



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

MIGUEL VIDAL DE ALMEIDA TAGUCHI

**TRANSPARÊNCIA, PUBLICIDADE E INFORMAÇÃO: O CASO DOS RECURSOS
PÚBLICOS NO BNDES**

BRASÍLIA

2021

TRANSPARÊNCIA, PUBLICIDADE E INFORMAÇÃO: O CASO DOS RECURSOS PÚBLICOS NO BNDES

Autor: Miguel Vidal de Almeida Taguchi

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Brasília, 29 de março de 2021.

FOLHA DE APROVAÇÃO

MIGUEL VIDAL DE ALMEIDA TAGUCHI

**TRANSPARÊNCIA, PUBLICIDADE E INFORMAÇÃO: O CASO DOS RECURSOS
PÚBLICOS NO BNDES**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Jorge Octávio Lavocat Galvão
(Orientador – Presidente)

Professor Doutor Antônio de Moura Borges
(Membro)

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, devo agradecer a Deus, por me acompanhar sempre e me iluminar em diversas situações críticas. Agradeço de forma especial os meus pais, Américo e Walkyria, por sempre me apoiarem e me dar forças em todos os momentos de aflição, além de acreditarem no meu potencial e investido o que poderiam para a minha educação. Agradeço de forma especial a minha irmã, Stéphanie, que me apoiou em tudo, especialmente nos estudos do Direito e por tornar minha vida muito mais alegre e tranquila, proporcionando carinho e estímulo na minha jornada.

Agradeço os meus parentes que, apesar de não conviverem comigo, estão no meu coração por me ajudarem sempre que foi necessário, em especial meus primos Rodrigo, Victor, Felipe e Mônica Kaori, a minha tia Fumiko e a minha avó Yasuko. Apesar da distância, são essenciais para a minha jornada tanto pessoal quanto acadêmica. Agradeço igualmente meus avós Carlos e Maria, que, apesar de não estarem mais comigo, ajudaram como puderam na minha criação e para que minha infância fosse muito mais feliz.

Aos meus amigos da faculdade, que compartilharam das mesmas alegrias e mesmas dores da graduação, com quem pude compartilhar momentos de felicidade e ensinamentos diversos, tornando estes longos dez semestres em algo muito mais leve, apesar do aprendizado intenso. Agradeço aos colegas de curso, que tornaram a sala de aula enriquecedora.

Aos meus professores, que me ofereceram inúmeros aprendizados importantes para a minha vida pessoal e a minha carreira, desde 2016 até o presente ano. Cada professor foi essencial para a minha educação e para a criação deste trabalho de conclusão.

Aos advogados do meu primeiro estágio, Dr. Alde, Dra. Zuleika, Dr. João, Dr. Guilherme e Dr. Leandro, pelos ensinamentos na prática processual e pelo profissionalismo de todos. Agradeço também pelos diversos momentos de alegria e risadas proporcionados por eles.

Por fim, agradeço ao meu professor e orientador Jorge Galvão. A matéria de Direito Constitucional 2 foi essencial para descobrir as áreas de estudo que mais gosto, e o professor Jorge teve papel fundamental nesse aspecto ao trazer aulas interessantes e densas sobre o conteúdo do dia com uma metodologia impecável de ensino e rigidez na cobrança dos conteúdos. Agradeço por sempre responder aos meus questionamentos diversos sobre as matérias que ele é responsável e por me aceitar como orientando, apoiando sempre que pedi sua ajuda. Ele é uma inspiração como profissional, professor e jurista.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a reflexão sobre as novas regras referentes a recursos públicos e a transparência de sua gestão, após o julgamento ocorrido em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 33.340/DF e o Parecer nº AM – 06 da Advocacia Geral da União, assinado em 2019 em conjunto com o Presidente da República, estabelecendo a impossibilidade de alegação de sigilo bancário em recursos públicos da Administração Pública, Federal, Estadual e Municipal. Os conceitos de transparência e corrupção devem ser trabalhados, pois a relação de poder democrática exige que o cidadão possua conhecimento de como os recursos públicos são utilizados para seu benefício. Por fim, o princípio da publicidade e o direito à informação serão discutidos, desde a sua evolução histórica até suas consequências para a transparência da Administração Pública em um Estado Democrático de Direito pós-Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: transparência, Supremo Tribunal Federal, sigilo bancário, princípio, publicidade, informação, Constituição.

ABSTRACT

This paper seeks to reflect on the new rules on public resources and the transparency of their management after the verdict in 2015 by the Supremo Tribunal Federal at Mandado de Segurança nº 33.340/DF and Parecer nº AM – 06 of the Advocacia Geral da União, signed in 2019 with the President of the Republic, establishing the impossibility of banking secrecy allegations on the matter of public resources of the Public Administration. The concepts of transparency and corruption will be examined since the democratic relationship needs the knowledge of the utilization of public resources for citizens' benefits. At last, the publicity principle and the right to information must be discussed, from their historic evolution until their consequences for Public Administration's transparency in a Democratic State after the Federal Constitution of 1988.

Keywords: transparency, Supremo Tribunal Federal, banking secrecy, principle, publicity, information, Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO MS 33.340/DF E UMA CRÍTICA AO JÚIZO DE PONDERAÇÃO	12
1.1. Análise do julgamento do MS 33.340/DF.....	12
1.2. Juízo de ponderação ou efetiva inaplicabilidade do sigilo bancário?.....	16
CAPÍTULO II – ASPECTOS INICIAIS DA TRANSPARÊNCIA E A ANÁLISE DO PARECER Nº AM 06.....	21
2.1 – Um breve olhar sobre a transparência	21
2.2. – Corrupção e Administração Pública.....	25
2.3. – Análise do Parecer Nº AM – 06	27
CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE, DIREITO DE INFORMAÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	36
3.1. Princípios e sua importância para o ordenamento jurídico	36
3.2. Princípio da publicidade e a relação com o Parecer nº AM – 06	38
3.3 Direito à informação, Administração Pública e avanços.....	47
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

A transparência do gasto público realizado por governos, sejam Estaduais, Municipais, ou o próprio Governo Federal, tem sido tema de grande interesse e controvérsia por parte de juristas, políticos e, especialmente, pela população brasileira. Os grandes gastos realizados por governantes, somados à alta tributação, se tornam questões de discussão sobre a efetividade desses gastos em serviços para a população e melhorias na vida em geral, como em situações relativas à infraestrutura, saúde, educação, previdência, etc.

Diante dessa realidade, é possível perceber a vasta preocupação com a transparência dos recursos, desde sua origem, até no que foram gastos. Apesar da Constituição de 1988 já prever instrumentos de controle dos gastos, como os Tribunais de Contas e o Ministério Público, vemos que essas discussões se tornaram bem mais intensas nas duas últimas décadas. O controle social por parte da população na gestão pública¹ tem se intensificado, expressando o exercício da cidadania pelo povo.

O termo controle social designa ações de verificação dos atos de gestão, realizadas pela população em geral ou por usuários do serviço público por meio de Conselhos, plebiscitos, espaços de diálogo abertos pelos gestores ou ainda por algum tipo de organização da sociedade (Shommer; Moraes, 2010, p.301). O controle social também pode ser compreendido como expressão da capacidade do exercício da cidadania, como um processo de conquista popular de aquisição de consciência da sociedade, que se organiza para realizar seus próprios projetos (Demo, citado por Bona; Boeira, 2018, p. 220).²

Por mais que os “controladores sociais” não consigam gerar sanções contra governantes e afins, eles conseguem gerar informações sobre a gestão pública e torná-las públicas. Dessa maneira, a interação entre governo e comunidade pode ser positiva para o alcance de melhores resultados das ações governamentais, como em questão de eficiência da Administração Pública no cumprimento de suas obrigações.

A informação é o primeiro passo para que o controle possa ser efetivado. A disponibilização de informações por parte da Administração Pública atende o princípio constitucional da publicidade, que vincula o gestor público e se torna a base de diversos atos, leis e decisões judiciais. Os avanços tecnológicos, especialmente na parte de comunicação,

¹ Define-se gestão pública como “o planejamento, a programação, a orçamentação, a execução, o controle e a avaliação das políticas públicas que visem, direta ou indiretamente, à concretização de ações em uma organização/instituição pública”. (RODRIGUES, 2020, p. 36).

² GUARIDO, Fernanda Alves Andrade. **Accountability e transparência pública**. Curitiba: Contentus, 2020, p. 42.

permitiram que o controle pela população (*accountability*³) fosse realizado de forma mais eficaz:

No passado, o acesso à informação e a realização da *accountability* democrática (realizada pelos cidadãos) era mais difícil. O desenvolvimento da internet exerceu papel fundamental no cumprimento do dever informacional. Merecem destaque a criação de sítios eletrônicos institucionais, pois todo órgão público tem seu site, onde são prestadas informações acerca do que é feito. Os contratos firmados, seus valores, os contratados, os convênios celebrados, as organizações parceiras, oportunidades de firmar convênios, termos de parceria, de fomento ou de colaboração com o Poder Público, constam dos sítios eletrônicos. O acesso à informação aumentou sobremaneira com a divulgação através da internet.⁴

Assim, a população brasileira conquistou, com o passar dos anos, mais instrumentos para entender o que acontece dentro do Poder Público, especialmente no tocante aos gastos realizados com os impostos dos cidadãos. Com o aumento de recursos de fiscalização, as preocupações em torno dos gastos e a responsabilidade em torno deles aumentaram da mesma maneira.

Um caso peculiar é o do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que se tornou fonte de alguns dos incidentes mais controversos dos últimos anos devido ao esquema de corrupção chamado de “Petrolão”, além de outros financiamentos julgados questionáveis, como no caso de empréstimos para países como Angola e Moçambique:

Após calotes de Venezuela e Moçambique, no ano passado, Angola pode ser a próxima a atrasar pagamentos de empréstimos do BNDES que financiaram obras de empreiteiras brasileiras. No total, o banco tem 4,3 bilhões de dólares a receber de dívidas nessa modalidade, sendo 2 bilhões de dólares de Venezuela, Moçambique e Angola. Desde 1997, o banco liberou 10,5 bilhões de dólares para 15 países e obteve 8,2 bilhões de dólares de retorno, incluindo juros. (...)

Entre 2002 e 2016, o BNDES contratou US\$ 4 bilhões em empréstimos com o país africano, a maioria para projetos da Odebrecht, como a construção da Hidrelétrica de Laúca. A obra recebeu financiamento de US\$ 646 milhões, em duas operações, de 2014 e 2015. Em nota, a Odebrecht diz que “não há qualquer atraso” do governo angolano, embora a empresa tenha frisado que, como a dívida é com o banco de fomento, não acompanha o pagamento.⁵

Nesse sentido, parcela relevante da sociedade começou a questionar se os recursos do BNDES estavam sendo “bem gastos” (ou seja, gastos de forma eficiente), já que é uma empresa pública federal que se considera “o principal instrumento do Governo Federal para o

³ *Accountability*, que não possui tradução exata para o português, está relacionada com resposta e responsabilização, que pode ser encarada como dever moral ou dever legal. Assim, a *accountability* se relaciona com o cumprimento de uma obrigação para evitar uma penalidade em resposta ao descumprimento.

⁴ GUARIDO (2020), p. 51.

⁵ BNDES corre risco de calote de Angola, Venezuela e Moçambique. **Veja**, 7 de janeiro de 2018. Disponível em <https://veja.abril.com.br/economia/bndes-corre-risco-de-calote-de-angola-venezuela-e-mocambique/>. Acesso em 3 fev. 2021.

financiamento de longo prazo e investimento em todos os segmentos da economia brasileira”⁶. Dessa maneira, questiona-se o cabimento de empréstimos por uma empresa pública federal para países estrangeiros (ao invés de empreendimentos em territórios nacionais), ainda mais quando começaram as ameaças de calote por parte desses países tomadores.

Assim, a demanda por transparência desses recursos do BNDES e a consequente prestação de contas aumentaram consideravelmente na última década. O julgamento do Mandado de Segurança 33.340/DF⁷ impetrado pelo BNDES, relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 26 de maio de 2015, determinou que não se poderia argumentar sigilo bancário em operações financeiras envolvendo recursos públicos, sendo assim não seria possível o impedimento pelo banco do envio de informações ao Tribunal de Contas da União. Com essa decisão, institucionalmente, a sociedade brasileira teve uma das primeiras conquistas em termos de transparência dentro do banco, pois o controle das transações por parte do TCU poderia ser mais efetivo.

Seguindo essa linha, em abril de 2019, o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro e o então Advogado-Geral da União André Luiz de Almeida Mendonça assinaram o Parecer nº AM – 06, que determina a impossibilidade de aplicação e argumentação do sigilo bancário em operações cuja contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público, bem como em operações que envolvam recursos públicos (pág. 3 do parecer). O princípio da publicidade é o grande pilar para embasar o entendimento colocado neste Parecer da AGU, que é vinculante para toda a Administração Pública.

O caso colocado como base do Parecer (MS 33.340/DF) tinha como centro da controvérsia as operações de crédito do BNDES com o Grupo JBS/Friboi, o que permitiu mais transparência em situações controversas que podem envolver indícios de corrupção e crimes financeiros envolvendo empresas privadas e recursos públicos.

O presente trabalho busca explicar, a partir dos princípios e direitos constitucionais em conflito, como se deu o embasamento do Parecer nº AM – 06 e do acórdão do Mandado de Segurança 33.340/DF no que se refere à transparência dos recursos públicos contra o sigilo bancário, e de que maneira a ponderação dos dois princípios levou à decisão final favorável ao primeiro. O primeiro substrato teórico é a extensa doutrina acerca da ponderação de direitos

⁶ Site oficial do BNDES.

⁷ Neste Mandado de Segurança, a Primeira Turma do STF decidiu, com base no voto do Relator Ministro Luiz Fux, que o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelo BNDES porque as operações são fundadas em recursos de origem pública, deixando evidente a necessidade de atuação transparente por parte de administradores públicos. Assim, o sigilo bancário seria inoponível pelo Banco em nome do princípio constitucional da publicidade.

fundamentais, que ganhou intensidade em meados do Século XX. O segundo substrato teórico é composto pelas teorias acerca da publicidade e da transparência da Administração Pública, positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se responder as seguintes perguntas: a ponderação entre os direitos colocados em questão trouxe o melhor resultado coletivo? As regras impostas no Parecer e o entendimento do MS 33.340/DF possuem perspectivas positivas para o futuro institucional do país?

O escopo do presente trabalho é demonstrar que o princípio da publicidade passou por um longo desenvolvimento na legislação e na jurisprudência brasileiras e de que forma ele colaborou para aprimorar a transparência da Administração Pública, inclusive com a influência no direito constitucional à informação, além de mostrar as novidades do Parecer nº AM – 06 para o futuro do controle de recursos públicos. Para tanto, o trabalho será dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo será reservado à análise do julgamento e do voto do Ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança 33.340/DF, além dos princípios e direitos envolvidos na presente questão, e de que maneira eles podem entrar em conflito nas situações concretas.

O segundo capítulo tratará sobre as discussões éticas em torno da transparência pública e dos embasamentos do Parecer ratificado em abril de 2019 pelo então Advogado Geral da União e o Presidente da República.

O terceiro capítulo terá uma análise sobre o princípio da publicidade e o direito à informação, que possuem relação muito importante dentro do tópico da transparência na Administração Pública.

Por fim, a conclusão tenta trazer um breve olhar generalizado sobre tudo o que foi colocado sobre a publicidade da Administração Pública e sua importância para a sociedade em termos de transparência, controle e legitimidade do poder público.

CAPÍTULO I – ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO MS 33.340/DF E UMA CRÍTICA AO JUÍZO DE PONDERAÇÃO

1.1. Análise do julgamento do MS 33.340/DF

Tendo em mente as noções previamente estabelecidas no capítulo anterior acerca da transparência, gestão pública e controle social, além das novas regulações estabelecidas com o Parecer nº AM – 06, cabe analisar os fundamentos do processo que se tornou a base do entendimento acerca da transparência de recursos públicos. No caso, o BNDES impetrou um Mandado de Segurança contra o Tribunal de Contas da União alegando violação ao sigilo bancário quando o TCU requisitou o envio de documentos específicos referentes a uma negociação entre o BNDES e JBS/Friboi. O julgamento ocorreu na Primeira Turma em 26 de maio de 2015, com apenas uma divergência parcial do Ministro Roberto Barroso.

O Ministro Relator Luiz Fux afirma a importância do Tribunal de Contas da União no controle da conduta de administradores públicos. Inclusive, boa parte de seu argumento se baseia na possibilidade de controle social dos administradores a partir do que a Corte de Contas apura, afirmando que o órgão “passou a representar um dos principais instrumentos republicanos destinados à concretização da democracia e dos direitos fundamentais”⁸. A afirmação de Fux mostra a importância do controle social dentro de um Estado Democrático de Direito, em que a publicidade da Administração Pública é a regra.

O princípio da publicidade, colocado no art. 37 da CF/88, comporta duas exceções dentro do texto constitucional para o Ministro Luiz Fux: sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF/88) e sigilo quanto ao respeito à intimidade ou interesse social (art. 5º, LX, da CF/88). Assim, cabe a análise se o sigilo bancário alegado pelo BNDES estaria dentro de uma dessas exceções.

No caso em questão, não se discute a possibilidade do TCU determinar a quebra de sigilo bancário, muito menos empresarial, para averiguar informações de terceiros, pois o próprio órgão de controle afirmou que isso seria impossível. O caso em análise trata sobre a possibilidade de requisição de informações do próprio BNDES sobre contratos com recursos públicos, o que não pode ser considerado quebra de sigilo.

Também cabe a análise sobre o papel do BNDES dentro da economia brasileira. Tal instituição financeira exige que os recursos tenham destinação específica, pois está se tratando

⁸ BRASIL. STF - MS: 33340 DF - DISTRITO FEDERAL 0000649-85.2014.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/05/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-151 03-08-2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4676728> . p. 12.

de um banco de fomento econômico e social, não de uma instituição financeira privada comum. Sendo assim, a possibilidade de transparência para o controle justifica o conhecimento pela sociedade das informações relacionadas ao uso dos recursos públicos e se eles estão sendo usados de maneira racional e legítima.

O Ministro Fux, porém, argumenta com base em um juízo de ponderação sobre os direitos em conflito:

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...⁹ (grifos nossos)

A ponderação feita pelo Ministro será objeto de análise nos próximos tópicos, pois cabe o questionamento se o decidido aqui possui maior relação com a ponderação ou com a inaplicabilidade efetiva do sigilo bancário em recursos públicos do BNDES. Por enquanto, é interessante notar que, para o Ministro, o direito de informação da população, baseado na publicidade dos recursos públicos, prevalece sobre o sigilo de informações das transações financeiras, dando notoriedade à ideia de transparência dentro do Estado brasileiro a fins de controle pela população e pelas autoridades.

A citação do segundo Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 3.902/SP, em que se julgou pela aplicação do princípio da publicidade quanto à remuneração de servidores públicos é interessante por embasar o entendimento firmado no Mandado de Segurança em análise. A divulgação das remunerações de pessoas em cargos públicos é considerada imprescindível para o controle da destinação de recursos públicos, não cabendo a aplicação de sigilo em tais informações. Dessa maneira, o Ministro Fux correlaciona os dois processos ao mostrar que a necessidade de quebra de sigilo por via judicial em operações financeiras do BNDES seria parecida com a necessidade de provimento judicial para divulgar a remuneração de agentes públicos, o que seria desarrazoado e contrário ao julgado nessa Suspensão de Segurança, que caracterizou o sigilo no caso da remuneração como lesão à ordem pública.

Nesse sentido, a contratação com o poder público não pode ter segredos, pois a publicidade de informações referentes aos negócios é importante para o controle da

⁹ BRASIL (2015), p. 17.

legitimidade do emprego dos recursos públicos. A citação de Celso Antônio Bandeira de Mello feita pelo Ministro Fux é conveniente:

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.¹⁰

A limitação da atuação do TCU com base em sigilo das operações é algo desproporcional quando se leva em conta a missão constitucional do Tribunal de Contas. A proteção pode ser deficiente e representaria uma grande lesão aos interesses da sociedade.

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.¹¹

Um ponto importante do voto é a discussão sobre a natureza dos recursos aplicados nas linhas de crédito do BNDES. O Ministro argumenta que, ao contrário do que o impetrante alegou, os recursos não seriam privados, pois, de acordo com o art. 7º do Decreto nº 4.418/2002, constituem recursos do BNDES “dotações que lhe forem consignadas no orçamento da União”¹². Além do mais, o relatório do Ministério Público aponta que o próprio site do banco mostra que ele se utiliza de fundos públicos como o Fundo PIS/PASEP, O Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT) e o Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) como fonte dos recursos financeiros ou complementação de garantias, sendo que a própria União, a partir de leis e Medidas Provisórias (como a Lei nº 13.126/2015 e a MP 663/14) repassou grandes quantidades de recursos do seu orçamento para o banco. Logo, há razões legítimas para as preocupações do TCU com a destinação e emprego dos recursos públicos repassados pelo BNDES.

Por fim, o Ministro traz julgados anteriores que podem auxiliar na conclusão do seu voto. O primeiro julgado é o MS 21.729, em que se decidiu favoravelmente à obrigação do Banco do Brasil de fornecer dados de empréstimos caracterizados como financiamentos

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 114.

¹¹ BRASIL (2015), p. 24.

¹² BRASIL. Decreto nº 4.418, de 11 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4418.htm .

públicos. Outra decisão na ADI 2.361 coloca a supremacia do princípio da publicidade frente à Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, que colocava óbices ao acesso de informações e ações da Administração Pública estadual. Por último, a ADI 2.444 também dá destaque à publicidade no caso de dados relativos às obras públicas, a fim de dar mais transparência aos atos do poder público nessa área.

O voto do Ministro Relator deixa clara a importância da transparência e da aplicação do princípio da publicidade em situações que envolvam os recursos públicos. No caso concreto, trata-se de recursos do BNDES, e é interesse de toda a sociedade saber a destinação deles para saber se há possibilidade de desvios ou mau uso deles por parte do banco, especialmente após os casos de corrupção envolvendo o Grupo JBS/Friboi descobertos em anos recentes.

Por outro lado, o Ministro Roberto Barroso foi o único voto vencido no julgamento, em que divergiu parcialmente em relação a documentos específicos. O Ministro Barroso concorda em boa parte com o Relator quanto à necessidade de transparência e publicidade sobre o BNDES, que, segundo ele, não poderia ser “uma caixa-preta” do Estado, quando o interesse público deve ser observado quando se trata de recursos públicos. No entanto, o Ministro considera que determinados dados requisitados pelo TCU exigiriam a quebra de sigilo por via judicial.

Dentre os documentos solicitados, o Ministro concorda que informações como o saldo devedor das operações de crédito, a situação cadastral do Grupo JBS/Friboi e os dados sobre a adimplência do Grupo devem ser entregues de forma obrigatória pelo BNDES ao TCU por estarem diretamente relacionadas aos recursos públicos. No entanto, dados referentes ao *rating*¹³ de crédito e a estratégia de *hedge*¹⁴ do Grupo só poderiam ser liberadas a partir de autorização judicial, aplicando-se, portanto, o sigilo empresarial sobre essas informações. Os dois últimos documentos são apresentados ao banco em caráter sigiloso para proteção das estratégias negociais e para proteger a concorrência no mercado, e, por essas razões, o Ministro Barroso defende que estão cobertas pelo sigilo da Lei Complementar nº 105/2001 para proteger a credibilidade da empresa privada.

¹³ O *rating* de crédito pode ser definido como uma nota atribuída a um país, empresa ou banco de acordo com sua capacidade de honrar uma dívida, permitindo que os investidores saibam o nível de risco dos títulos de dívida que podem adquirir. Disponível em: <https://blog.apprendafixa.com.br/investimentos/rating/>. Acesso em 19 mar. 2021.

¹⁴ A estratégia de *hedge* serve para minimizar ou eliminar o risco de ativos como *commodities*, moedas e ações com o objetivo de proteção contra a oscilação de preços. A preocupação não é a obtenção de lucros, mas a garantia do preço de compra ou venda de determinada mercadoria em data futura. Disponível em: <https://www.tororadar.com.br/blog/hedge-o-que-e#:~:text=A%20estrat%C3%A9gia%20do%20Hedge%20consiste,a%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 19 mar. 2021.

Logo, o TCU não estaria impedido de obter essas informações para fins de controle, mas a obtenção delas exigiria decisão judicial prévia, sob o risco de lesionar a empresa no mercado com a disponibilização de informações sigilosas.

O Ministro Barroso, no entanto, concorda com o Ministro Fux quanto ao papel diferenciado do BNDES, um banco de fomento que possui forte aporte de recursos do Tesouro e, portanto, não pode ser tratado como um banco privado. Assim, o BNDES precisa ser regido pela transparência e pela publicidade para fins de fiscalização pelos órgãos de controle e pela sociedade brasileira, que precisa ter noção da aplicação de recursos públicos.

A conclusão do julgamento resultou na prevalência da tese do Ministro Relator, que determinou a improcedência da ordem sob o fundamento de aplicação do princípio da publicidade sobre o BNDES e os recursos públicos em geral para fins de transparência.

1.2. Juízo de ponderação ou efetiva inaplicabilidade do sigilo bancário?

Conforme citado anteriormente, o Ministro Luiz Fux argumenta que, no caso analisado, ocorreria a “relativização” e “atenuação” do sigilo bancário frente ao princípio constitucional da publicidade quando está se tratando de recursos públicos. A ementa do Acórdão, inclusive, trata do argumento:

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.¹⁵

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber, Presidente da Primeira Turma à época, afirma que “o interesse público há de sobrepassar sim sobre o interesse privado”¹⁶, apesar do sigilo bancário e do sigilo empresarial terem proteções constitucionais. No entanto, o Ministro Marco Aurélio traz importante ponto para a questão ao afirmar que não haveria um conflito real de direitos:

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.

(...)

¹⁵ BRASIL (2015), p. 1.

¹⁶ BRASIL (2015), p. 47.

...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.¹⁷

Assim, é possível vislumbrar um questionamento válido diante desse julgamento: a questão em torno dos recursos públicos e sua publicidade frente às alegações de sigilo bancário é caso de ponderação de direitos fundamentais ou seria o caso da completa inaplicabilidade do sigilo, o que dá razão à aplicação tão somente do princípio constitucional da publicidade?

Em primeiro lugar, é necessário um breve olhar acerca da relativização dos direitos constitucionais e sobre a ponderação. Ambos são temas recorrentes na doutrina e na jurisprudência há décadas, discutidos em diversas ocasiões quanto aos fundamentos e os próprios limites teóricos. A aplicação prática da ponderação tem sido alvo de grandes discussões e críticas por parte de juristas.

De qualquer forma, o que parece ser importante para o presente exame é que a ponderação valorizada pelos neoconstitucionalistas, seja ela na versão alemã ou na americana, ao reduzir direitos a valores e interesses, afrouxa o dever dos juízes de decidirem de acordo com as normas jurídicas vigentes, abrindo espaço para a discricionariedade e o arbítrio. A ponderação, portanto, distorce o argumento jurídico, possibilitando a manipulação dos compromissos institucionais assumidos por meio da relativização dos direitos das partes.¹⁸

Não cabe, neste presente trabalho, uma longa discussão sobre a ponderação de direitos e seus limites, apesar de poder ser tópico de pesquisa futura.

A ponderação é uma técnica moderna do século XX, feita para casos mais difíceis, em que a tradicional subsunção da norma a casos concretos se tornou insuficiente devido à existência de normas de mesma estatura hierárquica que indicam soluções variadas ao mesmo fato. Essa solução para os casos concretos busca uma regra concreta após a abordagem da situação por múltiplos fronts.

A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.¹⁹

¹⁷ BRASIL (2015), p. 45.

¹⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 125.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 378.

Na realização da ponderação, o juiz, após identificar as normas aplicáveis e os fatos relevantes, deve apurar os pesos a serem atribuídos aos elementos em disputa e definir qual é o conjunto de normas que devem preponderar no caso. Tal processo decisório possui como base o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade²⁰. É possível perceber que o processo de ponderação possui razões práticas baseadas em necessidade, pouco influenciadas por questões filosóficas, o que pode levar ao subjetivismo do intérprete da norma e do caso concreto. Além disso, há uma possibilidade real de situações em que a compatibilização das normas é impossibilitada, estando o caso sujeito tão somente à escolha do princípio que deve prevalecer.

As palavras do Ministro Fux em seu voto no Mandado de Segurança 33.340/DF denotam um juízo de ponderação entre o sigilo bancário do BNDES e a aplicação do princípio da publicidade. A Ministra Rosa Weber, inclusive, argumenta que ambos os direitos possuem estatura constitucional, mas que deve ocorrer a prevalência do interesse público sobre o interesse privado. No entanto, a visão de que ocorreu uma ponderação entre os direitos dentro do caso concreto acaba não se confirmando quando se analisa os outros argumentos do Ministro Relator, que, ao invés de considerar o sigilo bancário como um direito relativizado, concorda que esse sigilo simplesmente não se aplicaria na questão envolvendo os recursos públicos.

É possível perceber, nesse sentido, que o Ministro Fux opta pela prevalência do princípio constitucional da publicidade nos casos que envolvem recursos públicos, pois o sigilo bancário seria inoponível nessas situações. Tanto seria inoponível que a impossibilidade de acesso a documentos do BNDES por conta de sigilo poderia inviabilizar a missão constitucional dada ao Tribunal de Contas da União.

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.²¹

Nota-se que o Ministro Fux estava atento ao prejuízo de uma possível decisão favorável ao BNDES, afinal de contas, o papel do TCU é fiscalizar o uso e a destinação de recursos públicos. Por essa razão, não é concebível a mera atenuação do direito ao sigilo diante da necessidade de controle por parte do Tribunal de Contas sobre as operações financeiras do banco com a JBS/Friboi.

²⁰ BARROSO (2018), p. 380.

²¹ BRASIL (2015), p. 16.

Além disso, o banco é uma pessoa da Administração Indireta, e a contratação com esta instituição exige a aceitação de transparência dos contratos, pois o controle de legitimidade de quem tem o poder exige o conhecimento das informações pela sociedade dentro do novo contexto do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

O Ministro Relator também concorda com o parecer do Ministério Público junto ao TCU que afirma a inaplicabilidade do sigilo bancário da Lei Complementar nº 105, de 2001, em operações financeiras que envolvam recursos públicos. Sendo assim, não faz sentido falar em “colocar um peso maior no princípio da publicidade” (conforme o processo decisório baseado em ponderação) quando se está explicitamente afastando a aplicação de um direito aparentemente em conflito com um dos princípios constitucionais da Administração Pública do art. 37 da CF/1988.

Por fim, tendo em mente essa inaplicabilidade do sigilo bancário em operações financeiras que envolvam recursos públicos, o Ministro afirma o caráter público dos recursos na linha de crédito do banco com base no Estatuto Social do BNDES. Logo, conclui-se que as operações financeiras do BNDES com os tomadores de recursos devem se basear na publicidade, não cabendo a oponibilidade de sigilo.

Ora, com os argumentos elencados, não há como falar em ponderação de direitos em conflito. Afinal, levando-se em consideração a necessidade de controle pelo TCU, a exigência de aplicação do princípio da publicidade, a impossibilidade de oposição do sigilo bancário no caso concreto e a caracterização dos recursos como públicos mostram que não houve, de fato, possibilidade de escolha na decisão.

Assim, não há como decidir favoravelmente à aplicação de sigilo, visto que é nítida a aplicação do princípio da publicidade na situação em análise. A aplicação dos direitos elencados na Lei Complementar nº 105, de 2001, não se sustenta diante do conflito com o princípio constitucional da publicidade, colocado no art. 37 da CF/1988, que deve reger toda a Administração Pública, direta ou indireta. O direito ao sigilo bancário deve ser afastado quando o interesse da coletividade está em jogo quando se trata do controle da Administração Pública:

O direito ao sigilo bancário, entretanto, não é absoluto, nem ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo.²²

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 293.

No caso do BNDES, não há que se falar em privacidade ou intimidade dos indivíduos, visto que o Tribunal de Contas da União requisitou informações relacionadas à transação efetuada com recursos públicos, justificando sua atuação constitucional de controle.

É compreensível que se argumente pela ponderação sob o prisma da proteção de valores constitucionais reputados como igualmente importantes dentro da CF/1988, mas a sua alegação se torna contraditória diante de todos os argumentos colocados pelo Ministro Fux em seu voto. Nota-se que, diante do julgado no Mandado de Segurança, a ideia de que recursos públicos poderiam ter proteções como o sigilo bancário ou o sigilo empresarial não se sustentam e seriam lesivas à ideia de transparência tão almejada no Estado Democrático de Direito. Logo, não há escapatória senão decidir favoravelmente à possibilidade de envio de informações (ou seja, favorável à transparência) no caso concreto. Conforme Jorge Galvão:

Por representarem direitos, os princípios possuem natureza deontológica, não se sujeitando a um regime de concorrência com outros bens ou valores. Como só há uma resposta correta até para os casos difíceis, só há, portanto, um princípio aplicável ao caso, que, por representar um *trunfo*, não pode ser negociado/balanceado. A ponderação seria considerada, na verdade, como um ato contrário à realização da justiça substantiva.²³

Logo, não se observa, no caso do MS 33.340, uma relativização do sigilo bancário, exigindo uma ponderação frente ao princípio da publicidade. Aplica-se tão somente o princípio da publicidade de forma a respeitar não só as atribuições do Tribunal de Contas da União, como também as regras para a Administração Pública, que, conforme falado anteriormente, não pode ter segredos, muito menos negociações secretas.

²³ GALVÃO (2012) p. 118.

CAPÍTULO II – ASPECTOS INICIAIS DA TRANSPARÊNCIA E A ANÁLISE DO PARECER Nº AM – 06

2.1 – Um breve olhar sobre a transparência

A evolução dos paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito torna as questões ao redor da relação entre sociedade e gestão pública mais controvertidas e complexas na medida em que mais regras são necessárias para regular e controlar os gastos do Estado.

A base para a existência de transparência são regras previsíveis e estáveis, além de uma possibilidade de comunicação com a sociedade. Conforme Fernanda Guarido, “‘transparência’ é um termo impreciso. Na esfera pública, ele se refere, em linhas gerais, à divulgação de informações pelo governo, acerca dos atos de sua gestão.”²⁴

A transparência, no entanto, não se limita apenas à comunicação do que se faz, mas também abarca mostrar os feitos do Estado por métodos confiáveis. Para a ação eficaz do governo, é necessário que a ação seja guiada e que ela seja verificada.

Em termos históricos, a ideia de transparência começa a aparecer no século XVIII com o filósofo Jeremy Bentham, que defendia a vigilância do governo em nome do aprimoramento comportamental, para fazer frente às grandes inseguranças de seu tempo, especialmente após a Revolução Francesa:

Those insecurities were manifest in at least three ways (see extensively Rzepka 2013). First, the dominant Christian epistemology was distorted since the religious wars of the 16th and 17th century discredited the certainty of salvation and divine order. Second, social structure was re-arranged as the industrial revolution gave birth to pauperism and to the modern middle classes, who feared their descent into poverty. Finally, the political coordinates had to be re-cast after the French Revolution disqualified absolute monarchies as well as republicanism, leaving a huge question mark as to how “security against misrule” could be guaranteed, as Bentham liked to put it (1962b, p. 99).²⁵

O aperfeiçoamento e a consolidação expressiva da ideia de transparência dentro dos governos, entretanto, ocorreu a partir do século XX, em que novas leis favoráveis ao acesso de informações pelos cidadãos surgiram, indo na esteira de ideais da democracia deliberativa, como os fóruns abertos e os próprios plebiscitos e referendos, regulamentados, no Brasil, a partir da Lei nº 9.709 de 1998. As novas tecnologias, disseminadas com força a partir da

²⁴ GUARIDO (2020), p. 67.

²⁵ AUGUST, Vincent; OSRECKI, Fran. Transparency imperatives: results and frontiers of social science research. **Der Transparenz-Imperativ**. Springer VS, Wiesbaden, 2019.

globalização, aprimoraram a comunicação entre países, permitindo que a ideia da transparência ficasse mais forte com novas maneiras de fiscalização por parte dos cidadãos. É o caso do Portal da Transparência brasileiro.

Tratando-se de princípios constitucionais, a transparência decorre primeiramente do princípio da legalidade, na medida que ela deve ser observada a partir dos comandos legais. No entanto, o mero fato da transparência estar colocada em lei não é garantia de efetivação:

É claro que o fato de ela estar prevista em lei já faz com que muitos gestores passem a cumprir o dever de transparência e que, em alguma medida, ela ocorra. Mas a efetividade da transparência deve remeter a questões outras, como a capacidade de o receptor das informações compreendê-las e dela fazer uso, se assim o desejar. Assim, não basta que as informações sejam produzidas para que técnicos possam lê-las e compreendê-las. A transparência deve atender à finalidade que se destina e, nessa medida, é crucial levar em conta questões como clareza, tempo, veículo de informação, entre outras.²⁶

Outro princípio importante correlacionado é o da moralidade, positivado no art. 37 da CF/1988. José dos Santos Carvalho Filho, em termos simples, define o princípio da moralidade como aquele que “impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta”²⁷. Assim, o responsável pela administração deve observar em sua conduta a honestidade e o respeito à boa-fé e a ética. Apesar da difícil conceituação em termos legais, o princípio da moralidade é importante instrumento para manter o comportamento ilibado e exemplar do administrador, e sua não observância pode implicar na invalidade do ato:

A violação da moralidade administrativa importa em ilegitimidade do ato. Não obstante se trate de conceito jurídico vago, sempre que em situações concretas for constatada a sua violação deve ser declarada, quer pela via judicial, quer pela via administrativa, a nulidade do ato. Se este ato, ademais, se enquadrar em uma das condutas descritas pela Lei n 8.429/92 como ato de improbidade, deve ser instaurada a competente ação com vista à aplicação das sanções cabíveis.²⁸

Portanto, o desvio de funcionalidades dentro da Administração Pública acarreta conduta contrária à lei e à ética da Administração Pública. Ao relacionarmos com a transparência, é fácil entender que ela servirá para analisar se a finalidade do ato administrativo foi atingida ou se não há vício de motivos, permitindo o controle de legalidade.

Cabe também a análise da transparência frente ao princípio da publicidade, se há a possibilidade deles serem sinônimos. As diferenças se iniciam na medida que a transparência é

²⁶ GUARIDO (2020), p. 72.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 27 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 21.

²⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*, 5 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 89.

considerada princípio implícito por parte da doutrina, já que ela não consta no ordenamento jurídico, enquanto o princípio da publicidade está presente no já citado artigo 37 da Constituição de 1988. O acesso à informação, garantido inclusive no art. 5º, inciso XXXIII, e na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), deixa claro que o sigilo é exceção dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro, e que a publicidade deve ter como finalidade o acesso de atos da administração, possibilitando o controle e assegurando o cumprimento da lei.

O princípio da publicidade é conceituado por José dos Santos Carvalho Filho como aquele que “indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados”²⁹, sendo assim a concretização da expressão “tornar os atos públicos” para os cidadãos.

O art. 3º da Lei de Acesso à Informação coloca o acesso à informação como um direito fundamental, de forma a expandir o art. 5º, inciso XXXIII, da CF/1988, além de colocar os procedimentos em alinhamento com os princípios regentes da Administração Pública. O ponto mais importante para a distinção entre transparência e publicidade está presente nesse mesmo art. 3º:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

(...)

IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;³⁰

Logo, é possível perceber que a transparência vai além da publicidade dos atos da Administração Pública, pois, sendo uma cultura, a primeira compreenderia valores e o próprio acervo ético:

A cultura da transparência é, assim, muito mais do que o atender à lei e muito mais do que dar ciência de atos em cumprimento de um princípio – é cultivar a crença de que todos têm o direito de saber como a gestão acontece e, por meio de ações possíveis, acessíveis e compreensíveis, trazer a público as ações praticadas no âmbito da Administração Pública, com a crença de que se está fazendo o que é correto. Transparência, portanto, é mais do que publicidade, pois permite ao cidadão exercer a cidadania. E, no instante em que a transparência se torna parte do acervo cultural dos cidadãos, ela integra as crenças compartilhadas por eles, e será por eles buscada, praticada, desejada e exercida. A transparência, assim, pode garantir políticas de gestão responsável.³¹

²⁹ CARVALHO FILHO (2014), p. 26.

³⁰ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/12527.htm.

³¹ GUARIDO (2020), p. 76.

Dessa maneira, o princípio da publicidade seria a parte concreta da publicização dos atos da Administração, enquanto a transparência como um todo fundamentaria o primeiro princípio ao permitir a cidadania e o próprio controle do Estado por parte dos cidadãos e organizações, indo além da mera publicação de atos ao permitir a informação. Logo, se dá ao público a ciência do que a lei manda informar, auxiliando o cidadão no controle da gestão, por exemplo, dos gastos, sendo fundamental para a democracia, por permitir a efetiva participação do indivíduo na tomada de decisões.

Transparência passa a ser um fator preponderante e indispensável ao exercício da cidadania, restando demonstrado de maneira clara que é impossível um efetivo controle social da Administração Pública sem a disponibilização de informações de qualidade.³²

A participação social na gestão governamental é concretizada por meio de canais institucionais, trazendo novos sujeitos coletivos inclusive no momento de tomada de decisões da própria Administração Pública, junto do controle social. Tal concepção advém das novas visões sobre o direito administrativo, que já foi considerado um ramo do direito de viés autoritário:

É certo dizer, para além da preocupação com deveres formais, o direito administrativo contemporâneo volta-se aos deveres substanciais e, não restam dúvidas que a moralidade administrativa assume grande relevo nessas significativas mudanças da forma como compreender o direito administrativo na relação governante, governado, interesse público e controle da administração pública.

Dito isso, dois temas/palavras com significados distintos nos interessam para discutir o controle da ética pública através do princípio da moralidade administrativa: responsabilidade e controle.³³

Logo, podemos concluir que a ampla disponibilização de informações impede uma propagação descontrolada de fraudes e atos de corrupção, já que a plena transparência do comportamento da administração deve ser a regra, permitindo o papel cidadão da sociedade de controle dos administradores e nos momentos decisórios em prol do bem estar coletivo.

³² SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Corrupção e controle social: a transparência como elemento de aperfeiçoamento da administração pública**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, p. 163. 2016.

³³ BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, maio/ago. 2016.

2.2. – Corrupção e Administração Pública

A corrupção é fenômeno que causa preocupação por parte de todas as sociedades (em especial, a brasileira) há séculos, já que são recursos públicos em jogo que poderiam ser destinados de forma correta para a segurança pública e direitos sociais como a educação, a saúde, a previdência, etc. Ao ver grandes esquemas envolvendo partidos políticos e a máquina burocrática, diversos setores da sociedade se revoltam com a situação e, em contrapartida, podem pedir por mais transparência e a eventual condenação dos envolvidos nos crimes.

Tal fenômeno não pode ser considerado exclusividade de uma determinada cultura, pois é algo que atravessa diversos países e comunidades, segmentos sociais e econômicos, espaços públicos e privados. A globalização e a facilidade de comunicação com o mundo trouxeram mais preocupações, como as transferências online instantâneas de capitais. Sendo assim, os Estados buscam modernizar e melhorar os sistemas de controle internos e buscam também tratados e convenções internacionais em nome da cooperação internacional no combate à corrupção, como no caso da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).

A definição de Norberto Bobbio da corrupção coloca, de forma precisa, os seus problemas dentro do Estado:

Assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual.

(...)

A Corrupção é considerada em termos de legalidade e ilegalidade e não de moralidade e imoralidade; tem de levar em conta as diferenças que existem entre práticas sociais e normas legais e a diversidade de avaliação dos comportamentos que se revela no setor privado e no setor público. Por exemplo: o diretor de uma empresa privada que chamasse o seu filho para um posto de responsabilidade não cometeria um ato de nepotismo, mesmo que o filho não possuísse os requisitos necessários; mas cometê-lo-ia o diretor de uma empresa pública.³⁴

É possível perceber que, com base nas leis, deve-se punir aquele que faz parte das estruturas de Estado e as utiliza a favor de seus interesses particulares ao invés de levar-se em conta o coletivo, ou seja, a sociedade. A dificuldade de combate de esquemas dentro da Administração Pública se dá ao fato de que há interesses em conflito e agentes públicos que

³⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol.1, 11ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, pps. 291 e 292.

podem atrapalhar investigações, utilizando as posições-chave que ocupam. Devido a essa dificuldade que crescem os instrumentos de controle preventivos e concomitantes, ou seja, os que buscam evitar a corrupção antes da consumação dos atos e aqueles que controlam as ações ao mesmo tempo em que elas ocorrem, respectivamente.

O Estado democrático não pode ser exercido em uma atmosfera de mistério e nebulosidade, que permite que a corrupção e a fraude floresçam dentro das diversas repartições estatais. Por essa razão, a transparência dentro da sociedade democrática é uma questão de ética que envolve a possibilidade de se controlar a utilização dos recursos públicos e combater os crimes que eventualmente podem ocorrer.

A correta utilização de recursos públicos, bem como os mecanismos de controle e combate à corrupção, exigem constante vigilância social, a qual somente poderá ser materializada através de instrumentos claros e inteligíveis de transparência, de modo a possibilitar que o cidadão tenha condições mínimas de acesso e compreensão das informações de interesse da coletividade em geral. Quanto mais claros e transparentes se tornem os procedimentos administrativos, menores são as possibilidades e oportunidades de se brotarem as raízes da corrupção.³⁵

Por essa razão, popularizar as vias de acesso à gestão do governo é condição essencial para o exercício de uma gestão transparente, que dá poucas margens para a corrupção e outros atos que podem visar os interesses particulares ao invés do bem coletivo. O monitoramento de atividades estatais por qualquer cidadão é um direito que possibilita o controle, e é dever dos governos manterem e divulgar as informações de interesse público (excetuando os casos excepcionais que devem se manter sigilosos). Portanto, o acesso às informações se torna necessário na medida que é o principal instrumento para proteger o cidadão de abusos possíveis na condução da coisa pública.

A transparência, nessas condições, não é um fim em si mesmo, pois seu fundamento se baseia na defesa de outros direitos da coletividade, o que aprimora a cidadania e o respeito à dignidade. Não se pode admitir que informações sejam escondidas para evitar conflitos com interesses de uns e outros, tornando-se necessária a possibilidade de acesso a informações produzidas pelos administradores públicos, não apenas no sentido formal (ou seja, o mero atendimento de regras impostas à Administração), mas também no sentido material e de efetividade, “sem a possibilidade de gerar um condicionante de entendimento do receptor da mensagem, ou seja, no cidadão”³⁶.

³⁵ SILVA (2016), p. 48 e 49.

³⁶ SILVA (2016), p. 55.

Logo, o acesso de cidadãos aos atos de agentes públicos também permite a compreensão do que é lícito e o que é ilícito e onde termina a competência de cada agente, possibilitando o combate à corrupção com o apoio da sociedade civil. A abertura desse espaço de controle cidadão é necessário para evitar atos de corrupção e resgatar a legitimidade democrática com a aproximação do governo com a sociedade:

Em um governo onde as decisões são tomadas às escuras e os gastos públicos não estão claramente disponíveis para fiscalização pelos cidadãos há um enorme risco de corrupção. Um sistema de informações facilmente acessível constitui elemento indispensável na luta contra a corrupção e no aprimoramento da gestão pública. A Lei de acesso à informação inova ao estabelecer a obrigatoriedade, por parte dos órgãos e entidades de todos os entes e esferas governamentais, de promover a divulgação em local de fácil acesso de informações de interesse coletivo por eles produzidas ou custodiadas.³⁷

Também cabe analisar a situação pelo prisma tributário, já que os cidadãos financiam o Estado e suas políticas, legitimando o controle por parte deles sobre os atos de administradores e o destino dos recursos públicos. A fiscalização da eficiência e efetividade dos gastos permite a visibilidade sobre os negócios públicos, os destinatários e os financiadores das prestações estatais, essencial para a *accountability* democrática.

Em conclusão, o controle social sobre os atos da Administração Pública, inclusive influenciando na tomada de decisões, forma a participação popular, elemento constituinte de um pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, a cidadania. Os administradores possuem o dever de disponibilizar as informações que precisam ser publicadas para o interesse da coletividade. Conforme o parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988, “todo o poder emana do povo”, e uma das maneiras mais importantes de exercício do poder (além da eleição de representantes já citada no artigo) é o controle do Estado pela população, que necessita da transparência dentro de governos, o que possibilita a consciência coletiva e leva à soberania popular.

2.3. – Análise do Parecer Nº AM – 06

O Parecer discutido nesta tese, assinado pelo então Advogado Geral da União, André Luiz Mendonça e posteriormente ratificado pelo Presidente da República, Jair Messias

³⁷ AMARRIBO – Amigos Associados de Ribeirão Bonito. **O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: 24X7 Cultural, 2012, p. 59.

Bolsonaro, em transmissão ao vivo pelo *Facebook* no dia 25 de abril de 2019, foi fruto de construção conjunta por parte da Controladoria Geral da União e da Advocacia Geral da União em pouco mais de um ano. Para simplificar o entendimento deste parecer, o então AGU explicou na *live* da seguinte forma:

“Todos os órgãos de controle, Polícia Federal, tribunais de Conta, eles vão ter acesso livre ao dinheiro público, ou seja, tem um dinheiro da União que foi repassado ao BNDES, lá para o município ou para o estado, esses órgãos de controle vão ter acesso livre. Não vai poder ser defendido que não pode ter acesso por causa do sigilo bancário. Não tem sigilo bancário, a partir dessa assinatura, em relação ao dinheiro público federal”, disse André Luiz Mendonça.³⁸

Cabe então analisar de que maneira o Parecer regula as questões da transparência e do sigilo bancário, quais recursos serão afetados e os limites da regulação estabelecida nesse documento.

A possibilidade do Parecer de ter efeitos sobre toda a Administração Pública é prevista no art. 1º, parágrafo 3º, do Decreto nº 2.346 de 1997, que permite a extensão de efeitos jurídicos de decisões em casos concretos com a autorização do Presidente da República.

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

(...)

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.³⁹

Conforme o que será explicado nos próximos parágrafos, o Parecer em questão é baseado no julgamento do Mandado de Segurança nº 33.340 pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo sentido que essa decisão tenha seus efeitos estendidos para toda a Administração Pública a partir da proposta da AGU ao Presidente da República.

A primeira parte com teor material se trata do Despacho n. 00001 de 2018 do então diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, Victor Ximenes

³⁸ Bolsonaro retira sigilo bancário de operações com recursos públicos. **Agência Brasil – EBC**, 25 de abril de 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-04/bolsonaro-retira-sigilo-bancario-de-operacoes-com-recursos-publicos> .

³⁹ BRASIL. Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm .

Nogueira, que explica a aprovação do Parecer Plenário nº 5 de 2017 por parte da Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos. Neste documento, o plenário da CNU afirma que a reserva de sigilo bancário é inaplicável em operações que envolvam recursos públicos, incluindo os recursos nomeados como “coletividades parciais” e que sejam administrados pelo poder público, como o FGTS e o Fundo PIS-PASEP, como também não é possível aplicar o sigilo quando a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público. Conforme já tratado anteriormente, o fundamento de tal tese se dá em razão do princípio da publicidade, colocado no artigo 37 da Constituição de 1988. O entendimento do Parecer se consolida com o julgamento do Mandado de Segurança nº 33.340 pelo STF, em que o Relator Ministro Luiz Fux afirma a necessidade de transparência em nome da possibilidade do controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos, já 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”⁴⁰. Logo, o sigilo das informações poderá ser relativizado frente à publicidade da utilização de recursos públicos, o que possibilitaria a informação à sociedade.

Depois, define-se quais recursos públicos serão afetados pelas regras estabelecidas no Parecer:

4. Para os fins da aplicação do princípio constitucional da publicidade, e conseqüente inaplicabilidade do sigilo bancário, devem ser considerados recursos públicos aqueles previstos nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, inclusive nos orçamentos previstos no § 5º do art. 165 da Constituição; bem como aqueles titularizados por coletividades parciais, que sejam administrados pelo poder público.⁴¹

Portanto, os recursos afetados abrangem não só os recursos federais (União), como também aqueles oriundos dos orçamentos estaduais, municipais e distrital. O Parecer também menciona os recursos mencionados no parágrafo 5º do art. 165 da CF/88, que trata dos orçamentos incluídos na lei orçamentária anual:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais

⁴⁰ BRASIL (2015), p. 2.

⁴¹ BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer Nº AM – 06, de 25 de abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-AM-06-2019.htm .

(...)

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.⁴²

É possível perceber que as regulações do Parecer são bastante abrangentes quanto aos recursos públicos que precisam ser transparentes, pois o Governo Federal estará afetado na administração direta e indireta, incluindo fundações do Poder Público, empresas com maioria do capital social da União e seguridade social. Considerando que as coletividades parciais também estão incluídas, os recursos públicos como um todo estão sob a regulação da transparência, sendo praticamente impossível a alegação de sigilo bancário nas questões judiciais que versarem sobre essa matéria.

Os recursos de coletividades parciais seriam recursos vindos dos trabalhadores regidos pela CLT ou dos servidores públicos (titularidade privada), mas administrados pelo poder público, como no caso do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e o Fundo PIS-PASEP. No entanto, a transparência estabelecida no documento só atingirá a aplicação de recursos pelas instituições financeiras, excluindo as operações bancárias realizadas entre o banco e o titular de contas individualizadas, em que o sigilo bancário deve ser observado.

Também cabe mencionar que a CNU buscou definir melhor a interpretação do art. 2º, parágrafo 4º, inciso I, da Lei Complementar nº 105, de 2001, colocando o Ministério Público, os tribunais de contas, o Ministério da Transparência e a Controladoria Geral da União como os “órgãos públicos fiscalizadores” com o poder de celebrar convênios com o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários a fim de realizar fiscalizações conjuntas dentro de suas competências. Sendo assim, caso o convênio não seja celebrado conforme o inciso I de tal artigo, a hipótese de sigilo bancário deve ser oposta a esses órgãos públicos.

Nos casos do último parágrafo, o Parecer explicitamente coloca que, por razão das novas regras colocadas ali, estariam inaplicáveis nesses casos o art. 8º, parágrafo 2º, da Lei

⁴² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Complementar 75, de 1993 (“§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”⁴³) e o art. 26 da Lei nº 10.180, de 2001.

A primeira parte de fundamentação da decisão da CNU cita as fontes para exceções e hipóteses da quebra do sigilo bancário, tendo destaque o art. 1º, parágrafos 3º e 4º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, que tratam sobre, respectivamente, situações que não são consideradas violação do dever de sigilo e as hipóteses de quebra de sigilo em inquéritos ou processos judiciais.

O parágrafo 3º do art. 1º, em particular, é o mais importante na interpretação sistemática:

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I - a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.⁴⁴

Citando Eduardo Salomão Neto, a CNU considera que a possibilidade de revelação da informação aos controladores da instituição financeira ou terceiros autorizados por este para fins de auditoria patrimonial e operacional seria hipótese de interpretação sistemática e teleológica da lei do sigilo bancário. Sendo assim, a Lei Complementar nº 105 não estaria colocando tais hipóteses de exceção ao sigilo bancário de maneira taxativa, sendo este rol possível de ampliação por outras situações. A Caixa Econômica Federal, em seu Ofício nº

⁴³ BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm.

⁴⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm.

0018/2012/DIJUR, reconhece que o princípio constitucional da publicidade será fundamento para a exceção ao sigilo bancário caso a operação seja entre ente ou entidade pública com este banco federal. Sendo assim, a publicidade prevalece sobre a regra de uma lei complementar, considerando a hierarquia das normas no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro ponto interessante é que o próprio BNDES na Nota AJ/COJIN – 038/03 conclui que não há a incidência do sigilo bancário nos casos de contratos celebrados com entidade da Administração Pública direta, pois tais relações jurídicas teriam um ente da Administração Pública Federal indireta (BNDES) como um dos polos e, do outro lado, uma pessoa política de direito público da Administração Pública direta.

A Caixa e o BNDES afirmaram as exceções ao sigilo em operações envolvendo pessoas jurídicas de direito público, mas o Supremo Tribunal Federal foi um passo além no MS 33.340/DF em 2015 ao concluir pela transparência de operações envolvendo quaisquer recursos públicos. Sendo assim, é possível perceber o progresso da incidência do princípio da publicidade em questões relacionadas ao uso dos recursos públicos a fim de oferecer mais transparência à população acerca do uso e destinação de tais verbas.

Para o relatório do Ministro Fux, basta que o recurso seja público para possibilitar uma interpretação ampla da incidência do princípio da publicidade, mesmo que ocorra “em conjunto com recursos de outras fontes, como captações no exterior”⁴⁵. Por essas razões, a CNU juntou os posicionamentos da Caixa e BNDES com o julgamento do STF:

21. Deste modo, é possível extrair que o princípio constitucional da publicidade constitui fundamento para excepcionar o sigilo bancário ao menos nas seguintes situações: a) operação bancária em que a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público; ou b) operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira, que pode ser até mesmo uma pessoa física.⁴⁶

No entanto, o Parecer coloca que o princípio da publicidade e a consequente exceção ao sigilo bancário em operações com recursos públicos só atingirá as operações iniciais de transferência de recursos públicos, pois qualquer operação subsequente realizada pelo tomador dos recursos já seriam operações financeiras privadas, ou seja, o sigilo bancário estaria novamente em vigor, sendo necessária a quebra desse sigilo por ordem judicial nos casos de possíveis ilícitos penais. Fica claro nesse ponto que a proteção do sigilo bancário se deve em razão dos direitos individuais constitucionais, por questões de privacidade e intimidade dos

⁴⁵ BRASIL (2019), p. 12.

⁴⁶ BRASIL (2019), p. 13.

particulares que possuem relação com as instituições tomadoras de recursos. Enquanto as operações são realizadas por entes da Administração Pública, não haveria, por força do princípio da publicidade, razão para esconder informações relacionadas às transferências, protegendo o direito de informação da coletividade acerca da destinação dos recursos públicos.

Dessa forma, o Parecer N° AM – 06 consegue equilibrar a questão da publicidade e transparência contra o sigilo bancário e a privacidade. A proteção dos indivíduos é regulada, por essa razão, pela Lei Complementar n° 105 de 1991, enquanto o princípio constitucional da publicidade colocado no art. 37 da CF/1988 irá reger a Administração Pública nas operações de recursos públicos, estendendo a dimensão da transparência sobre os entes de direito público como um todo. Conforme colocado no Parecer, “o caráter público da destinação dos recursos de um fundo não exclui o sigilo bancário das contas dos particulares titulares dos recursos”⁴⁷.

Prejudica-se, portanto, a oposição de sigilo bancário por instituição financeira a órgão público gestor do fundo financeiro devido à inexistência do sigilo em operações com recursos de fundo público. Cabe lembrar, no entanto, que a exceção ao sigilo bancário não leva à supressão de outros sigilos previstos em lei e normas regulatórias, como as do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários. A verificação de outros sigilos deverá ser analisada caso a caso, como nos casos de documentos com informações protegidas pelo segredo industrial (incidência do art. 22 da Lei n° 12.527 de 2011), propostas de acordo de leniência com o CADE (art. 86, parágrafo 9º, da Lei 12. 529, de 2011) ou ainda sobre informações privilegiadas de sociedades anônimas que não foram divulgadas para conhecimento do mercado e que possam influenciar na cotação dos valores mobiliários (art. 155, parágrafos 1º e 4º da Lei n° 6.404, de 1976).

O Parecer também cita os casos em que o Ministério da Transparência e a Controladoria-Geral da União pretendiam ter acesso a dados de contas correntes individualizadas do PIS/PASEP, que, de acordo com o estabelecido, continuam protegidas pelo sigilo bancário. O fundamento de tal pretensão se dá em razão do art. 26 da Lei n° 10.180, de 2001:

Art. 26. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado aos servidores dos Sistemas de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, no exercício das atribuições inerentes às atividades de registros contábeis, de auditoria, fiscalização e avaliação de gestão.

(...)

§ 2º Quando a documentação ou informação prevista neste artigo envolver assuntos de caráter sigiloso, deverá ser dispensado tratamento especial de acordo com o estabelecido em regulamento próprio.

⁴⁷ BRASIL (2019), p. 13.

§ 3º O servidor deverá guardar sigilo sobre dados e informações pertinentes aos assuntos a que tiver acesso em decorrência do exercício de suas funções, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de pareceres e relatórios destinados à autoridade competente, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.⁴⁸

Conforme os elaboradores do documento, não há, neste caso, como afirmar que ocorreu a sonegação de informações acerca do PIS/PASEP, pois a impossibilidade de acesso se dá de modo fundamentado em lei. Há também o fato de que a regulação do sistema financeiro é tema exclusivo de lei complementar, que não é o caso da Lei nº 10.180, de 2001. A Lei Complementar nº 105, de 2001, por outro lado, atende esse requisito e é lei especial em relação à Lei nº 10.180 por se restringir ao tema do sigilo bancário e dados protegidos por ele. Também deve ser rejeitada a aplicação de poderes implícitos porque o ordenamento jurídico não permite a discricionariedade absoluta no controle dos recursos do PIS/PASEP.

Desse modo, protege-se os indivíduos de verdadeiras violações de seus direitos constitucionais de privacidade e sigilo. Conforme afirmado anteriormente, esse tipo de controle sobre os recursos públicos só poderá atingir a transferência inicial dos recursos por não ter como um dos polos o indivíduo particular, que não será regido pelo princípio constitucional da publicidade.

Na conclusão, o Parecer reafirma todas as disposições que, a partir da assinatura do AGU, iriam valer para toda a Administração Pública, ou seja, as hipóteses em que não incidirá a proteção do sigilo bancário, quais recursos públicos serão afetados e a impossibilidade da exceção ao sigilo se estender às operações subsequentes e outros sigilos previstos em leis ou normas reguladoras.

O Parecer nº AM - 06 é uma grande conquista dentro do ordenamento jurídico brasileiro na medida que consolida entendimentos passados afirmados pelas próprias instituições financeiras e pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança 33.340, só que, com a ratificação do Presidente da República, as conclusões do Parecer puderam se estender a toda a Administração, representando um importante passo na transparência de recursos públicos.

A transparência de informações em recursos públicos se torna essencial para a população brasileira e a possibilidade de controle social e do controle institucional. As possibilidades de desvio e de corrupção podem ser mais bem auferidas a partir do momento em que este tipo de informação é disponível para o público em geral, fora das repartições do Estado.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 10.180, de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10180.htm.

Assim, a proteção de recursos e a eficiência de sua alocação podem trazer benefícios para a coletividade, e é nesse sentido que a transparência deve seguir.

Para o alcance da excelência na Gestão Pública, englobando o desenvolvimento geral de uma comunidade política – município, estado ou Distrito Federal -, Lima (2006) entende que devem se fazer presentes, bem como devem ser mensurados e avaliados fundamentos essenciais por meio da publicidade e da transparência com relação aos recursos destinados e aplicados às respectivas políticas públicas elencadas no planejamento governamental e administrativo, que se efetivarão pela vivência da moralidade e da legalidade, ante as demandas e com a participação de toda a comunidade política em ações direcionadas para melhorias destinadas à população.

A adoção de boas práticas da Gestão Pública relacionadas à excelência, eficácia e eficiência constituem-se em um conjunto de mecanismos por meio dos quais os investimentos e os recursos – nem sempre abundantes – poderão ser protegidos contra desvios e corrupções que se apresentam e passam a influenciar a tomada de decisões de muitos gestores públicos.⁴⁹

⁴⁹ RODRIGUES, Zita Ana Largo. **Ética, moral e transparência na gestão pública**. Curitiba: Contentus, 2020. p. 49.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE, DIREITO DE INFORMAÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1. Princípios e sua importância para o ordenamento jurídico

A diferenciação entre regras e princípios se tornou uma extensa discussão na doutrina, na jurisprudência e na própria elaboração de leis e constituições mundo afora. A categorização das normas é necessária para a criação de um ordenamento jurídico harmônico e a solução de problemas concretos. Além do caráter mais generalizado dos princípios, por “assinalarem *standards* de justiça relacionados com certo instituto jurídico”⁵⁰, também é possível notar um caráter criativo deles:

Já que os princípios estruturam um instituto, dão ensejo, ainda, até mesmo à descoberta de regras que não estão expressas em um enunciado legislativo, propiciando o desenvolvimento e a integração do ordenamento jurídico. Aqui, cabe pensar no princípio da moralidade e no princípio da publicidade como determinantes da proibição de que um concurso público possa ter prazo sumamente exíguo de inscrição de interessados, em horários e localidades inadequados.⁵¹

É possível perceber que, a partir de um princípio, outras normas podem ser extraídas ou interpretadas conforme o princípio. No caso do princípio da publicidade (a ser desenvolvido nas próximas páginas), desenvolveram-se leis como a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 2011), a fim de tornar informações da esfera administrativa públicas para a população. Em casos concretos a serem julgados, é possível aplicar o princípio da publicidade e extrair dele uma solução específica, como no caso do MS 33.340/DF. Logo, percebe-se que os princípios podem se irradiar dentro de todo o ordenamento jurídico, especialmente com a constitucionalização dos diversos ramos do direito.

Os princípios constitucionais, de acordo com Barroso, seriam a “porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”⁵². Assim, enquanto as regras ditam o como agir em situações previstas por elas mesmas, com comandos objetivos de proibição ou permissão (*all or nothing*), os princípios proporcionam critérios de referência para a tomada de posição em situações não determinadas anteriormente em lei, além de valores a serem observados dentro do Estado Democrático de Direito que, mesmo diante de possíveis contradições, buscam dar unidade ao ordenamento e articular valores e fins comuns.

⁵⁰ MENDES (2019), p. 72.

⁵¹ MENDES (2019), p. 72.

⁵² BARROSO (2018), p. 241.

Nesse sentido, os princípios servem para aperfeiçoar o ordenamento jurídico, sendo considerados mandados de otimização por causa da intensidade de sua realização estar condicionada pelos elementos jurídicos e fáticos das situações concretas. Logo, na possibilidade de colisão de princípios, não se deve cogitar o afastamento de um para aplicar o outro (primazia de um princípio), devendo, no caso do administrador público, ir atrás da solução “que melhor realize a eficiência”⁵³, ou seja, buscar uma solução que realize ao máximo os dois princípios.

Por outro lado, as regras possuem determinações objetivas pautadas pelo prisma da segurança jurídica, tornando as situações previstas como mais previsíveis. Dessa maneira, os princípios podem abrir novos caminhos legais e jurisprudenciais diante de novas realidades do Direito, influenciando a atividade criativa e interpretativa das normas.

A realidade, ao se colocar em contato com o princípio, se vivifica e, assim, adquire valor. Ao invés de se apresentar como matéria inerte, objeto passivo da aplicação de regras, a realidade iluminada pelos princípios aparece revestida de qualidades jurídicas próprias. O valor se incorpora ao fato e impõe a adoção de tomadas de posições jurídicas em relação a ele (ao legislador, à jurisprudência, à administração, aos particulares, e em geral, aos intérpretes do direito). O “ser” iluminado pelos princípios ainda não contém em si o “dever ser”, a regra, mas indica ao menos a direção em que se deveria colocar a regra para não contrariar o valor contido no princípio.⁵⁴

Os princípios refletem igualmente na Administração Pública. Dentro da Constituição de 1988, o art. 37, *caput*, coloca de forma explícita cinco princípios a serem seguidos pelos administradores: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Claro que não se excluem a observância de outros princípios constitucionais igualmente importantes, como a dignidade da pessoa humana, como também se observam princípios implícitos citados pela doutrina e pela jurisprudência, por exemplo a proporcionalidade e a motivação⁵⁵. A aplicação de princípios à Administração Pública mostra uma grande mudança paradigmática dentro do ramo do Direito Administrativo na medida que se passa de um ramo quase autoritário para um ramo mais democrático, transparente e participativo, que inclusive conta com princípios específicos.

Afinal, uma boa administração, que deve buscar o interesse público⁵⁶ (dentro da legalidade, na visão contemporânea), deve observar os direitos e garantias dos indivíduos e

⁵³ FURTADO (2016), p. 79.

⁵⁴ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 2014. 335 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 19.

⁵⁵ FURTADO (2016), pps. 101-104.

⁵⁶ Associa-se o interesse público ao “bem de toda a coletividade” ou “à percepção geral das exigências da vida na sociedade”, sendo tradicionalmente o fundamento de vários institutos e normas do Direito Administrativo, buscando coibir o desvio de finalidade para interesses particulares (MEDAUAR, 2018, p. 122).

permitir uma participação maior da sociedade nas escolhas e, claro, no controle das decisões e dos gastos, o que não quer dizer “supremacia do interesse público”, visto que tal visão é “na verdade, nada mais do que a prevalência de uma posição unilateral do Estado”⁵⁷, muitas vezes desconexa com os interesses da coletividade.

Os princípios são importantes na Administração Pública por auxiliarem a compreensão e consolidação de institutos, visto que o ramo do Direito Administrativo é de elaboração recente. Também se percebe que muitas normas do ramo são editadas por causa de circunstâncias momentâneas, gerando verdadeira confusão no sistema pela falta da reunião dos vários textos legais.

Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres.⁵⁸

Visto que a Administração Pública precisa possibilitar a compreensão dos textos legais (e até mesmo sua visualização), torna-se necessária a aplicação do princípio da publicidade a fim de informar a população, indo na esteira da já citada anteriormente “cultura da transparência”. Os administrados não podem ser vistos como meros sujeitos passivos das ações de administradores, pois possuem direitos e garantias a serem observados, e é nesse sentido que a publicidade abre o espaço para permitir a influência na tomada de escolhas. A participação do cidadão busca inibir os segredos da Administração em pontos que há necessidade de visibilidade, respeitando devidamente direitos individuais e a privacidade.

3.2. Princípio da publicidade e a relação com o Parecer nº AM – 06

Conforme já mencionado anteriormente no trabalho, Jeremy Bentham, filósofo do Utilitarismo, foi um dos primeiros teóricos da transparência nos governos como meio de se atingir um bem universal. Para a efetiva aplicação e instrumentalização da transparência, Bentham pensa na tese do “panóptico”, uma penitenciária ideal de vigilância em que, se as pessoas assumissem que estão sendo vigiadas, elas sempre se adaptariam para cumprir as expectativas dos vigilantes. Então, Bentham aplica essa mesma lógica para a própria

⁵⁷ CARVALHO NETO (2014), p. 38.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 111.

administração da penitenciária para evitar a corrupção dos agentes do poder, coibindo o uso de suas posições para garantir os interesses próprios⁵⁹.

Logicamente, sob a ótica de um Estado de Direito que busca o respeito de direitos fundamentais e de princípios constitucionais, o transporte de tal lógica para a Administração do Estado traria graves consequências para a atuação e para a privacidade dos cidadãos, não sendo possível aplicar a ideia do “panóptico” *ipsis litteris* para o Estado, sob a ameaça de, ao invés de termos um Estado democrático, participativo e aberto, ter um Estado autoritário e policial.

No século XX, após as dificuldades da sociedade pós-guerra e com as crises dos anos 1970, o movimento do *new public management* busca trazer a transparência a fim de atingir dois objetivos: a *accountability* e o fornecimento de informações necessárias para escolhas e decisões mais racionais, acolhendo os argumentos de Bentham para estabelecer novas diretrizes de administração. O movimento conseguiu implantar na administração pública práticas como auditorias, *benchmarking* e monitoramento, além de aprimorar arranjos institucionais e a comunicação. A influência chegou a níveis internacionais:

Just like Bentham, the International Monetary Fund, for instance, demanded “[c]lear assignments” and “[c]lear statements” as well as “[c]lear and simple statutes and implementations”, because only “transparency in the overall structure and functions” will deliver “stability, allocative efficiency, and fairness” (Kopits and Craig 1998, p. 5 f., 13 (emphasis removed)).⁶⁰

Nota-se, a partir dessa nova noção de transparência, várias maneiras de buscar administrações mais abertas, sendo uma das práticas possíveis a “transparência como publicação”, considerada a mais comum, por envolver auditorias e monitoramento para o registro e publicação de informações de maneira sistematizada, além de envolver instituições externas (fora da Administração) para realizar o controle.⁶¹

Também cabe citar Norberto Bobbio, que acreditava na importância da transparência para definir a democracia, não podendo existir tal regime político sem que esse imperativo estivesse presente⁶². Logo, o conhecimento de informações pela população é algo necessário para sustentar o regime democrático:

Desta impostação do problema resulta que a exigência da publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao cidadão

⁵⁹ AUGUST; OSRECKI (2019), p.5.

⁶⁰ AUGUST; OSRECKI (2019), p.7.

⁶¹ AUGUST; OSRECKI (2019), p.9.

⁶² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 10.

conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque a publicidade é por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é.⁶³

Assim, após o turbulento período do Regime Militar, com características autoritárias e, portanto, pouco transparentes, a Constituição de 1988 “vem ancorada em dois polos, quais sejam, a garantia dos direitos do homem e a limitação do exercício do poder”⁶⁴. Por essa razão, os princípios da Administração Pública foram introduzidos para o enaltecimento do interesse público conexo à dignidade da pessoa humana, sendo um deles o princípio da publicidade no art. 37 da CF/88. Percebe-se uma mudança de paradigma dentro do Direito Administrativo brasileiro como um todo, visto que o uso de princípios busca conectar os administradores com os ideais da Nova República brasileira inaugurada com a Constituição de 1988, em que a preocupação com o bem comum e a dignidade humana devem ser o foco do Estado. A “constitucionalização”⁶⁵ do Direito Administrativo muda a relação entre administradores e administrados de maneira relevante, já que o direito constitucional brasileiro passou a regular, com detalhamento, a Administração Pública.

O princípio da publicidade indica a necessidade da mais ampla divulgação de atos administrativos para a população para fins de possibilidade de controle dos agentes da Administração Pública tanto em termos de legalidade e de eficiência (que também constituem princípios expressos do art. 37). Esse princípio pode ser expresso por meio dos órgãos de imprensa ou nas próprias repartições administrativas, mas, atualmente, há destaque para os meios virtuais de divulgação, como o Portal da Transparência e as próprias contas de redes sociais como *Twitter*, *Facebook*, *Telegram* e *Instagram* do Presidente da República, de Ministros de Estado e da Secretaria de Comunicação do Poder Executivo Federal. O uso de redes sociais permite maior facilidade do cidadão de receber essas informações do governo enquanto navega pela internet, gerando maior rapidez na transmissão de notícias.

Tal princípio, dessa maneira, consagra o “dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos”⁶⁶. José dos Santos Carvalho Filho elenca três tipos de instrumentos específicos para a publicidade: o direito de petição, como no caso do art. 5º, XXXIV, alínea a, da CF/88, para fins de defesa de direitos ou contra ilegalidades e abuso de poder; as certidões em repartições públicas, igualmente necessárias para defender direitos, mas

⁶³ BOBBIO (1986), p. 30.

⁶⁴ MAROCCO, Cássio. **O princípio da publicidade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2011. 198 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. p.66.

⁶⁵ BARROSO (2018), p. 418.

⁶⁶ MELLO (2014), p.114.

que também podem servir para esclarecer situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, alínea b da CF/88); e, por fim, a ação administrativa de ofício para a divulgação de informações de interesse público⁶⁷. Dentro da Constituição, ainda se contempla a possibilidade de instrumentos como o mandado de segurança (art. 5º, LXIX da CF) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF) para se obter as informações a partir do Poder Judiciário.

A publicidade, portanto, envolve muito mais do que a divulgação oficial dos atos, já que envolve também o conhecimento da conduta de agentes da Administração. Qualquer documento público com possibilidade de acesso por interessados, nesse sentido, poderá ser afetado pelo princípio.

Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes.⁶⁸

Conforme o exposto, o princípio da publicidade está intimamente ligado ao direito individual de informação contemplado no art. 5º, incisos XXXIII, regulamentado com maior densidade pela Lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação), que serve para dar concretude ao mandamento constitucional da publicidade para os cidadãos. O direito de informação terá mais foco nas próximas páginas do trabalho por ser essencial para a compreensão da transparência da Administração Pública.

Também se percebe a influência do princípio da publicidade a partir das “chamadas públicas”, em que a Administração publica edital para adotar providências específicas, convocando interessados para participar de atividades de interesse do Estado, sendo muitas vezes colocados critérios objetivos de seleção, como no caso de projetos de órgãos administrativos, credenciamento ou capacitação de comunidades. Recente exemplo desse tipo de ato foi o do Edital de Chamada Pública nº 51/2020, em que o Ministério da Educação chamou interessados para realizarem a avaliação pedagógica de obras didáticas destinadas a estudantes, professores e gestores de escolas da educação infantil no âmbito do PNLD. Tal ação é reflexo do princípio da publicidade, “na medida em que, de forma transparente, a Administração divulga seus objetivos e permite que interessados do setor privado acorram na medida de seus

⁶⁷ CARVALHO FILHO (2014), p. 26.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 101.

interesses”⁶⁹, tornando pública a chamada de profissionais e outros interessados a participarem de programas de governo referentes a diversas matérias que envolvem o Estado e a sociedade.

Sendo um princípio constitucional, não cabe falar em mera supremacia da publicidade, pois é necessário que esse princípio seja interpretado de forma a não conflitar com os outros, possibilitando uma melhor harmonia interpretativa. Nesse sentido, ao se falar de publicidade, não se pode esquecer dos princípios da moralidade e da impessoalidade, pois não se pode subverter o uso da publicidade para fins de propaganda pessoal de agentes públicos, sob pena de ferir a função fundamental do princípio da publicidade: informar, educar e orientar.

Tal ideia acerca do princípio da publicidade é, inclusive, matéria de julgado do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 191.669/RS de 2008, que, por unanimidade na Primeira Turma, decidiu que deve ser vedada a publicidade de atos do governo para fins de promoção de partido político ou de quem ocupa o cargo.

1. O caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta.⁷⁰

Por essa razão, a doutrina considera que os princípios da publicidade, moralidade e impessoalidade estariam “intricados”, ocorrendo o que Odete Medauar classifica como a “instrumentalização recíproca” dos princípios mencionados.

(...) a impessoalidade configura-se meio para atuações dentro da moralidade; a publicidade, por sua vez, dificulta medidas contrárias à moralidade e à impessoalidade; a moralidade administrativa, de seu lado, implica observância da impessoalidade e da publicidade.⁷¹

Logo, a aplicação de princípios da Administração Pública geralmente ocorre em bloco, pois, conforme afirmado anteriormente no trabalho, os princípios precisam ser aplicados de maneira que não ocorra a exclusão de um deles, o que leva à ideia de buscar a “máxima eficiência” da aplicação. A interação entre eles na solução de casos do Direito Administrativo

⁶⁹ CARVALHO FILHO (2014), p. 30.

⁷⁰ STF - RE: 191668 RS, Relator: MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 15/04/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-02 PP-00268.

⁷¹ MEDAUAR (2018), p. 114.

mostra, de forma concreta, que princípios não são comandos baseados no “*all or nothing*”, mas sim, verdadeiros mandados de otimização. Dessa forma, a Administração Pública, observando seus princípios em bloco (ou seja, em conjunto), garante legitimidade a suas ações.

Cuida-se, em rigor, de apreensão cognitiva, de uma nova dualidade básica. Dualidade expressa no princípio-contidente da legitimidade administrativa e nos princípios-conteúdos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. É como dizer: a administração pública somente alcança o patamar da legitimidade plena quanto aos seus meios ou meios de atuação se, impulsionada pela lei, a esta consegue imprimir o selo dos outros quatro princípios. Operando, estes, como fatores de legitimação conjunta da própria lei, do Direito como um todo e da atividade administrativa em especial.⁷²

Apesar da aplicação concreta ser quase impossível de maneira isolada, cada princípio possui seu conteúdo e sua separação possui não apenas o propósito didático, com “conteúdo autônomo, devassável cientificamente”⁷³, como também envolve o direito que poderá ser depreendido de cada princípio. Por isso, a análise deste trabalho deve voltar ao princípio da publicidade com foco.

Considerando a necessidade da Administração Pública de divulgar suas ações, que devem ter sempre em vista o interesse social, a publicidade se transforma não apenas em um direito individual de informação de cada indivíduo, como também algo que deve ser feito a favor da coletividade, traduzindo a noção da Administração como “exercício de atividades em nome do interesse público”. Logo, considerando o interesse público como “tudo o que o ordenamento entende valioso para a coletividade e que, por isso, protege e prestigia”⁷⁴, torna-se difícil a defesa de situações sigilosas na Administração Pública quando não há cabimento desse tipo de proteção.

Quando se trata de indivíduos particulares, o sigilo e a privacidade fazem sentido, na medida que a publicidade de todos os seus atos infringiria a liberdade de cada um de perseguir seus interesses pessoais, observando-se, claro, as proibições e vedações estabelecidas em lei. Quando se trata da Administração Pública, o interesse pessoal jamais deve ser levado em consideração, pois descabe em falar do “interesse da Administração”. Deve-se lembrar que o papel da Administração Pública jamais deve ser de fim, pois ela é, na verdade, o meio de aplicação da lei e de realização do interesse público. Portanto, a atuação administrativa deve

⁷² BRITTO, Carlos Ayres. Comentário ao artigo 37, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1743.

⁷³ CARVALHO NETO (2014), p. 58.

⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa (Direito de Certidão, Vista e Intimação). *Revista de Direito Administrativo*. Nº 199. Rio de Janeiro, jan/mar. 1995. p. 97.

sempre se reger pela absoluta transparência em respeito ao poder popular estabelecido no art. 1º da CF/88, sendo direito do povo de conhecer o que acontece no exercício do poder, especialmente as pessoas que possam ser prejudicadas por atos administrativos para a possibilidade de defesa.

O direito às certidões em repartições públicas é particularmente interessante na medida que esses documentos são essenciais para a defesa de direitos dos administrados, pois, para se submeter a atitude de uma autoridade ao controle judicial ou administrativo, é necessário apresentar documentos que demonstrem a prática ou omissão de atos, motivos e finalidade (universo fático) que acabam violando direitos. Assim, há mais uma modalidade de controle da ação da autoridade com as certidões.

Para Sundfeld, basta que o sujeito indique precisamente as informações que pretende obter ou quais fatos está procurando. A indicação da finalidade dessa pretensão não é condição essencial, mas pode ser um meio eficiente para indicar a necessidade do sujeito, pois permite que a Administração “forneça com maior precisão os elementos queridos”⁷⁵. Nota-se, mais uma vez, em que a publicidade se relaciona com o direito de cada indivíduo de ter informações prestadas a ele para garantir que a finalidade da Administração Pública não seja subvertida na violação dos direitos dos cidadãos.

Se a publicidade é princípio de observância a fim de concretizar o interesse público, não há justificativa lógica para a manutenção do segredo como regra. No entanto, é possível que, com base no já superado “princípio da supremacia do interesse público”, várias informações essenciais acerca da Administração Pública sejam ocultadas de interesse popular, o que justificou por diversos momentos da história que as informações de governo fossem ocultas para fins de proteção do Estado. A “teoria do segredo de Estado” permitiu que o segredo fizesse parte de governos como regra com o objetivo da paz social, justificando a existência do segredo como intrínseco à sociedade. Assim, o governante seria mais sábio que seus súditos, mantendo seu poder perante os cidadãos⁷⁶.

Considerando que o poder emana da população em regimes democráticos, não há qualquer espécie de proporção em tornar a maior parte das informações da Administração serem secretas. Vendo o interesse público por esse lado, a publicidade, portanto, deve ser a regra em regimes democráticos, sendo o sigilo a verdadeira exceção à regra. Portanto, na atual ordem democrática, qualquer lei que busque inverter essa lógica deverá ser declarada inconstitucional.

⁷⁵ SUNDFELD (1995), p. 103.

⁷⁶ MAROCCO (2011), pps. 84 e 85

Na visão de Sundfeld, as hipóteses de sigilo devem ser divididas em dois grupos: sigilo indispensável ao exercício da atividade pública e sigilo em favor da privacidade individual do cidadão.⁷⁷ No primeiro, caso, o sigilo deve ocorrer tão somente se ele for indispensável para que os resultados de uma atividade possam ser concretizados ou para possibilitar o próprio exercício da atividade, tendo como maior exemplo a atividade policial, que, com base em investigações, precisa de sigilo para poder coibir e perseguir atividades ilegais como quadrilhas de traficantes. Caso tivesse publicidade desses atos, facilitaria a ação de criminosos para obstruir procedimentos, para fugas ou até ameaçar policiais, juízes e promotores responsáveis. Já na situação de sigilo em favor da privacidade individual do cidadão há a proteção ao direito fundamental individual do particular, que deve ter liberdade pessoal para ir atrás de seus interesses dentro da lei sem a intromissão de outros particulares ou até de repartições públicas.

Portanto, no caso da Administração Pública, o sigilo só pode ser preservado quando for indispensável, e se ela não conseguir justificar perante o cidadão comum a legitimidade da ocultação de uma certidão, por exemplo, o juiz precisa permitir o acesso do indivíduo a esse documento.

Assim, as violações do princípio da publicidade seriam violações reflexas ao direito de informação, que possui caráter de direito fundamental. Os cidadãos precisam de uma administração proba e pública para que os atos administrativos sejam controlados, e sua finalidade, o interesse público, seja efetivamente cumprida. A gravidade da lesão ao princípio da publicidade é grande o suficiente para afetar toda a lógica do Direito Administrativo:

Ressalta-se que não somente este direito [de informação] está sendo ofendido, mas também o próprio interesse público é ameaçado por cada ato praticado sem publicação ou em segredo de estado, pois, levando-se em consideração que a Administração não possui interesses pessoais, impõem-se o dever de transparência.⁷⁸

Nota-se, dessa maneira, que a atividade administrativa lida sempre com seus administrados: seja nos recursos ou nos atos que produzem. Mais uma vez, reafirma-se o papel da Administração como meio para atingir as necessidades dos cidadãos, sendo vedado interesse pessoal de administradores ser o principal foco da atividade.

Diante dessa realidade, cabe voltar ao Parecer nº AM – 06 da AGU. Quando se trata da Administração Pública, “os recursos que manipula não são seus: vêm dos administrados individualmente considerados e passam a pertencer à comunidade deles”⁷⁹, percebe-se que a

⁷⁷ SUNDFELD (1995), p. 104.

⁷⁸ MAROCCO (2011), p. 101

⁷⁹ SUNDFELD (1995), p. 97.

publicidade de todos os recursos públicos nas diferentes esferas da Administração busca garantir mais transparência ao cidadão comum e, portanto, maior informação e controle do quanto está sendo gasto pelo governo para executar as tarefas exigidas constitucionalmente e os diversos planos que ele pode ter, como na infraestrutura, saúde, educação, etc.

Se o cidadão é o foco de realização da atividade administrativa, nada mais justo que ele tenha noção de saber, inclusive, as informações referentes a transações bancárias realizadas por instituições como o BNDES, que foi foco de preocupação de brasileiros por muitos anos. Conforme já mencionado anteriormente, a doutrina de Hely Lopes Meirelles afirma que a publicidade deve atingir “comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes”⁸⁰.

Logo, o Parecer se torna oportuno ao afastar a aplicação do sigilo bancário a tais transferências, considerando que se reafirma o princípio da publicidade e, por consequência, todos os outros princípios constitucionais da Administração Pública do art. 37 da CF/88, já que tais normas postas pela AGU se aplicam a todos os entes administrativos e a operações que envolvam os recursos públicos.

Apesar do Parecer não trazer novas disposições sobre publicidade ou sobre novas maneiras de publicizar os recursos públicos envolvidos no BNDES, percebe-se um novo desdobramento dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico. Até então, havia relativa controvérsia acerca da natureza dos recursos que o BNDES manejava, que só foi dirimida a partir do julgamento do MS 33.340 no STF e consolidada com o Parecer nº AM – 06. Afasta-se, dessa maneira, a aplicação de sigilo em uma instituição financeira de fomento social, que não está no mesmo nível de competição com outros bancos, como o Santander, o Itaú, o Bradesco, etc., na medida que o BNDES possui um objetivo muito mais amplo quanto ao seu financiamento por envolver muito mais do que a ajuda aos empreendedores e empresas, já que também foca no desenvolvimento e gestão da União, Estados, Municípios e a infraestrutura nacional.

Portanto, uma instituição financeira que, conforme já apontado anteriormente, pertence à Administração Pública indireta e que sua finalidade, portanto, deve ser o interesse público brasileiro, não faz sentido que essa mesma instituição, diante das exigências de requisições de informações, negue-as sob a justificativa do sigilo bancário. Afinal, se o interesse da coletividade está em jogo no assunto de recursos públicos a serem repassados para empresas,

⁸⁰ MEIRELLES (2016), p.101.

por exemplo, o princípio da publicidade deve ser aplicado para fins de controle e respeito ao direito de informação dos cidadãos.

Pode-se considerar, então, como acertadas as disposições do Parecer da AGU, já analisado anteriormente. Assim, afasta-se a aplicação de um direito ao sigilo para colocar nos holofotes um princípio constitucional que visa proteger os administrados. A amplitude de recursos públicos afetados pelas disposições do Parecer busca reforçar essa proteção aos cidadãos brasileiros ao envolver inclusive recursos de “coletividades parciais”, como o FGTS e o PIS-PASEP.

Assim, há um verdadeiro progresso em termos de transparência em recursos públicos e instituições financeiras. No próprio Parecer é colocado que a Caixa Econômica Federal e o BNDES já definiram questões importantes de publicidade e transparência no passado:

15. A própria Caixa Econômica Federal reconhece que o princípio constitucional da publicidade constitui fundamento para excepcionar a incidência do sigilo bancário se "a operação financeira ou a prestação de serviço for contratada pela CAIXA com ente ou entidade pública" (Ofício nº 0018/2012/DIJUR, item 3.3, processo nº 00400.007419/2012-21), situação diversa da discutida nos processos em análise.

16. Também o BNDES, na NOTA AJ/COJIN - 038/03 (Processo nº 52000.002434/2007-22) conclui pela inexistência de sigilo bancário em contratos celebrados com entidade integrante da Administração Pública Direta (...) ⁸¹

Com o julgamento do MS 33.340, o avanço do princípio da publicidade é nítido, e consolida a sua importância dentro da Administração Pública, inclusive indireta. Assim, há novamente uma reafirmação de um Estado Democrático de Direito que exige princípios para a regulação da esfera pública para fins de informação e controle do efetivo detentor do poder: o povo. Com a aplicação do Parecer, aproxima-se a Administração Pública do administrado com uma incidência maior do princípio da publicidade, concretizando uma Administração voltada para um interesse público real e dentro da legalidade, focado no cidadão, finalidade de toda a atividade administrativa e do Estado Democrático de Direito.

3.3 Direito à informação, Administração Pública e avanços

Após a análise do princípio da publicidade na Administração Pública, cabem alguns apontamentos sobre o direito à informação, reputado como direito fundamental na Constituição

⁸¹ BRASIL (2019), p. 10.

de 1988 com base nos incisos XIV e XXXIII do art. 5º, além de ter regramentos específicos acerca da liberdade de informação no art. 220.

Conforme mencionado anteriormente, o direito de informação, no contexto de transparência do Estado, está conectado ao princípio da publicidade:

O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático, e pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, *caput*, e artigos seguintes da CF/88).⁸²

A segunda vertente do princípio da publicidade já foi contemplada em momentos anteriores do presente trabalho e, por essa razão, o foco deve ser voltado para o direito à informação do cidadão.

O primeiro marco legal no mundo acerca desse direito aconteceu na Suécia, em 1766, com a criação do *Freedom of Press Act* (Lei de Liberdade de Imprensa) pelo pastor e legislador Anders Chydenius, o que pode ser considerado o início da busca por maior transparência dos governos⁸³. No entanto, a ideia começa a se solidificar com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França em seu artigo 15º: “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”⁸⁴. Também cabe mencionar a Convenção Americana de Direitos Humanos que, no artigo 13, 1, coloca o “direito de procurar, receber e difundir informações”⁸⁵.

Nota-se, portanto, que a preocupação com a transparência dos governos e do Estado começa com as discussões iniciais sobre o Estado de Direito, sendo aperfeiçoadas nos séculos XX e XXI, período em que se busca maior participação popular dentro do Estado a partir de

⁸² MENDES (2019), p. 947.

⁸³ MAZZEI, Marcelo Rodrigues; SANTOS, Sebastião Donizete Lopes dos; VASCONCELOS; Rita de Cássia Corrêa de. O Direito Coletivo de Acesso à Informação Pública: o papel da Controladoria Geral da União. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, Ribeirão Preto – SP, a. I, n.1, p. 45-54, jan./dez. 2013. p. 47.

⁸⁴ FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 26 fev. 2021.

⁸⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Princípio da publicidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>. Acesso em 26. Fev. 2021.

acesso a documentos, contas e outras informações relevantes, em especial da Administração Pública. A questão do *accountability* vertical e o acesso à informação ganha maior peso no mundo pós-globalização, já que a existência de um “ciberespaço” permitiu maior liberdade de expressão em um novo espaço de comunicação.

Todas essas inovações oportunizam um Estado mais transparente e uma conexão humana planetária; onde é promovida a construção de coletivos inteligentes, nos quais as potencialidades sociais e cognitivas de cada um poderão desenvolver-se e ampliar-se de maneira recíproca.⁸⁶

Cabe tratar dos três níveis do direito de informação: o primeiro nível seria do direito de informar, que consiste na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem; o segundo nível é o direito de se informar é a liberdade de recolher e de procurar a informação; o terceiro e último nível é o direito de ser informado, que consiste no direito de ser mantido informado pelos meios de comunicação e pelo Poder Público⁸⁷.

O direito de informar possui o aspecto positivo, conhecido como direito de antena, e o aspecto negativo, em que se proíbe a censura ou bloqueio das informações pelo Estado, coibindo a censura ou embaraço. O direito de se informar busca proteger a ampla divulgação de notícias de interesse público, e a CF/88 permite a utilização de instrumentos judiciais como o *habeas data* no art. 5º, inciso LXXII, para garantir o acesso a informações relativas ao impetrante ou retificação de dados. Já o direito de ser informado, mais importante para esta análise, consiste na prerrogativa para receber informações de interesse particular, coletivo ou geral.

Por força do último nível do direito à informação, o poder público possui “a obrigação de permitir o acesso de todo indivíduo a informações relativas aos atos da administração pública”⁸⁸. Afinal de contas, sendo o povo o verdadeiro titular e beneficiário do poder, qualquer pessoa tem o direito de se esclarecer a respeito dos negócios públicos, não precisando sequer de suspeita de ilegalidades para pedir as informações. Conforme Sundfeld, “basta o interesse

⁸⁶ RODRIGUES, Márcio Schorn; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A sociedade informacional em xeque: princípio da publicidade versus direito à intimidade e a Lei 12.527/11. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 181-195, julho/dezembro de 2013. p. 183.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 189.

⁸⁸ FERRARI, Caroline Clariano; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O direito à informação como direito fundamental ao Estado Democrático. **REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)**, Bebedouro, v. 4, n. 2, p. 124-153, julho/dezembro de 2016. p. 140.

em esclarecer-se sobre a situação, o que o próprio pedido de certidão comprova, para nascer o dever de o agente fornecer os elementos solicitados”⁸⁹.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, houve vários progressos na área de informação ao cidadão desde a Constituição de 1998, sendo os avanços mais relevantes ocorridos a partir do século XXI com a expansão de meios de informática de internet no Brasil. O Decreto n. 5.482, de 2005, dispôs sobre a divulgação de dados e informações por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, sendo a Controladoria-Geral da União a responsável pela gestão do Portal da Transparência, criado em novembro de 2004.

Dessa forma, determinou-se no Decreto (art. 1º) a criação de Páginas de Transparência Pública dos diversos órgãos, em que seja possível o acompanhamento de: I – gastos efetuados por órgãos e entidades da administração pública federal; II – repasses de recursos federais aos Estados, Distrito Federal e Municípios; III – operações de descentralização de recursos orçamentários em favor de pessoas naturais ou de organizações não governamentais de qualquer natureza; IV – operações de crédito realizadas por instituições financeiras oficiais de fomento.⁹⁰

Na esteira do Decreto, seis anos depois, entra em vigor a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que traz procedimentos para garantir o acesso a informações, concretizando o direito constitucional à informação a partir de dispositivos de transparência para os cidadãos. Para alguns autores, como Lucas Furtado, a Lei nº 12.527 significa um avanço dentro do Direito Administrativo.

Reflete, sem dúvida, o amadurecimento da democracia no país, onde a publicidade deve ser encarada como preceito geral e o sigilo como exceção. Somente com a ampla divulgação dos negócios do estado é que a atividade de controle encontra espaço para se desenvolver eficazmente, sobretudo o controle social.⁹¹

A Lei busca trazer a transparência de forma ampla, com informações completas, objetivas e de qualidade, indo além da mera transparência formal de tão somente deixar disponíveis as informações sem se preocupar com a compreensão delas. Um dos grandes avanços da Lei foi possibilitar que qualquer pessoa receba dados públicos sem necessidade de apresentação de motivo, permitindo ampliar a fiscalização do gerenciamento da coisa pública⁹².

De acordo com o art. 1º, parágrafo único, e o art. 2º, a Lei de Acesso à Informação incide sobre a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sendo aplicável a toda a

⁸⁹ SUNDFELD (1995), p. 101.

⁹⁰ MENDES (2019), p. 948.

⁹¹ FURTADO (2016), p. 94.

⁹² BITENCOURT; RECK (2016), p. 106.

Administração Direta e Indireta, a entidades sob controle direto e indireto dos entes federativos e às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos do orçamento. Estão ressalvadas as estatais exploradoras de atividade econômica no que tange “às exigências de sigilo comercial necessário ao exercício da competição empresarial”⁹³.

O acesso às informações públicas é assegurado com o “serviço de informações ao cidadão” em órgãos e entidades públicas, previsto no art. 9º para atender e orientar o público, informar sobre a tramitação de documentos e protocolo destes e de requerimentos de acesso. Também se prevê a realização de audiências e consultas públicas para incentivar a participação popular.

Há duas formas de publicidade dentro da Lei: a transparência ativa, em que as informações são transmitidas de ofício pela Administração (ou seja, cumprindo o direito de ser informado), e a transparência passiva, em que o interessado pode formular a postulação ao órgão que detém a informação⁹⁴. Pela leitura do art. 10, no segundo caso, basta o requerente indicar sua identificação e a especificação da informação solicitada, deixando claro, mais uma vez, que o cidadão não precisa indicar motivo para receber uma informação, pois possui direito constitucional para ter acesso a ela.

Também está previsto na Lei possibilidade de sanções disciplinares às pessoas físicas ou entidades privadas que se recusarem a disponibilizar as informações no art. 33, com as possíveis sanções de advertência, multa, rescisão do vínculo com o poder público, suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública por prazo não superior a dois anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Percebe-se mais uma maneira de proteção e materialização do direito à informação, pois, ao trazer as sanções para quem está submetido à Lei, busca-se proteger o administrado de infrações ao seu legítimo direito de saber dos negócios da Administração, visto que isso é uma violação clara do seu direito individual e, logicamente, do princípio da publicidade.

Fazendo uma leitura com a Constituição de 1988, está assegurado o direito de acesso às informações independente do pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV, “a” e “b”, CF/88), o que coloca o ônus da prestação de informação ao administrado. A Lei de Acesso à Informação garante a gratuidade do serviço de busca e fornecimento de informação (art. 12), mas a reprodução de documentos poderá ser cobrada para ressarcir o custo do serviço.

Cabe, no entanto, falar sobre as restrições e impedimentos da Lei sobre assuntos que efetivamente precisam ser sigilosos. No art. 23, é definido que a informação cuja divulgação

⁹³ MELLO (2014), p. 118.

⁹⁴ CARVALHO FILHO (2014), p. 27.

puser em risco a segurança da sociedade ou do Estado poderá ser restrita pelo prazo máximo de tempo a depender de sua classificação: ultrassecreta (vinte e cinco anos), secreta (quinze anos) ou reservada (cinco anos). Respeita-se, portanto, a exceção colocada no art. 5º, inciso XXXIII, da CF/88.

Também há exceções quanto à necessidade de respeito ao direito à intimidade de cidadãos, previsto no art. 5º, inciso X, da CF/88. É lógico que a aplicação do princípio da publicidade jamais pode considerar este como um princípio absoluto da Administração, pois, conforme a ideia de mandados de otimização, é necessário que sua aplicação leve em consideração princípios implícitos como o da razoabilidade e da proporcionalidade⁹⁵ para evitar excessos. Pode-se levar em consideração, por exemplo, o já citado SS 3.902/SP, Ministro Relator Ayres Britto, que permitiu a transparência da remuneração dos servidores públicos com base no princípio da publicidade. O Ministro Ayres Britto afirmou que a remuneração poderia ser divulgada para o cidadão, mas dados pessoais como o CPF, RG e endereço residencial deveriam ser sigilosos para evitar o abuso e o perigo de essas informações circularem na sociedade. Da mesma maneira, o Decreto nº 7.724, de 26 de maio de 2012, que regulamentou a Lei nº 12.527/2011, impôs a divulgação da remuneração, incluindo subsídio e vantagens pecuniárias.

Façamos duas observações. Primeiramente, a norma regulamentar é destinada ao Poder Executivo, como, aliás, figura no referido decreto. Em segundo lugar, será inconstitucional a publicidade de parcelas de cunho estritamente pessoal, como pensão alimentícia, plano médico, prestação imobiliária, etc., todas elas protegidas pelo princípio da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, CF).⁹⁶

Logo, apesar de possibilitar a divulgação da remuneração, é necessário que não se divulgue o que vai além do necessário. Nesse caso, é tão somente o nome do funcionário e sua respectiva remuneração para fins de controle e observação pela sociedade e pelos órgãos de controle. Afinal, o excesso com base no princípio da publicidade poderia ser desvirtuado para atingir a esfera individual, “pois, em última análise, pode-se afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito”⁹⁷. Tais fatos pessoais não podem ser devassados por possibilidade de constrangimento e exposição desnecessários aos servidores, só sendo possível tratar de publicidade em assuntos de interesse coletivo.

⁹⁵ CARVALHO FILHO (2014), p. 28.

⁹⁶ CARVALHO FILHO (2014), p. 29.

⁹⁷ RODRIGUES; NASCIMENTO (2013), p. 190.

Percebe-se que houve grandes avanços no direito à informação nas duas últimas décadas. O Parecer nº AM – 06 não trouxe qualquer disposição acerca de disponibilização de informações públicas para a população, apesar de mencionar a Lei nº 12.527/2011 no caso de respeito ao sigilo empresarial ou segredo industrial decorrentes da exploração direta da atividade econômica pelo Estado ou por pessoa ou entidade privada que possua vínculos com o poder público. É compreensível que não haja previsões sobre o direito à informação, visto que o Parecer se refere muito mais às questões envolvendo a publicidade dentro de entes da Administração Pública para fins de controle por outras instituições, não mencionando, portanto, o controle social.

Por outro lado, sabendo que o Parecer busca acabar diretamente com as alegações de sigilo bancário em transações em que uma das partes é pessoa de direito público ou transações com recursos públicos, há notória aplicação do princípio da publicidade (colocado no próprio documento) e, portanto, possibilidade de reflexos no direito à informação, pois este é uma dimensão do princípio.

Assim, a evolução que ocorreu no direito à informação e, portanto, na consolidação do princípio da publicidade, é muito importante para a construção de mecanismos melhores de controle da Administração Pública e para a informação dos cidadãos brasileiros. A Constituição de 1988, com o vanguardismo de um Estado Democrático de Direito, parece mostrar cada vez mais força nos termos de transparência à população brasileira, e as novas leis, como a Lei nº 12.527, tentam regular o sigilo de forma que ele seja a exceção e jamais seja usado de forma abusiva pelo poder público para ocultar informações de interesse do cidadão.

CONCLUSÃO

O trabalho buscou mostrar um pouco do progresso em termos de publicidade e transparência da Administração Pública, além de trazer uma análise sobre a importância e princípios que fundamentaram o Parecer nº AM – 06 da AGU, que trouxe significativa evolução para o controle dos recursos públicos. Tendo em vista que a população brasileira possui direito de saber como são gastos os recursos, não faz sentido que tais informações sejam escondidas de outras instituições de controle e do cidadão, que é, efetivamente, o verdadeiro detentor do poder dentro de um Estado Democrático Brasileiro.

Analisando o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, percebe-se que suas características o tornam muito diferente de outros bancos. Sua função de financiar o desenvolvimento de empresas e até mesmo da infraestrutura brasileira mostra que seu papel vai muito além do que o desempenhado por bancos tradicionais. Logo, não há o menor sentido que as informações do BNDES estejam protegidas por sigilo bancário, na medida que seus recursos são públicos e precisam ter destinação correta em prol do desenvolvimento nacional.

Obviamente, o Parecer não surgiu “do nada”. O julgamento do MS 33.340 pelo Supremo Tribunal Federal em 2015 foi de grande importância ao servir de base para a criação do Parecer e seguiu o “romance em cadeia” da transparência, tendo como base o julgamento do SS 3.902/SP, que foi favorável à divulgação dos vencimentos de funcionários públicos. O MS mostra claramente que a aplicação do princípio da publicidade é a solução no caso do BNDES X TCU, não havendo qualquer possibilidade para a relativização do sigilo bancário, que não deve ser aplicado na situação.

A análise do princípio da publicidade e do direito à informação são fundamentais para entender o percurso histórico de ambos no Direito brasileiro. Desde a Constituição de 1988, não se pode tolerar o cerceamento indevido de informações públicas aos cidadãos, pois estes possuem direitos fundamentais consagrados no texto constitucional que servem para o controle de seus gestores públicos. No campo do direito à informação, há um grande avanço em 2011 com a aprovação da Lei de Acesso à Informação, que buscou regular o procedimento de busca de documentos e a forma de divulgação ativa da Administração.

Por isso, percebe-se que o Brasil está se inserindo dentro de um contexto internacional em que a transparência da gestão pública é necessária para a melhor efetividade no emprego de recursos públicos. A publicidade dos atos dos governantes vem de uma construção histórica que coincide com o fim gradual de Estados Absolutistas e o início do paradigma do Estado de Direito, em que a desconfiança com o poder público se torna importante para a proteção das

liberdades e direitos individuais, como visto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e na filosofia de Jeremy Bentham. Portanto, saber como o dinheiro do cidadão está sendo gasto e se ocorre desvios está dentro da lógica de um Estado Constitucional, que não pode esconder da população aquilo que deve ser público.

Claro que, no contexto brasileiro, tal progresso sobre a publicidade e a informação foi mais forte nas últimas décadas, visto que a expansão da internet e dos computadores pessoais permitiu maior acesso às notícias sobre o governo e o Estado brasileiro pela população. Os escândalos do Mensalão e do Petrolão, além dos empréstimos questionáveis a obras em outros países (que causaram uma má impressão sobre o BNDES para a população), fazem com que o desejo por *accountability* e maior rigidez na publicidade dos gastos se torne mais disseminado entre os cidadãos.

Por essa razão, há, atualmente, uma seção dedicada à transparência no site do BNDES em complemento ao Portal da Transparência para saber como que os recursos da instituição financeira estão sendo aplicados⁹⁸. Com as demandas da sociedade, o banco inclusive colocou uma planilha com os cinquenta maiores clientes do banco, como a Petrobrás (R\$ 62.429.000,00), a Embraer (R\$ 51.274.000,00) e a Norte Energia S/A (R\$ 23.388.000,00)⁹⁹. Logo, nota-se a preocupação das novas gestões do banco em trazer mais informações sobre os empréstimos realizados e o volume de recursos disponibilizados em operações, as fontes de recursos, as licitações e contratos do BNDES e as informações financeiras.

As novas práticas do banco trazem mais confiança nos investimentos e na gestão. Assim, elas podem ter contribuído de forma positiva para o trabalho do BNDES, que fechou o ano de 2020 com lucro líquido recorde em comparação com outros anos¹⁰⁰.

A transparência de recursos foi fundamental no ano de 2020, em que o Brasil enfrentou a pandemia do COVID-19. No Portal da Transparência, foram disponibilizadas as informações sobre o quanto de recursos foram enviados aos Estados para custeio da saúde e quanto cada um recebeu para aplicar no programa do auxílio emergencial. No site do BNDES, há informações sobre as medidas emergenciais para os empreendimentos e, claro, dados sobre os maiores tomadores de recursos, como no caso do capital de giro para as pequenas empresas.

⁹⁸ Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/>. Acesso em 04 mar. 2021.

⁹⁹ Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/consulta-operacoes-bndes/maiores-clientes>. Acesso em 04 mar. 2021.

¹⁰⁰ BNDES fecha 2020 com lucro líquido recorde: R\$ 20,7 bilhões. **Revista Oeste**, 12 de março de 2021. Disponível em <https://revistaoste.com/economia/bndes-fecha-2020-com-lucro-liquido-recorde-r-207-bilhoes/>. Acesso em 14 mar. 2021.

Conforme se nota, o Brasil busca, cada vez mais, avançar nos termos de transparência das contas públicas e da Administração em busca de legitimidade do poder público na condução das atividades. Assim, busca-se colocar a Administração Pública sempre no caminho da legalidade e do interesse público para que o cidadão seja o beneficiário real, não se admitindo que desviem os objetivos para interesses particulares, o que seria nitidamente contra o propósito constitucional do poder público.

A disponibilização de tais informações para a população serve para democratizar o controle da gestão, aperfeiçoando o controle social no meio desse processo. A participação popular, com cidadãos informados, permite que governantes e administradores possam se retratar de suas decisões, ou até controlar futuramente suas práticas a partir de processos administrativos e judiciais, além de ser um bom recado para legisladores de todos os níveis para saberem das demandas da população, seja local ou nacional.

Nesse percurso todo, percebe-se que o Parecer da AGU acaba tendo um papel fundamental de avançar o entendimento sobre o princípio da publicidade, não cabendo mais falar, dentro da Administração Pública, em sigilo bancário nos casos de recursos públicos ou transações com contraparte do poder público. Assim, o avanço da cultura da transparência dentro do poder público brasileiro é nítido, e mostra que o futuro de maior publicidade dos atos de gestores pode ser almejado, mas claro, sem ferir o direito individual de privacidade e intimidade de quem participa na gestão pública.

Tendo em mente sempre os limites da publicidade, sejam os segredos elencados na Lei nº 12.527/2011 ou informações que violem a privacidade, o caminho para o progresso da transparência está pavimentado para que mais medidas importantes apareçam, e os três poderes precisam estar atentos às demandas por mais publicidade interna para fins de controle dos gastos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARRIBO – Amigos Associados de Ribeirão Bonito. **O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: 24X7 Cultural, 2012, p. 59.

AUGUST, Vincent; OSRECKI, Fran. Transparency imperatives: results and frontiers of social science research. **Der Transparenz-Imperativ**. Springer VS, Wiesbaden, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, maio/ago. 2016.

BNDES corre risco de calote de Angola, Venezuela e Moçambique. **Veja**, 7 de janeiro de 2018. Disponível em <https://veja.abril.com.br/economia/bndes-corre-risco-de-calote-de-angola-venezuela-e-mocambique/> . Acesso em 3 fev. 2021.

BNDES fecha 2020 com lucro líquido recorde: R\$ 20,7 bilhões. **Revista Oeste**, 12 de março de 2021. Disponível em <https://revistaoste.com/economia/bndes-fecha-2020-com-lucro-liquido-recorde-r-207-bilhoes/> . Acesso em 14 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, vol.1, 11ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

Bolsonaro retira sigilo bancário de operações com recursos públicos. **Agência Brasil – EBC**, 25 de abril de 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-04/bolsonaro-retira-sigilo-bancario-de-operacoes-com-recursos-publicos> .

BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer N° AM – 06, de 25 de abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-AM-06-2019.htm .

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm .

BRASIL. Decreto n° 2.346, de 10 de outubro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm .

BRASIL. Decreto n° 4.418, de 11 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4418.htm .

BRASIL. Lei Complementar n° 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm .

BRASIL. Lei Complementar n° 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm .

BRASIL. Lei n° 10.180, de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10180.htm .

BRASIL. Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112527.htm .

BRASIL. STF - MS: 33340 DF - DISTRITO FEDERAL 0000649-85.2014.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/05/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-151 03-08-2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4676728> .

BRITTO, Carlos Ayres. Comentário ao artigo 37, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 27 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 2014. 335 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FERRARI, Caroline Clariano; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O direito à informação como direito fundamental ao Estado Democrático. **REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)**, Bebedouro, v. 4, n. 2, p. 124-153, julho/dezembro de 2016.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> .

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*, 5 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GUARIDO, Fernanda Alves Andrade. **Accountability e transparência pública**. Curitiba: Contentus, 2020.

MAROCCO, Cássio. **O princípio da publicidade administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2011. 198 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; SANTOS, Sebastião Donizete Lopes dos; VASCONCELOS; Rita de Cássia Corrêa de. **O Direito Coletivo de Acesso à Informação Pública: o papel da**

Controladoria Geral da União. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, Ribeirão Preto – SP, a. I, n.1, p. 45-54, jan./dez. 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RODRIGUES, Márcio Schorn; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A sociedade informacional em xeque: princípio da publicidade versus direito à intimidade e a Lei 12.527/11. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 181-195, julho/dezembro de 2013.

RODRIGUES, Zita Ana Largo. **Ética, moral e transparência na gestão pública**. Curitiba: Contentus, 2020.

SALGADO, Eneida Desiree. Princípio da publicidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>. Acesso em 26. Fev. 2021.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. **Corrupção e controle social: a transparência como elemento de aperfeiçoamento da administração pública**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, p. 163. 2016.

STF - RE: 191668 RS, Relator: MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 15/04/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-02 PP-00268.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da Publicidade Administrativa (Direito de Certidão, Vista e Intimação). *Revista de Direito Administrativo*. Nº 199. Rio de Janeiro, jan/mar. 1995.