.
[7] http://tribunadainternet.com.br/o-bndes-e-a-queda-dos-investimentos/.

concentração de mercado em alguns setores relevantes, sem criação de capacidade produtiva nova, que, entre outros problemas, aumenta ainda mais o poder de mercado dessas empresas[8].

Ressalte-se que as operações de financiamento – externo e interno – concebidas pelo BNDES escapam ao controle do Senado Federal. Proposições que visem a resgatar a competência do Senado Federal são bem-vindas. As operações das agências de fomento deveriam ser submetidas à deliberação do Senado Federal, uma vez que envolvem o uso de vultosos recursos públicos e implicam muitas vezes em maior endividamento público, incorrendo em custo fiscal.

Do ponto de vista da Análise Econômica do Direito é fundamental garantir transparências às operações do BNDES. O gestor ao decidir como alocar os recursos disponíveis leva em consideração os custos e benefícios dessa decisão. Se a mesma é decidida de forma transparente e a sociedade pode questionar essas decisões criam-se os incentivos corretos para que os gestores tenham grande preocupação na tomada dessas decisões (Tabak, 2015; Tabak e Aguiar, 2015 e 2016)[9].

A transparência das operações do BNDES permite que diversos agentes da sociedade participem do processo por meio do controle externo social. Isso vale ainda mais para as instituições que tem a prerrogativa constitucional de zelar pelas contas públicas e pela probidade na administração pública.

Operações pouco transparentes levam aos gestores a uma sensação de falta de controle e potencial impunidade caso suas decisões não sejam tecnicamente justificáveis. As decisões de alocação podem inclusive ter cunho político – o que exige ainda maior escrutínio por parte dos diversos órgãos de controle para questionar essas decisões.

Perceba-se que não se está questionando a discricionariedade que é dada ao agente público, mas sim decisões que podem ser danosas para o país – e que não sobrevivem a uma análise de custo-benefício. Ao alocar recursos para determinado empreendimento, com uma série de vantagens financeiras para os tomadores dos recursos, o país abre mão de outras oportunidades (incorre em custo de oportunidade). Deste modo, é fundamental que seja

[8] http://www.insper.edu.br/noticias/o-dinheiro-do-bndes-esta-sendo-bem-gasto/.
[9] Veja também Posner (2007), Timm (2012), Porto e Thevenard (2010); Gico JR (2010);Cooter e Ulen (2010).

realizada uma análise técnica que seja transparente e que seja analisada pelos diferentes atores sociais.

A questão é que os empréstimos do BNDES precisam passar por um processo de *accountability*. É fundamental que essas decisões de alocação de recursos – que envolvem quantias significativas – sejam analisadas e discutidas em diferentes instâncias – dentre as quais o Congresso Nacional.

As operações realizadas pelo BNDES devem passar por uma análise de custo-benefício para que possam ser realizadas. Ao não se permitir o escrutínio dessas operações o custo-benefício das mesmas passa a ser duvidoso – o que pode levar a crer que são fundadas em questões ideológicas e não técnicas. A análise de custo-benefício de qualquer política pública é fundamental uma vez que os recursos utilizados são públicos e não devem ser – de forma alguma – desperdiçados. O princípio republicano de aplicação dos recursos públicos exige o respeito ao pagador de impostos, *tax payer* (Adler e Posner, 2010; Brent, 2001; Coase, 1960; Honohan, 2009).

O princípio constitucional da transparência é pilar fundamental do Estado Democrático de Direito. Ele deve ser obedecido por todos aqueles que gerem recursos públicos e se sobrepõe à eventual necessidade de sigilo em operações bancárias. Em linha com a Análise Econômica do Direito pode-se argumentar que a transparência cria os incentivos corretos aos agentes que lidam com recursos públicos. Como serão avaliados em suas decisões – estas tendem a seguir uma análise de custo-benefício e não uma política ideologicamente enraizada no gestor de plantão.

5. Projetos em tramitação

Na relação abaixo são consideradas as proposições que buscam aumentar a transparência das operações envolvendo o BNDES.

5.1 Projetos em tramitação no Senado

PLS 164/15 – Complementar – Ronaldo Caiado (DEM/GO)

O projeto altera o art. 1º da Lei Complementar 105/01 para vedar para apoio financeiro, realizado por parte das agências financeiras oficiais, para entes da Federação ou governos estrangeiros em que se tenha sigilo bancário nas condições contratuais.

> Art. 1º Ficam **excluídas de apoio financeiro**, por parte das agências financeiras oficiais, entes da Federação ou governos estrangeiros que tenham **cláusula de sigilo** como condição contratual.
>
> Art. 2º O art. 1º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 1º.....
>
> .....
>
> § 5º As agências financeiras oficiais de fomento, englobando a Caixa Econômica Federal, o Banco do Brasil S.A., o Banco do Nordeste do Brasil S.A., o Banco da Amazônia S.A, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, e a Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, **não poderão alegar sigilo das operações de apoio financeiro** que tenham como contraparte, ou beneficiário, estados, Distrito Federal e municípios, bem como governos estrangeiros.
>
> § 6º O contido no parágrafo anterior aplica-se inclusive aos casos em que cláusula de sigilo seja inserida a pedido da contraparte ou beneficiário.(AC)"

A proposta tem como objetivo aumentar a transparência nos empréstimos realizados por agências oficiais de fomento a Estados estrangeiros e entes da Federação.

PLS 26/14 – Complementar – Senador Álvaro Dias (PSDB/PR)

O Projeto altera o art. 1º da Lei Complementar 105/01, para extinguir o sigilo bancário nas operações ativas de instituições oficiais de crédito que tenham como contraparte Estado estrangeiro:

> Art. 1º Acrescente-se ao art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, os seguintes §§ 5º e 6º:
>
> "Art. 1º.....
>
> § 5º **Não estão protegidas pelo sigilo bancário** disciplinado nesta Lei as operações ativas efetuadas por instituições financeiras controladas por entidades de direito público interno quando: I – a contraparte for Estado estrangeiro; ou II – a operação contar com garantia direta ou indireta de Estado estrangeiro.

§ 6º Os instrumentos contratuais e eventuais aditivos das operações de que trata o § 5º **serão divulgados em página específica da instituição na rede mundial de computadores e em jornal de grande circulação na praça de sua sede.**" (NR)

A proposta busca aumentar a transparência das operações celebradas por instituições financeiras oficiais, mas com foco nas operações que tenham como contraparte passiva algum Estado estrangeiro.

PRS 2/14 – Senadora Ana Amélia (PP/RS)

O Projeto altera a Resolução 50/93 do Senado Federal, para dispor sobre as operações de financiamento externo das agências financeiras oficiais de fomento.

Art. 1º A Resolução nº 50, de 1993, do Senado Federal, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Dispõe, com base no art. 52, incisos V e VII, da Constituição Federal, sobre as operações de financiamento externo." (NR)

"Art. 1º Subordinam-se às normas fixadas nesta Resolução as operações de financiamento externo realizadas com recursos orçamentários da União ou com **recursos das agências financeiras oficiais de fomento**, contratadas diretamente com entidades estrangeiras de direito público ou privado.

§ 1º Para os efeitos desta Resolução, compreende-se como financiamento externo toda e qualquer operação ativa decorrente de financiamento ou empréstimo, mediante a celebração de contratos, emissão e aceite de títulos, que represente a concessão de créditos, diretamente pela União ou por **agência financeira oficial de fomento**, a devedores situados no exterior.

....." (NR)

"Art. 2º Os desembolsos de recursos referentes às operações de financiamento com recursos orçamentários da União realizados em um exercício financeiro não poderão exceder o montante dos recursos orçamentários previstos para aquele exercício, ressalvadas as operações autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais, com finalidade precisa, aprovadas pelo Poder Legislativo por maioria absoluta de votos." (NR)

.....

"Art. 10-A. A operações de financiamento externo realizadas com recursos das **agências financeiras oficiais de fomento**, contratadas diretamente com entidades estrangeiras de direito público, serão

submetidas à deliberação do Senado Federal com todas as informações pertinentes.

Parágrafo único. As operações de que trata este artigo subordinam-se às normas estabelecidas no parágrafo único do art. 8º e no art. 9º." (NR)

.....

Esse PRS propõe que as regras previstas na Resolução 50/93 se apliquem às operações realizadas pelas agências financeiras oficiais de fomento, o que inclui a apreciação prévia pelo Senado Federal, nos termos previstos pela Constituição:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias ***e demais entidades controladas pelo Poder Público federal***;

.....

5.2. Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados

Projeto de Lei Complementar (PLP) 21/15 da Dep. Carmem Zanotto (PPS/SC) que procura excetuar do sigilo bancário as operações financeiras realizadas com a utilização de recursos públicos.

Art. 1º O art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 1º .....

§5º Não se encontram protegidas pelo **sigilo bancário**, as operações financeiras realizadas com a **utilização de recursos públicos**, independentemente da natureza pública ou privada da instituição financeira.

§6º As instituições financeiras públicas e privadas deverão divulgar anualmente relatório das operações realizadas com o uso de recursos públicos." (NR).

§7º O relatório anual a que se refere o parágrafo anterior deverá ser publicitado pela instituição financeira em seu endereço eletrônico na Internet de maneira a ser facilmente consultado pelos cidadãos.

Projeto de Lei Complementar (PLP) 9/15, do Dep. Bilac Pinto (PR/MG), que altera a Lei Complementar 105/01, para excetuar do sigilo das instituições financeiras as operações realizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para o financiamento de investimentos no exterior. A proposição tramita em conjunto com PLP 297/13.

Art. 1º O § 3º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

"Art. 1º .....

§ 3º .....

.....

VII – a prestação de informações sobre operações de financiamento e crédito realizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, para investimentos realizados em países estrangeiros, valores emprestados, especificação dos beneficiários da concessão do financiamento, publicidade dos contratos de concessão do empréstimo, respeito irrestrito ao que determina os art. 48, II e XIII, art. 49, I e art. 52, V da Constituição Federal, sob pena de nulidade do financiamento em tela com a devida responsabilização, cível e penal, da autoridade que der causa ao ato".

Projeto de Lei Complementar (PLP) 7/15, do Dep. Paulo Foletto (PSB/ES), que tramita em conjunto com o PLP 297/13. Altera a Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, para especificar que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações sobre operações realizadas pelo BNDES ou por suas subsidiárias.

Art. 1º O § 3º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

"Art. 1º.....

.....

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

.....

> VII – a prestação de informações sobre operações de empréstimo, financiamento ou participação societária realizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES ou por suas subsidiárias.” (NR)

Projeto de Lei Complementar (PLP) 390/14, do Dep. Mendonça Filho (DEM/PE), que tramita em conjunto com PLP 297/13. Altera a Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Exclui as diversas modalidades de apoio financeiro do BNDES, que tenham como contraparte ou beneficiário Estados estrangeiros ou empresas localizadas no exterior, do sigilo das operações de instituições financeiras.

> Art. 1º Esta Lei Complementar altera o art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001, de forma a excluir as diversas modalidades de apoio financeiro do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, que tenham como contraparte ou beneficiário Estados estrangeiros ou empresas localizadas no exterior, do sigilo das operações de instituições financeiras.
>
> Art. 2º O art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> “Art. 1º.....
>
> .....
>
> § 5º O BNDES e suas subsidiárias não poderão alegar sigilo das operações de apoio financeiro que tenham como contraparte ou beneficiário Estado estrangeiro ou entidade localizada no exterior.
>
> § 6º O contido no parágrafo anterior aplica-se inclusive aos casos em que cláusula de sigilo seja inserida a pedido da contraparte ou beneficiário.

Projeto de Lei Complementar (PLP) 327/13, da Dep. Rosane Ferreira (PV/PR), também tramita em Conjunto com PLP 297/13. Altera a Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Exclui do sigilo bancário as operações realizadas com recursos públicos, inclusive para as instituições financeiras privadas.

> Art. 1º O art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:
>
> “Art. 1º .....
>
> §5º Não se encontram protegidas pelo sigilo bancário, as operações financeiras realizadas com a utilização de recursos públicos,

independentemente da natureza pública ou privada da instituição financeira.

§6º As instituições financeiras públicas e privadas deverão divulgar anualmente relatório das operações realizadas com o uso de recursos públicos.” (NR).

Projeto de Lei Complementar (PLP) 297/13, do Dep. Cesar Colnago (PSDB/ES). Altera a Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Esse projeto de lei excetua do sigilo bancário as operações do BNDES.

Art. 1º Esta Lei altera o Art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, para excetuar do sigilo das operações financeiras as de financiamento e participação acionária realizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES.

Art. 2º O Art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, passa a vigorar acrescido do seguinte § 5º:

“Art.1º.....
.....

§ 5º O disposto no *caput* não se aplica às operações de financiamento, bem como as de participação acionária, internas ou externas, realizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e suas subsidiárias, de forma direta ou por meio de outros agentes financeiros.”

Projeto de Lei Complementar (PLP) 71/07, do Dep. Paulo Rubem Santiago (PT/PE), tramita em conjunto com o PLP 13/95. Altera a Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Esse projeto de lei dispõe que as informações requeridas pelo Tribunal de Contas da União e Poder Legislativo Federal deverão ser fornecidas por instituições financeiras e órgãos reguladores (Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários).

Art. 1º o art. 4º da Lei Complementar nº 105, de 21 de janeiro de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Tribunal de Contas da União e ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

§ 1º. .....

> § 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas, respectivamente, pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, ouvido previamente o Ministério Público junto ao Tribunal, pelo Plenário da Câmara dos Deputados, pelo Plenário do Senado Federal, ou pelo plenário das comissões parlamentares de inquérito.
>
> § 3º As informações e os documentos obtidos na forma deste artigo deverão ser conservados em sigilo e utilizados somente no âmbito do processo que lhes deu causa, sujeitando os responsáveis por descumprimento ao disposto na legislação criminal." (NR)

O objetivo dessas proposições, de ambas as Casas, é o de reduzir o descompasso existente atualmente entre comandos constitucionais: de um lado, o Princípio da Publicidade (*caput* do art. 37) e o inciso X do art. 49, que atribui a competência exclusiva de fiscalização ao Congresso Nacional, e de suas Casas, dos atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta – e, de outro, o sigilo que envolve operações de crédito com recursos públicos, realizadas por meio de instituições financeiras oficiais ou privadas.

6. Considerações Finais

O BNDES tem ampliado seu escopo de atuação no período que se inicia com a crise de 2008. Em particular, os recursos oriundos do Tesouro Nacional já são fração importante (maior que 50%) do total do *funding* do banco. O objetivo é o de fomentar a atividade econômica com juros subsidiados, entrando em uma área com pouca atuação da iniciativa privada: empréstimos de longo prazo.

Esses empréstimos são feitos a empresas nacionais e em alguns casos envolvem outros Estados. O objetivo deve sempre ser o de ajudar a fomentar o desenvolvimento nacional. Usando a abordagem da Análise Econômica do Direito conclui-se que a transparência cria os incentivos corretos aos gestores e leva a uma maior eficiência na alocação de recursos. A falta de transparência, por sua vez, no trato da coisa pública tem levado a situações em que a corrupção endêmica se instalar, conforme revelado pela operação Lava-Jato.

A questão fundamental é a de que a política de empréstimos deve ser objeto de discussão com o Congresso Nacional uma vez que pode implicar aumento da dívida pública. Ainda, esses recursos são públicos e essa política de empréstimos deve ser transparente - apresentando ao Congresso informações suficientes para que este exerça sua função –

constitucional –de fiscalização. Dessa forma, conclui-se que o princípio da publicidade deve se sobrepor à Lei Complementar nº 105 (sigilo bancário).

Referências

ADLER, M.D.; POSNER, E.A. 2001. Implementing cost-benefit analysis when preferences are distorted. In: Matthew D. Adler and Eric A. Posner (eds.) (2001) Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives. Chicago: University of Chicago Press.

BRENT, R.J. 2009. Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis. Edward Elgar: US. P: 143-160.

COASE, Ronald H. 1960. The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics 3 (1): 1-44

COOTER, R. D., & ULEN, T. S. 2010. Direito & Economia (5ª ed.). Porto Alegre: Bookman.

GICO Jr., I. T. 2010. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law Review, 1, 7-33.

HONOHAN, P. 2009. Can cost-benefit analysis of financial regulation be made credible? In: Brent, R.J. (ed.) Handbook of Research on Cost-Benefit Analysis. Edward Elgar: US. P: 226-246.

LEISTER, C. Economia Constitucional e Public Choice: a tendência natural à expansão fiscal e seus limites institucionais. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n.1, p. 116-127, 2010.

PORTO, A. J. M.; THEVENARD, L. 2010. Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos. Economic Analysis of Law Review, 1, 192-209.

POSNER, R. A. 2007. Economic Analysis of Law (7th ed.). New York, N.Y., EUA: Aspen Publishers.

RIOS, R. S.; TABAK, B. M . Pequenos Incentivos Importam: Promovendo Coleta Seletiva entre Geradores de Resíduos Sólidos Domiciliares. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n.1, p. 118-137, 2014.

TABAK, B. M. A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, p. 321-345, 2015.

TABAK, B. M.; Aguiar, J.C. (Org.). **Análise Econômica do Direito. Uma abordagem aplicada**. 1. ed. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2015. v. 1. 248p.

TABAK, B. M.; Aguiar, J.C. (Org.) . **Direito, Economia e Comportamento Humano**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2016. v. 1. 446p.

TIMM, L. B. (Org.). 2012. Direito e Economia no Brasil. 1. ed. São Paulo: Atlas.