

10/04/2018

SEGUNDA TURMA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S) : FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL S/A
ADV.(A/S) : ERIKA CRISTINA FRAGETI SANTORO E
OUTRO(A/S)

EMENTA

Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Preliminar de ilegitimidade *ad processum* da Corte de Contas para apresentar recurso em nome próprio. Desacolhimento. Competências/prerrogativas institucionais. Fundação Banco do Brasil. Entidade de caráter privado. Repasse de recursos de natureza privada a terceiros. Desnecessidade de obediência aos ditames da Administração Pública. Agravo regimental do qual se conhece. Rejeição da preliminar e negativa de provimento ao agravo.

1. O entendimento da Suprema Corte é no sentido de se reconhecer a personalidade judiciária dos órgãos da Administração Pública destituídos de personalidade jurídica própria quando o interesse no qual se fundamentar a pretensão deduzida em juízo respeitar ao exercício de suas competências ou prerrogativas funcionais. Precedentes. Legitimidade excepcional verificada no caso dos autos.

2. Não compete ao TCU adotar procedimento de fiscalização que alcance a Fundação Banco do Brasil quanto aos recursos próprios, de natureza eminentemente privada, repassados por aquela entidade a terceiros, eis que a FBB não integra o rol de entidades obrigadas a prestar contas àquela Corte de Contas, nos termos do art. 71, II, da CF, não lhe cabendo, por via reflexa, subserviência aos preceitos que regem a Administração Pública. Precedentes.

3. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida.

4. Agravo regimental do qual se conhece, rejeitando-se a preliminar suscitada e, quanto ao mérito, negando-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do agravo regimental. Acordam, ademais, os Ministros, por maioria de votos, em a ele negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de abril de 2018.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

03/04/2018

SEGUNDA TURMA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S)	: FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL S/A
ADV.(A/S)	: ERIKA CRISTINA FRAGETI SANTORO E OUTRO(A/S)

ADIAMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Presidente, antes de iniciar o relatório dos feitos apregoadas, como há advogados presentes em relação a três feitos idênticos da Lista nº 2 de minha relatoria, recebi petição de uma das partes pedindo o adiamento e tenho sempre o costume de deferir o primeiro pedido de adiamento, anoto que indico o adiamento da Lista nº 2 para a próxima sessão, ficando consignado aos advogados presentes que ela estará na pauta da próxima sessão da Turma, no dia 10.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : UNIÃO

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

AGDO.(A/S) : FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL S/A

ADV.(A/S) : ERIKA CRISTINA FRAGETI SANTORO (128776/SP) E

OUTRO(A/S)

Decisão: Adiado o julgamento para a sessão do dia 10.4.2018 por indicação do Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 3.4.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

Ravena Siqueira
Secretária

10/04/2018

SEGUNDA TURMA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AGDO.(A/S) : FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL S/A
ADV.(A/S) : ERIKA CRISTINA FRAGETI SANTORO E
OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de agravo interno interposto pela UNIÃO contra decisão monocrática de minha lavra mediante a qual concedi, parcialmente, a ordem no **mandamus** - impetrado pela Fundação Banco do Brasil contra ato proferido pela Corte de Contas -, sob a seguinte fundamentação:

“Deflui-se do aduzido que a controvérsia do presente mandado de segurança encontra-se centrada na possibilidade de o Tribunal de Contas da União, em procedimento de controle externo, determinar a observância pela Fundação Banco do Brasil dos princípios que regem a Administração Pública quando repassar **recursos próprios** - dentre os quais, segundo alega a impetrante, inserem-se aqueles provenientes do Banco do Brasil - a terceiros por meio de convênios.

Em suma, a FBB sustenta que a determinação para que se adote procedimentos formais do controle dos recursos repassados a terceiros por meio de convênio fere seu direito líquido e certo “de não ter que observar os preceitos que regem a Administração Pública quando repassa recursos próprios”, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado (art. 44, III, do CC/02 e art. 16, I, do CC/16).

O inconformismo não alcança o repasse dos **recursos de natureza pública**, os quais, **ao sentir da demandante**, são

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

aqueles alocados ao abrigo de leis federais, estaduais ou municipais de incentivo às áreas de atuação da Fundação; auxílios, contribuições e subvenções do Poder Público; e verbas que advierem em virtude da elaboração e execução de convênios com órgãos da Administração Pública.

A título de efetivo deslinde da importante discussão, entendo necessário, em caráter primordial, tecer considerações acerca da emblemática natureza jurídica da Fundação Banco do Brasil. Para tanto, trago à baila entendimento firmado pelo Plenário desta Corte no MS nº 24.427/DF, de relatoria do e. Ministro **Eros Grau** (DJ de 24/11/06), que restou assim consignado:

‘CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. INSTITUIÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO DISPOSTO NOS INCISOS XIX E XX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1.988. SUJEIÇÃO AO DECRETO-LEI N. 900/69. IMPOSSIBILIDADE. FINALIDADES EMINENTEMENTE PRIVADAS. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO PECULIAR E EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO OU DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICÁ-LA COMO ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO POR LEI. BANCO DO BRASIL. ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DOTADA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEBÊ-LO COMO PODER PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO DO TCU QUANDO A DETERMINAÇÃO DEPENDE DA VONTADE DE TERCEIRO. 1. **A Fundação Banco do Brasil - FBB foi instituída em 16 de maio de 1.986, anteriormente à vigência do disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição de 1.988. Também não era vigente a Lei n. 7.596/87. Não poderia, portanto, sujeitar-se a preceitos normativos inexistentes à época de**

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

sua criação. 2. O art. 2º do decreto-lei n. 900/69 estabelecia os requisitos e condições para a instituição de fundações pelo Poder Público. A inserção dessas fundações no quadro da Administração Indireta operou-se mercê do disposto no art. 1º do decreto-lei n. 2.229/86 e no art. 1º da Lei n. 7.596/87, nos termos dos quais a fundação pública será instituída para o desenvolvimento de atividades estatais que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público. 3. A Fundação Banco do Brasil persegue finalidades privadas. Não desempenha função que se possa ter como peculiar e exclusiva da Administração nem exerce atribuição pública. Não pode ser incluída entre aquelas às quais dizia respeito o art. 2º do decreto-lei n. 900/69. 4. O Banco do Brasil, entidade da Administração Indireta dotada de personalidade jurídica de direito privado, voltada à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não pode ser concebida como poder público. 5. A determinação do TCU, no sentido de que o impetrante providencie junto ao chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional, é inexecutável. O impetrante não pode ser compelido a fazer o que depende da vontade de terceiro. Segurança concedida' (MS nº 24427, Relator Ministro **Eros Grau**, Tribunal Pleno, DJ 24/11/06 – grifei).

O que se discutiu na aludida ação constitucional mandamental foi a possibilidade de uma sociedade de economia mista – Banco do Brasil – instituir, anteriormente à Constituição de 1988, independentemente de previsão legal específica nesse sentido, uma fundação.

A despeito de a questão ser diversa da apreciada no presente **mandamus**, percebo que este Supremo Tribunal, naquela ocasião, manifestou-se no sentido de que a Fundação Banco do Brasil - a considerar os preceitos normativos existentes à época de sua instituição (1986), bem como seus

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

objetivos estatutários – qualifica-se como **fundação privada**, não instituída pelo poder público. Concluiu-se, naquela oportunidade, que o Banco do Brasil – sociedade de economia mista patrocinadora daquela entidade - não podia ser concebido como poder público.

Nesse sentido, transcrevo magistral trecho do voto condutor:

‘2. A Fundação Banco do Brasil – FBB foi instituída em 16 de maio de 1.986 [fl. 170], anteriormente à vigência do disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição de 1.988. Também não era vigente, à época, a Lei n. 7.596/87. O único preceito atinente à matéria então em vigência era o veiculado pelo art. 2º do decreto-lei n. 900/69:

‘Artigo 2º Não serão instituídas pelo poder público novas fundações que não satisfaçam cumulativamente os seguintes requisitos e condições:

a) dotação específica de patrimônio, gerido pelo órgão de direção da fundação segundo os objetivos estabelecidos na respectiva **lei de criação**;

b) participação de recursos privados no patrimônio e nos dispêndios correntes da fundação, equivalentes a, no mínimo, um terço do total;

c) objetivos não lucrativos e que, por sua natureza, não possam ser satisfatoriamente executados por órgão da Administração Federal, direta ou indireta;

d) demais requisitos estabelecidos na legislação pertinente a fundações [artigos 24 e seguintes do Código Civil] [Grifou-se].

3. Que a Fundação Banco do Brasil – FBB não estava sujeita a preceitos normativos inexistentes à época em que sua instituição se deu, isto é evidente. Nem o art. 37, XIX e

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

XX da Constituição, nem a Lei n. 7.596/87 retroagem para alcançá-la. A única disposição que poderia colher aquela instituição era a veiculada pelo artigo 2º do decreto-lei n. 900/69.

4. O decreto-lei n. 900/69 alterou preceitos do decreto-lei n. 200/67, que dispunha sobre a organização da Administração federal. Os requisitos e condições estabelecidos em seu art. 2º, acima transcrito, alcançavam as fundações instituídas pelo Poder Público, integradas no âmbito da Administração. Ainda que inicialmente não fossem elas concebidas como entidades da Administração Indireta [cf. o seu artigo 3º], é das fundações que desempenham função da Administração - fundações públicas - que o decreto-lei n. 900/69 cogita.

5. Posteriormente, no entanto, a inserção dessas fundações no quadro da Administração Indireta veio a ser operada, nos termos do disposto no art. 1º do decreto-lei n. 2.299, de 21 de novembro de 1.986, e no art. 1º da Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1.987. Essa mesma lei a define, a fundação pública, como 'a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes'. Atividades estatais, vê-se logo: a fundação pública será instituída para o desenvolvimento de atividades estatais que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público.

6. Ora, a Fundação Banco do Brasil - FBB persegue finalidades privadas. Não desempenha função que se possa ter como peculiar e exclusiva da Administração. Não exerce atribuição pública. Seus objetivos estão discriminados no artigo 2º do seu Estatuto Social,

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

compreendendo 'a promoção, apoio, incentivo e patrocínio de ações no domínio educacional, cultural, social, filantrópico, recreativo/esportivo, de fomento a atividades de pesquisa científico-tecnológica e assistência a comunidades urbano-rurais'. Aí não há, pois, atividade própria a entidade da Administração Indireta federal. Por isso mesmo a Fundação Banco do Brasil - FBB não estava incluída entre aquelas às quais respeitava o artigo 2º do decreto-lei n. 900/69. Daí que o preceito veiculado por esse mesmo artigo 2º a ela não se aplicava quando da sua instituição.

7. Mas não é só. Permito-me apesar e, além disso, observar que a inaplicabilidade do preceito à instituição da FBB decorre ainda da circunstância de o Banco do Brasil não estar abrangido no arco de significações veiculado pela expressão 'poder público', no contexto desse artigo 2º. Lembro, a respeito da ambigüidade do vocábulo 'poder', dois ensaios do Ministro CARLOS BRITTO, publicados nos volumes 59/60 e 61 da Revista de Direito Público. Adaptando suas referências ao texto da Constituição de 1.988 e a elas incorporando outras observações, teremos: [i] 'poder' como **Poder Nacional** ou **Poder Constituinte** [artigo 1º, parágrafo único da Constituição de 1.988]; [ii] 'poder' como **órgão do Estado** ou **sistema de órgão estatal** [artigo 2º - fundamentalmente, Legislativo, Executivo e Judiciário]; [iii] 'poder' como sinônimo de **competência** ou **faculdade de ação** [artigo 44 - o **órgão-poder** exerce o **poder-competência**]; [iv] 'poder' no sentido de **Estado** ou **pessoa pública política** [aqui o **poder público**; a expressão é produto da adição **poder + público**; União, Estados, Municípios, Territórios e Distrito Federal - artigo 209, II]; [v] 'poder' como **dominação** [possibilidade de imposição de uma decisão de conduta ou de resultado sobre outrem; capacitação para efetiva realização ou imposição de um determinado comportamento, resultado

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

ou fim]; [vi] 'poder' como poder jurídico, **expressão de um direito**; a permissão jurídica para o exercício da '*facultas agendi*' gera um **poder**, possibilidade jurídica de imposição de um comportamento, conduta ou resultado; [vii] 'poder' como dever-poder, função.

8. No contexto do artigo 2º do decreto-lei n. 900/69 a expressão 'poder público' conota o **Estado** ou a **pessoa pública política**, titular de prerrogativas públicas; essa titularidade, precisamente ela é que a torna uma expressão de poder público - direi, para demonstrá-lo, que o poder público a que refere o artigo 2º do decreto-lei n. 900/69 é o mesmo poder público que autoriza e avalia a qualidade do ensino, nos termos do disposto no art. 209, II da Constituição.

9. Ora, o **Banco do Brasil**, entidade da **Administração Indireta** dotada de personalidade jurídica de direito privado, voltada à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não pode ser concebida como poder público, para os efeitos de aplicação do disposto no sempre mencionado art. 2º do decreto-lei n. 900/69. Para logo se vê, destarte, que por mais esta razão - a **Fundação Banco do Brasil - FBB não foi instituída pelo poder público** - a ela não se aplica o preceito veiculado por esse art. 2º.

10. A circunstância de a FBB receber recursos repassados com base em convênios celebrados com órgãos da Administração federal não compromete essa conclusão; **a FBB não pode ser concebida, porque recebe tais repasses, como entidade da Administração Indireta**. Recursos de que cuida a Lei n. 8.131/91, a chamada Lei de Incentivo a Cultura, podem ser captados por pessoas jurídicas privadas, e mesmo por pessoas físicas, com o objetivo de financiar projetos de natureza cultural [veja-se o disposto no seu art. 18]' (grifei).

Ainda, colaciono passagem do voto do e. Ministro

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

Sepúlveda Pertence:

'De minha parte, confesso, tenho certa dificuldade para enquadrar, mesmo no regime constitucional presente, esta Fundação Banco do Brasil nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal; (...).

Lembro apenas que, então situada a questão no tempo da criação dessa Fundação - acolhendo voto antológico do eminente Ministro Moreira Alves no RE 101.126, RTJ 113/314 o Tribunal já identificara a existência de fundações de caráter autárquico, criadas por lei para persecução de finalidades estatais. Mas naquele acórdão mesmo, deixou-se explícito que **até as entidades estatais *stricto sensu* poderiam criar fundações tipicamente privadas na forma regulada pelo Código Civil.**

E, por isso, ainda que se inclua o Banco do Brasil na expressão 'poder público' para esse fim, é certo que, ao tempo da criação da Fundação posta em xeque, efetivamente se criou uma fundação de direito privado na forma legal prevista.

E, conforme o entendimento dominante na Casa, não se supõem efeitos retroativos em normas constitucionais subseqüentes que explicitamente não o estipulem' (grifei).

Pois bem. Partindo dessa premissa, e numa análise mais aprofundada da questão posta em debate, concluo que não compete ao TCU adotar procedimento de fiscalização que alcance a Fundação Banco do Brasil quanto aos **recursos próprios, de natureza eminentemente privada**, repassados por aquela entidade a terceiros, eis que a FBB não integra o rol de entidades obrigadas a prestar contas àquela Corte de Contas, nos termos do artigo 71, inciso II, da CF. Tampouco cabe à FBB, sob esse raciocínio, observar preceitos que regem a Administração Pública ao executar tais atividades.

Em contrapartida, quanto aos recursos de origem pública, não me pairam dúvidas acerca da obrigatoriedade, tanto da

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

fiscalização pela Corte de Contas quanto da subserviência da entidade aos postulados da Administração Pública, uma vez que se assenta em postulado democrático a conclusão de que, **havendo recurso público envolvido, impõe-se que dele se preste contas ao competente órgão público de controle externo**. E, sendo assim, o repasse dos recursos oriundos da sociedade de economia mista - Banco do Brasil – devem estar guarnecidos do cumprimento do regramento norteador das entidades integrantes da Administração Pública.

Nesse viés, transcrevo apontamentos extraídos da brilhante manifestação do d. Subprocurador-Geral da República acerca do tema, os quais adoto como razões de decidir. Senão, vejamos:

‘Se o Banco do Brasil não pode ser tido como Poder Público, a impetrante tampouco pode ser considerada como fundação ‘instituída e mantida pelo Poder Público’, a justificar a fiscalização irrestrita do TCU quanto às suas contas, com base na competência que lhe é atribuída pelo art. 71, II, da CF.

A Fundação, por outro lado, não pode ser tida como subsidiária de sociedade de economia mista, pois não é empresa, não exerce atividade específica do Banco do Brasil e, como já dito, não integra a Administração Indireta. A submissão da impetrante à fiscalização do TCU, desse modo, escapa ao âmbito normativo do art. 7º da Lei nº 6.223/75. Não sendo empresa, não possui, é claro, capital constituído por ações ordinárias.

O TCU determinou que a impetrante tome providências ordenadas ao controle dos recursos repassados a terceiros, a título de doação e de contribuição, e entendeu sujeito a controle o conjunto de bens móveis e imóveis e dos direitos que a Fundação adquire ou recebe de pessoas físicas ou jurídicas, bem como os rendimentos que auferem em decorrência de aplicações financeiras. **Tais recursos, porém, por não**

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

serem públicos, e ante a natureza jurídica de fundação privada da impetrante, não se submetem à fiscalização da Corte de Contas, mas apenas do Ministério Público – responsável por velar pelas fundações privadas.

A natureza jurídica de fundação privada da impetrante não afasta, contudo, a possibilidade de fiscalização da Corte de Contas quanto aos recursos públicos que recebe por diversos meios, incluindo, obviamente, as dotações do Banco do Brasil – sociedade de economia mista integrante da Administração Pública Indireta.

Não impressiona o argumento do TCU de que a impetrante deve obediência aos princípios da Administração Pública no que diz com repasse de todos os seus recursos próprios, apenas porque estes têm origem majoritariamente no patrimônio da União, principal acionista do Banco do Brasil. Há de se estabelecer uma importante distinção.

A Fundação deve, sim, aplicar os princípios da Administração Pública no repasse dos recursos públicos oriundos de entes da Administração Direta e Indireta, sujeitos ao controle externo e interno de cada Poder (arts. 70, parágrafo único, 71, II, e 74, II, da CF). Não cabe obrigá-la, porém, a assim proceder quanto ao que intitula de ‘recursos próprios’ (excluídas as dotações que recebe do Banco do Brasil).

O parecer, assim, sugere a concessão parcial da segurança, apenas para que se exclua da determinação do TCU a necessidade de adoção de procedimentos formais de controle quanto aos recursos não oriundos de entes da Administração Pública Direta e Indireta’ (fls. 7/9 – doc. 25 - grifei).

Desse modo, tenho que socorre razão a impetrante ao alegar que não necessita submeter-se aos postulados da Administração Pública quando repassar recursos próprios a

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

terceiros por meio de convênios. Entretanto, ressalto que tal necessidade se emerge, a toda evidência, quando se tratar de recursos provenientes do Banco do Brasil, eis que - ao contrário do que afirma a impetrante - são dotados de natureza pública.

Destarte, esteado nos fundamentos acima alinhados, e com base no artigo 205 do RISTE, conheço do *mandamus* e concedo, em parte, a segurança para anular o Acórdão nº 2071/2013 (Plenário, TCU) - no ponto em que determina à FBB a adoção de procedimentos formais de controle dos recursos repassados, em caráter de generalidade, a terceiros -, mantida a deliberação apenas quanto aos recursos provenientes do Banco do Brasil ou do Poder Público” (doc. 26).

Preliminarmente, sustenta a União que os órgãos federais de quaisquer dos Poderes da República - quando não presentes as hipóteses de atuação institucional -, não obstante possuem capacidade judiciária (capacidade de ser parte), não são dotados de capacidade postulatória, razão pela qual pleiteia que “a representação do Tribunal de Contas da União, no presente processo, seja feita pela Advocacia-Geral da União, determinando-se o desentranhamento do documento juntado pela Consultoria Jurídica do TCU”, qual seja, recurso de agravo interno interposto (fl. 10 – eDoc. 37).

Nas razões de mérito recursal, sustenta o ente político, em suma, que, por gerir recursos públicos, a Fundação Banco do Brasil submete-se, sim, “em quaisquer hipóteses”, aos princípios da Administração Pública (fl. 21 – eDoc. 37 – destaque do autor).

Requer a reconsideração da decisão ora impugnada, denegando-se a ordem, ou, caso assim não se entenda, que seja determinada “a inclusão do processo em pauta para o julgamento do presente agravo, restabelecendo-se *in totum* os efeitos do Acórdão 2071/2013-TCU-Plenário” (fl. 21 – eDoc. 37).

A FBB pleitou destaque do agravo por aquela entidade interposto (Resolução n. 587/16) e pugnou pela oportunização de sustentação oral (art. 937, § 3º, do CPC), pedidos que foram, por este Julgador, deferidos

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

(itens eletrônicos nºs 39, 42 e 43).

É o relatório.

10/04/2018

SEGUNDA TURMA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Em sede de juízo de admissibilidade, **conheço do agravo interno**, porquanto presentes os pressupostos legais.

A título de registro, a intimação pessoal do Advogado-Geral da União se deu, eletronicamente, em 21/11/17 - art. 183, § 1º, do CPC/15 c/c a Lei nº 11.419/16 (eDoc. 30); iniciou-se a contagem do prazo, em dobro, em 22/11/17 (primeiro dia útil seguinte); seu término se efetivou em 19/2/18 (data da interposição do presente recurso).

Passo ao exame das insurgências apresentadas.

Conforme consignei no provimento monocrático que se pretende reformar, a controvérsia do presente mandado de segurança encontra-se centrada na possibilidade de o Tribunal de Contas da União, em procedimento de controle externo, determinar a observância pela Fundação Banco do Brasil dos princípios que regem a Administração Pública quando repassar **recursos próprios** a terceiros por meio de convênios - dentre os quais, segundo alega a FBB, impetrante, inserem-se aqueles provenientes do Banco do Brasil.

Concedi, parcialmente, a ordem sob o fundamento, em suma, de que a FBB, por ser pessoa jurídica de direito privado não integrante da Administração Pública, de fato, não necessita se submeter aos ditames da gestão pública **quando repassar recursos próprios** a terceiros, **entendimento esse, contudo, que não se aplica quando se tratar de recursos provenientes do Banco do Brasil, eis que dotados de natureza pública.**

A União, por sua vez, se insurge, em caráter preliminar, contra a interposição de recurso pelo próprio Tribunal de Contas da União, em nome do órgão, sem a devida representação da Advocacia-Geral da União. Quanto ao mérito, entende que, por gerir recursos públicos, em

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

sua essência, a FBB se submete aos postulados da Administração Pública, em quaisquer hipóteses.

Pois bem. Da análise detida da preliminar suscitada, concluo que, **in casu**, razão jurídica não socorre a AGU.

Isso porque esta Corte tem sustentado posicionamento no sentido de se reconhecer personalidade judiciária aos órgãos da Administração Pública destituídos de personalidade jurídica própria quando o interesse jurídico no qual se fundamentar a pretensão deduzida em juízo respeitar ao exercício de suas competências ou prerrogativas funcionais (SS nº 5182/MA, relatoria da Ministra Presidente, DJe de 2/8/17).

Trazendo esse entendimento para o caso concreto, em que o Tribunal de Contas da União interpõe recurso, em nome do próprio órgão, na defesa de suas atribuições institucionais, entendo por bem registrar a conclusão obtida pelo Tribunal Pleno - mais precisamente pelo e. Ministro **Marco Aurélio**, nos autos dos MS nº 25.181-6/DF, de sua relatoria, e 25.092-5/DF, de relatoria do Ministro **Carlos Velloso** - ao apreciar questão de ordem semelhante à presente. Confira-se:

“Senhor Presidente, já tinha também sinalizado nesse sentido ao cogitar do que, em última análise, está em jogo nas impetrações, ou seja, prerrogativa do próprio Tribunal de Contas da União.

Creio que, nesse caso, há de se reconhecer também, como o Tribunal o fez em relação à capacidade postulatória de outros órgãos – procuradores de órgãos legislativos-, a capacidade dos integrantes do corpo jurídico do Tribunal de Contas da União e se caminhar para a viabilidade da sustentação da tribuna.

Pronuncio-me assim, no meu caso, e acompanho o ministro Carlos Velloso, no sentido de ouvirmos Sua Excelência, o Consultor do Tribunal.”

“MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO - CONSULTOR JURÍDICO - SUSTENTAÇÃO DA TRIBUNA. Versando o mandado de segurança ausência de atribuição do

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

Tribunal de Contas da União, cabível é a sustentação da tribuna pelo consultor jurídico do Órgão. MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - CHAMAMENTO AO PROCESSO DAS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO - INADEQUAÇÃO. A previsão do artigo 49 da Constituição Federal - de cumprir ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta - não atrai a participação do Poder Legislativo na relação processual de mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança nºs 23.627-2/DF e 23.875-5/DF" (MS nº 25181, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 16/6/06 – grifei).

Portanto, especificamente **in casu**, não vislumbro qualquer anomalia no fato de a Corte de Contas ter interposto recurso de agravo contra o provimento monocrático datado de 17/8/17, eis que a atuação se dá em defesa do exercício de suas competências ou prerrogativas institucionais.

Passo à alegação de mérito veiculada no recurso.

Como já ressaltado expressamente no provimento monocrático que ora se busca reparar, não compete ao TCU adotar procedimento de fiscalização que alcance a Fundação Banco do Brasil quanto aos **recursos próprios, de natureza eminentemente privada**, repassados por aquela entidade a terceiros, eis que a FBB não integra o rol de entidades obrigadas a prestar contas àquela Corte de Contas, nos termos do art. 71, II, da CF.

Tampouco cabe à FBB, sob esse raciocínio, observar preceitos que regem a Administração Pública ao executar tais atividades, já que, repita-

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

se, sob entendimento firmado nesta Corte - no julgamento do MS nº 24.427/DF, de relatoria do e. Ministro **Eros Grau** (DJ de 24/11/06) -, trata-se de entidade privada não instituída pelo poder público. **Vide:**

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. INSTITUIÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO DISPOSTO NOS INCISOS XIX E XX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1.988. SUJEIÇÃO AO DECRETO-LEI N. 900/69. IMPOSSIBILIDADE. FINALIDADES EMINENTEMENTE PRIVADAS. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO PECULIAR E EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO OU DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICÁ-LA COMO ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO POR LEI. BANCO DO BRASIL. ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DOTADA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEBÊ-LO COMO PODER PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO DO TCU QUANDO A DETERMINAÇÃO DEPENDE DA VONTADE DE TERCEIRO. 1. A **Fundação Banco do Brasil - FBB foi instituída em 16 de maio de 1.986, anteriormente à vigência do disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição de 1.988. Também não era vigente a Lei n. 7.596/87. Não poderia, portanto, sujeitar-se a preceitos normativos inexistentes à época de sua criação. 2. O art. 2º do decreto-lei n. 900/69 estabelecia os requisitos e condições para a instituição de fundações pelo Poder Público. A inserção dessas fundações no quadro da Administração Indireta operou-se mercê do disposto no art. 1º do decreto-lei n. 2.229/86 e no art. 1º da Lei n. 7.596/87, nos termos dos quais a fundação pública será instituída para o desenvolvimento de atividades estatais que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público. 3. A Fundação Banco do Brasil persegue finalidades privadas. Não desempenha função que se possa ter como peculiar e exclusiva da Administração nem**

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

exerce atribuição pública. Não pode ser incluída entre aquelas às quais dizia respeito o art. 2º do decreto-lei n. 900/69. 4. O Banco do Brasil, entidade da Administração Indireta dotada de personalidade jurídica de direito privado, voltada à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não pode ser concebida como poder público. 5. A determinação do TCU, no sentido de que o impetrante providencie junto ao chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional, é inexecutável. O impetrante não pode ser compelido a fazer o que depende da vontade de terceiro. Segurança concedida” (MS nº 24427, Relator Ministro **Eros Grau**, Tribunal Pleno, DJ 24/11/06 – grifei).

Destarte, descabida a alegação de que, pelo simples fato de gerir recursos públicos, em sua maioria, a FBB deva subserviência aos ditames da Administração Pública quando do repasse de todo e qualquer recurso a terceiros por meio de convênios.

Por questão de hermenêutica, deve-se proceder à análise acerca da natureza jurídica do recurso, se pública ou eminentemente privada, para que se possa aferir, com exatidão, a necessidade de submissão aos princípios norteadores da gestão pública e, conseqüentemente, ao crivo do controle externo, já que, como fundação de caráter privado, a FBB, via de regra, não é alcançada pela jurisdição do órgão público de controle externo, tampouco pelos princípios ou pela legislação aplicáveis à Administração Pública, sobre ela recaindo, por força do art. 66 do Código Civil, a fiscalização do Ministério Público.

Rememorando-se, ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, **incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal**, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei 8.443, de 1992, art. 1º, I – MS nº 25.092/DF, Tribunal Pleno, DJ de 17/3/2006). Essa hipótese é diversa da presente, em que se questionam recursos de caráter

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

privado repassados por fundação de natureza privada, submetidos, portanto, ao controle próprio do Ministério Público, e não do TCU.

E, se não cabe atuação da Corte de Contas em procedimento de controle externo em casos tais, com muito menos razão haveria a necessidade de submissão da Fundação aos postulados da Administração Pública quando do repasse dos referidos recursos.

Portanto, na espécie, esteado nos fundamentos acima alinhados, concludo que não tem razão a União, ora agravante, ao afirmar que a FBB deve obediência aos postulados da Administração Pública ao repassar recursos, **indistintamente**, a terceiros por meio de convênios, razão pela qual mantenho, na íntegra, a decisão objurgada.

Pelo exposto, conheço do agravo interno, rejeito a preliminar suscitada e, quanto ao mérito, nego provimento ao recurso.

10/04/2018

SEGUNDA TURMA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, Senhores Ministros, dignos Advogados, Senhor representante do Ministério Público, ainda ontem, numa aula de pós-graduação, na Universidade de São Paulo, que se tratava do tema "Reserva de Jurisdição", eu manifestei a minha preocupação aos alunos com o avanço crescente dos órgãos de fiscalização sobre esta Reserva de Jurisdição que se encontra definida, quer explicitamente, quer implicitamente, na Constituição da República. E fazia alusão exatamente a esse avanço feito pelo tribunal de contas, pela Receita Federal, pelo próprio Ministério Público no sentido de ingressar em uma seara reservada, a meu ver, sem qualquer questionamento, ao Supremo Tribunal Federal.

Eu penso que o voto do eminente Ministro Dias Toffoli vem em boa hora pontuar esse fenômeno e buscar estabelecer alguns parâmetros, o que me parece absolutamente necessário.

Eu me congratulo com Sua Excelência e estou subscrevendo inteiramente o voto do eminente Relator. Conheço, portanto, do agravo e nego-lhe provimento, nos exatos termos em que foi proferido o voto.

10/04/2018

SEGUNDA TURMA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Também eu, Presidente, já dizia aqui ao eminente Relator, a despeito da belíssima sustentação feita da tribuna, que aqui se traduz um pouco a orientação que se vem perfilhando, ao longo do tempo, de modo a manter a autonomia da fundação, mas sem perder de vista também o controle, quando envolver dinheiro público. Às vezes, isso é uma tarefa bastante difícil, considerando o caráter ambíguo do próprio Banco do Brasil, com capital privado e público, o maior banco com esse perfil.

Parece-me que - o eminente Relator demonstra-o muito bem - é consentâneo com a jurisprudência do Tribunal esse tipo de fiscalização.

De modo que eu o acompanho às inteiras.

10/04/2018

SEGUNDA TURMA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Só há um ponto aqui para esclarecer, Sr. Ministro Presidente, quanto ao voto que resumi, embora já haja os votos de Vossa Excelência, do Ministro **Gilmar**, e do eminente Ministro **Ricardo Lewandowski**.

O que o Tribunal de Contas da União também quer é o seguinte: a fundação fez uma aplicação, e aquele valor repercutiu; então, aquilo que repercutiu tem que ser fiscalizado. Logo, fica uma coisa infinita.

Minha decisão vai no sentido seguinte: quanto àquilo que foi repassado, se se repassaram cem, fiscalizam-se cem. Se aqueles cem viraram duzentos, por conta da administração e da boa gestão que a fundação fez, o que se vai administrar é aquele valor que foi repassado. É o caráter público do valor. O que vai além disso não vai ser fiscalizado.

Eu acho que vai ao encontro da preocupação de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, eu estou plenamente de acordo com Vossa Excelência e também com aquilo que acaba de dizer o eminente Ministro Gilmar Mendes: Ninguém aqui está impedindo que o Tribunal de Contas fiscalize o dinheiro público. É que há limites, e a Constituição os estabelece claramente. Se houver indícios de irregularidade, para além do emprego do dinheiro público estritamente considerado, aí é importante, necessário e fundamental que o Tribunal de Contas, se assim entender, vá ao Judiciário e peça a quebra do sigilo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E, quanto a esses outros valores, como foi dito da tribuna, sendo uma fundação, seja ela pública ou privada – e, aqui no caso, é privada -, estará sujeita à prestação de contas e à fiscalização, de acordo com o próprio Código Civil brasileiro, do Ministério Público. Toda fundação presta contas e é fiscalizada pelo Ministério Público, mesmo fundação

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

privada. Então, já há uma fiscalização.

10/04/2018

SEGUNDA TURMA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO DO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Já há uma maioria que se formou nessa direção. Eu não vou ler a declaração de voto que trago, eminente Ministro Dias Toffoli, mas apenas vou pontuar alguns aspectos que dão sentido à conclusão que cheguei, que não dista muito da percepção de Vossa Excelência, ao menos quantitativamente.

Digo isso, porque há uma informação do Tribunal de Contas nos autos de que cerca de 80% dos recursos da fundação são públicos. Portanto, Vossa Excelência está substancialmente submetendo a fundação ao poder fiscalizatório do Tribunal de Contas da União.

A reflexão que trago, em termos qualitativos, do ponto de vista da percepção da matéria - e cumprimento também o ilustre advogado que fez a sustentação oral -, leva em conta um fato que me parece inegável, que é tratar-se de uma fundação de direito privado - disso não há dúvida alguma - que foi instituída por uma sociedade de economia mista que, tal como disse o eminente Ministro-Relator, integra a Administração Pública indireta. É claro que o Banco do Brasil exerce uma função econômica na ambiência da esfera privada, mas há razões - para não exagerar, posso até mencionar -, inclusive não apenas de interesse coletivo ou até mesmo público do Banco do Brasil, que é uma instituição relevantíssima, até de segurança nacional, no sentido amplo dessa expressão da presença do Estado em determinadas searas da esfera econômica. Isso não está, obviamente, em discussão. Não está em discussão a natureza de sociedade de economia mista, e sim saber se uma fundação criada por sociedade de economia mista, cujos recursos são públicos e advém de sociedade de economia mista, se se submete ou não à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

O ilustre advogado, na sustentação oral, fez referência - aliás, está em minha declaração de voto - à decisão do Mandado Segurança 24.427,

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

relatado aqui pelo eminente Ministro Eros Grau, cujos argumentos foram esgrimidos no acutíssimo voto do eminente Ministro Dias Toffoli.

O ilustre advogado tem razão, quando afirma que aqui se assentou: A Fundação Banco do Brasil persegue finalidades privadas. Está dito aqui, e não poderia ser diferente. Vossa Excelência foi fiel e leal ao texto desse julgamento.

Entretanto, permito-me dizer que, nada obstante aqui dito não está que a fundação não se submeteria ao poder de fiscalização do Tribunal de Contas, especialmente tendo em vista que ela foi instituída em 1976; portanto, em data anterior à Constituição da República de 88. Logo, em relação a esse julgamento, creio que há esta particularidade. E, em outro Mandado de Segurança 26.117, também da relatoria do eminente Ministro Eros Grau, resta claro - e isso obviamente nem está em debate - que as sociedades de economia mista, que integram a administração pública indireta, dentre elas o Banco do Brasil, submete-se à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Assim sendo, a questão que estou procurando responder nessa declaração de voto eu a formulei precisamente, como não poderia deixar de ser, em forma de uma questão singela, nem retórica é. Em se tratando do regime jurídico específico aplicável às sociedades de economia mista, é possível que a fundação de direito privado, que foi instituída e substancialmente mantida com recursos provenientes daquela sociedade, esteja parcialmente imune ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas? A resposta ao eminente Ministro-Relator: Sim, no sentido de uma parcial imunidade, no que diz respeito aos recursos provenientes da natureza privada de sua origem. O que, se o dado presente é verdadeiro, corresponde a menor parte dos recursos aportados à fundação.

E, nesse aspecto, nesta parte, permito-me divergir do eminente Ministro-Relator, quando considero que o ponto nodal é aqui estabelecer os parâmetros para a resposta dessa ordem de ideias. É claro que a Fundação Banco do Brasil recebe dotações do Banco do Brasil, doações e contribuições recebidas, bens móveis e imóveis de direitos que venham a adquirir ou receber de pessoas físicas ou jurídicas, rendimentos de

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

qualquer natureza e assim por diante. Portanto, também recebe recursos que não são necessariamente recursos chancelados pela rubrica de serem recursos públicos, ainda que, segundo o Tribunal de Contas, em menor percentual.

Desse modo, ao responder essa questão - irei carrear aos autos essa declaração de voto -, acompanho essa percepção que está subjacente ao voto do eminente Ministro-Relator, mas me permito estender a submissão de todas as contas da Fundação à fiscalização do Tribunal de Contas, precisamente porque é uma fundação criada por uma sociedade de economia mista, mantida substancialmente pelos recursos da sociedade, sociedade essa que se submete ao poder fiscalizatório do Tribunal de Contas.

Essa é a parte que peço vênha para divergir de Vossa Excelência.

10/04/2018

SEGUNDA TURMA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703 DISTRITO FEDERAL**VOTO VOGAL**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Ilustre relator, como os três agravos referem-se à mesma decisão de vossa lavra, apresento um único voto enfrentando as razões de inconformismo apresentadas pelo Tribunal de Contas da União, pela Fundação Banco do Brasil e pela União.

Quanto à preliminar registrada pela União, no sentido de requerer o desentranhamento do recurso apresentado pelo Tribunal de Contas, acompanho Vossa Excelência em sua rejeição, uma vez que esta Corte já reconheceu legitimidade extraordinária aos órgãos despersonalizados, no que concerne à defesa de suas prerrogativas e de suas competências, como no presente caso.

No mérito, contudo, divirjo do entendimento manifestado, compreendendo, de saída, que a Fundação Banco do Brasil, em razão da natureza dos bens e valores com os quais fora instituída e pelos quais se mantém, não está imune aos princípios e regras da Constituição que orientam o agir da Administração Pública direta e indireta, inexistindo, portanto, razão para albergar a compreensão de que o controle externo realizado pela Corte de Contas não deva atingir parcela dos recursos que entende como próprios.

De fato, o que pretende a Fundação Banco do Brasil, é que esta Corte reconheça que a competência do Tribunal de Contas da União cinge-se aos recursos públicos, quais sejam, aqueles que se originam de convênios com os entes federal, estaduais e municipais, e que os recursos próprios, nos quais também entende compreendidos os recursos repassados pelo Banco do Brasil, possam ser livremente aplicados, sem a observância dos princípios da Administração Pública.

A medida cautelar pleiteada no *mandamus* foi denegada pelo I. Relator, contudo, a segurança pretendida foi parcialmente concedida, no mérito, a fim de “anular o Acórdão nº 2071/2013 (Plenário/TCU) – no ponto

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

em que determina à FBB a adoção de procedimentos formais de controle dos recursos repassados, em caráter de generalidade, a terceiros – mantida a deliberação apenas quanto aos recursos provenientes do Banco do Brasil ou do Poder Público”.

Nada obstante, vindo a matéria ao Colegiado por meio dos agravos regimentais ora em análise, bem analisada a circunstância, entendo pelo provimento dos recursos interpostos pelo Tribunal de Contas da União e pela União, pelas razões que demonstro a seguir.

A Fundação Banco do Brasil foi instituída por deliberação assemblear da própria instituição financeira, em 16 de maio de 1985, como pessoa jurídica de direito privado, desrespeitando a exigência de instituição por meio de lei, o que já fora relevado por esta Corte no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.427, conforme se depreende de sua ementa:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. INSTITUIÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO DISPOSTO NOS INCISOS XIX E XX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1.988. SUJEIÇÃO AO DECRETO-LEI N. 900/69. IMPOSSIBILIDADE. FINALIDADES EMINENTEMENTE PRIVADAS. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO PECULIAR E EXCLUSIVA DA ADMINISTRAÇÃO OU DE ATRIBUIÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICÁ-LA COMO ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. DESNECESSIDADE DE CRIAÇÃO POR LEI. BANCO DO BRASIL. ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DOTADA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEBÊ-LO COMO PODER PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO DO TCU QUANDO A DETERMINAÇÃO DEPENDE DA VONTADE DE TERCEIRO. 1. **A Fundação Banco do Brasil - FBB foi instituída em 16 de maio de 1.986, anteriormente à vigência do disposto nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição de 1.988. Também não era vigente a Lei**

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

n. 7.596/87. Não poderia, portanto, sujeitar-se a preceitos normativos inexistentes à época de sua criação. 2. O art. 2º do decreto-lei n. 900/69 estabelecia os requisitos e condições para a instituição de fundações pelo Poder Público. A inserção dessas fundações no quadro da Administração Indireta operou-se mercê do disposto no art. 1º do decreto-lei n. 2.229/86 e no art. 1º da Lei n. 7.596/87, nos termos dos quais a fundação pública será instituída para o desenvolvimento de atividades estatais que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público. 3. A Fundação Banco do Brasil persegue finalidades privadas. Não desempenha função que se possa ter como peculiar e exclusiva da Administração nem exerce atribuição pública. Não pode ser incluída entre aquelas às quais dizia respeito o art. 2º do decreto-lei n. 900/69. 4. O Banco do Brasil, entidade da Administração Indireta dotada de personalidade jurídica de direito privado, voltada à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não pode ser concebida como poder público. 5. A determinação do TCU, no sentido de que o impetrante providencie junto ao chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional, é inexecutável. O impetrante não pode ser compelido a fazer o que depende da vontade de terceiro. Segurança concedida.”

(MS 24427, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2006, DJ 24-11-2006 PP-00064 EMENT VOL-02257-04 PP-00629 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 189-204)

Nesse precedente, portanto, firmou-se a conclusão de que, apesar de não ter sido instituída por meio de lei – exigência que estava a ser imposta à FBB pelo Tribunal de Contas na oportunidade – ela poderia continuar existindo nos mesmos moldes nos quais fora instituída.

Compreendo, todavia, que o *decisum* apenas assinalou que o disposto nos incisos XIX e XX do artigo 37 da Constituição da República não podem ser aplicados à Fundação, criada antes da vigência do texto constitucional. Com a devida vênia, não depreendo da referida decisão a abertura de uma via para imunizar parte dos recursos da FBB ao controle

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

externo do Tribunal de Contas.

Em primeiro lugar, ressalte-se que a Fundação Banco do Brasil foi instituída e tem como patrocinador o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, submetida ao controle externo da Corte de Contas, como já teve oportunidade de decidir o Plenário desta Casa:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 71, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. FISCALIZAÇÃO DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DO FATO DE TEREM OU NÃO SIDO CRIADAS POR LEI. ART. 37, XIX, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ASCENSÃO FUNCIONAL ANULADA PELO TCU APÓS DEZ ANOS. ATO COMPLEXO. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI N. 9.784/99. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, entidades integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante a aplicação do regime jurídico celetista aos seus funcionários. Precedente [MS n. 25.092, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 17.3.06]. 2. A circunstância de a sociedade de economia mista não ter sido criada por lei não afasta a competência do Tribunal de Contas. São sociedades de economia mista, inclusive para os efeitos do art. 37, XIX, da CB/88, aquelas --- anônimas ou não --- sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido criadas por lei. Precedente [MS n. 24.249, de que fui Relator, DJ de 3.6.05]. 3. Não consubstancia ato administrativo complexo a anulação, pelo TCU, de atos relativos à administração de pessoal após dez anos da aprovação das contas da sociedade de economia mista pela mesma Corte de Contas. 4. A Administração decai do direito de anular atos administrativos

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários após cinco anos, contados da data em que foram praticados [art. 54 da Lei n. 9.784/99]. Precedente [MS n. 26.353, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 6.3.08] 5. A anulação tardia de ato administrativo, após a consolidação de situação de fato e de direito, ofende o princípio da segurança jurídica. Precedentes [RE n. 85.179, Relator o Ministro BILAC PINTO, RTJ 83/921 (1978) e MS n. 22.357, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJ 5.11.04]. Ordem concedida.”

(MS 26117, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-03 PP-00590 RIP v. 11, n. 58, 2009, p. 253-267)

Sociedades de economia mista como o Banco do Brasil, atuam na consecução da intervenção estatal no domínio econômico, campo, por natureza, de atuação da iniciativa privada, no qual, entretanto, faz-se presente o Estado para assegurar imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos da lei autorizadora da atuação dessas empresas estatais. É certo que cumprem função de relevo em condições específicas.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

“Com relação às empresas que exploram atividade econômica a licitação e a contratação ficarão sujeitas aos princípios da Administração Pública, nos termos de seu futuro estatuto jurídico (CF, art. 173, §1º, III, com a redação da EC 19/98), que, **evidentemente não deve impor as mesmas restrições previstas para as suas congêneres prestadoras de serviços públicos, sob pena de contrariar o preceito constitucional de que o regime jurídico de tais entidades deve ser assemelhado ao das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias** (CF, art. 173, §1º, II).” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 464)

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

É da dicção constitucional a submissão dessas empresas ao regime jurídico de direito privado, o qual sofre derrogações em favor do direito público, decorrentes do próprio texto constitucional, assegurando que essas entidades integrantes da Administração Pública Indireta não se desviem de seus objetivos institucionais, já que não podem possuir os mesmos propósitos de uma empresa do setor privado, pois inseridas em um contexto de consecução do interesse público.

Nessa conjugação de regimes jurídicos, primordialmente de direito privado no que concerne à regulação das sociedades de economia mista que exercem atividade econômica (em alguma medida de contraposição àquelas que desempenham serviço público), mas com a necessária reserva dos princípios de direito público, em especial aqueles descritos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal – com especial relevo à legalidade, moralidade e impessoalidade – cuja latitude hermenêutica não confere maior espaço para interpretação.

É nesse espaço de contaminação dos princípios do direito público no regime jurídico de direito privado a reger essa modalidade de empresa estatal que se situa a exigência da observância dos ditames constitucionais à Administração Pública nas contratações e convênios realizados, até mesmo em homenagem ao investimento público na sociedade de economia mista considerada.

Retorno agora à questão a ser dirimida no presente feito: em se considerando todo o regime jurídico específico aplicável às sociedades de economia mista, é possível que fundação de direito privado, que foi instituída e é mantida com recursos provenientes daquela sociedade, estar parcialmente imune ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas?

Dirirjo nessa parte do I. Relator, por entender que a resposta ao questionamento é negativa.

Na decisão apontada como ato coator, a Corte de Contas esclareceu que não era a natureza jurídica da Fundação Banco do Brasil que a submetia aos princípios da Administração Pública, mas sim a situação

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

peculiar de sua instituição e dos recursos que se prestam à sua manutenção:

“79. Primeiramente, é importante esclarecer com clareza o que deseja a FBB. Como entidade mantida quase que exclusivamente com recursos do Banco do Brasil e de convênios governamentais, solicita que, ao transferir a terceiros valores oriundos da instituição financeira, não se atenha sequer aos princípios aplicados à Administração Pública, com vistas a garantir a execução equânime das quantias repassadas e a garantia da proteção ao patrimônio da estatal.

80 Como destacado no tópico anterior, criada no seio do Banco do Brasil e intimamente ligada à instituição, não pode a FBB manter-se distante dos preceitos aplicáveis ao próprio instituidor. Seria incongruente e tornaria inócuo o controle sobre a Fundação, que está obrigada a controlar os recursos que repassa a terceiros via convênios ou contratos de repasse, com base, no mínimo, nos princípios da Administração Pública.

(...)

83. A posição dessa fundação pública, no bojo da Administração Federal, a reveste de prerrogativas de direito público, com vistas à proteção do patrimônio estatal por ela gerido. Assim, ao repassar valores oriundos do Banco do Brasil e, com maior razão, de convênios governamentais, terá a responsabilidade de fiscalizar-lhes a aplicação, com base em preceitos aplicáveis à Administração Pública, tais como impessoalidade, moralidade e publicidade.

84. A questão não poderia ser tratada de forma distinta, pois, como assentou, de forma incontestável, o Ministro Relator do Mandado de Segurança 25.092/DF, em voto vencedor, julgado no Supremo Tribunal Federal, "um dano, pois, ao patrimônio do Banco do Brasil significa dano ao erário". Nesse julgado, a Corte suprema fixou, em definitivo, a competência do TCU sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista.

85. Nessa linha, se o dano ao patrimônio do Banco do

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

Brasil é dano ao erário, devendo essa sociedade submeter-se aos preceitos de ordem pública para a proteção de seus haveres, os valores que essa instituição transfere à FBB, a qual os repassa a terceiros, continuam vinculados aos mesmos princípios, por decorrência lógica.

86. De outra sorte, toda a análise empreendida acima deve ser observada quando da gestão pela FBB dos recursos oriundos de convênios ou do conglomerado Banco do Brasil, sendo ela mesma a gestora dos valores. Entretanto, a questão que se discute nos presentes autos é mais ampla, pois envolve a obrigatoriedade de que a recorrente estabeleça controle dos valores que transferir a terceiros, entidades privadas, com base nos preceitos da Lei 8.666/1993 e dos princípios que regem a Administração Pública.

87. Essa problemática traz à colação a submissão de entidades privadas, receptoras de valores governamentais aos dispositivos da Lei de Licitações. No presente caso, como discutido acima, não há dúvida de que os recursos próprios, repassados a terceiros pela FBB, têm origem majoritariamente no patrimônio do Estado, principal acionista do Banco do Brasil, entidade que instituiu e sustenta a recorrente.”

O ponto nodal da questão, portanto, é estabelecer o que significam os **recursos próprios** que, segundo a Fundação, podem ser aplicados livremente em convênios e outras atividades porque não consistem em recursos públicos.

Para a FBB, seriam *“as dotações do Banco do Brasil; doações e contribuições recebidas; bens móveis e imóveis e direitos que venha a adquirir ou receber de pessoas físicas ou jurídicas; e rendimentos de qualquer natureza que venha a auferir como remuneração de aplicações de suas disponibilidades financeiras”*.

O I. Relator, em razão da jurisprudência já consolidada no sentido da submissão das sociedades de economia mista ao controle do TCU, ressaltou os repasses do Banco do Brasil à pretensão da Impetrante.

No entanto, a Fundação não demonstrou que os demais bens e

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

recursos que possui não tem vinculação aos repasses e doações realizados anualmente pelo patrocinador, como bem consignam as decisões do TCU.

Ora, os rendimentos das aplicações financeiras advém de recursos repassados pelo Banco do Brasil, e não foram trazidas notícias de doações ou repasses de outras instituições privadas.

A verba proveniente do Banco do Brasil está submetida ao controle da própria União, no que concerne ao desempenho de finalidades sociais e públicas, conforme acima já se assentou. Sendo assim, é bastante complexa, para não dizer impossível, a dissociação entre recursos que provenham de natureza pública e recursos dos investidores privados do Banco do Brasil, eis que o Poder Público consiste em seu acionista majoritário.

Como asseverou o Tribunal de Contas:

“43. Ou seja, essas aplicações remuneram, em sua maioria, os valores depositados pelo instituídos no exercício ou em períodos anteriores. Assim, quase 80% do dinheiro que custeia a máquina administrativa e os projetos da FBB originam-se direta ou indiretamente de recursos públicos.

44. Com isso, está claro que a recorrente é fundação instituída e mantida com bens e valores públicos. Essa composição do patrimônio da FBB e a sua situação fática, independentemente das discussões quando à sua natureza jurídica, atraem para o regime administrativo da entidade as normas da administração pública financeira, como as relativas a licitações e contratos, não sendo regida apenas por seu estatuto e pelos dispositivos do Código Civil, como pretende.”

Portanto, considerado o texto da Constituição, que em seu artigo 37, *caput*, expressamente submete, desde a promulgação, as entidades integrantes da Administração Indireta aos princípios ali encartados, como corolário da moralidade, da impessoalidade, da legalidade, da isonomia e da publicidade, e consistindo a Fundação Banco do Brasil em fundação instituída e mantida por sociedade de economia mista, depreendo ser imprescindível sua submissão aos princípios aplicáveis à

MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF

Administração Pública direta e indireta, razão pela qual não depreendo existir imunidade parcial ao controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União na entidade.

Diante dessas considerações, divirjo do I. Relator, para dar provimento aos agravos regimentais do Tribunal de Contas da União e da União. No tocante ao agravo regimental interposto pela Fundação Banco do Brasil, acompanho o Relator na negativa de provimento.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

TERCEIRO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.703

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : UNIÃO

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

AGDO.(A/S) : FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL S/A

ADV.(A/S) : ERIKA CRISTINA FRAGETI SANTORO (128776/SP) E

OUTRO(A/S)

Decisão: Adiado o julgamento para a sessão do dia 10.4.2018 por indicação do Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 3.4.2018.

Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu do agravo regimental e, por maioria, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, vencido o Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 10.4.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

Ravena Siqueira
Secretária