

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

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**

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

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 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, 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 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 **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 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 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 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 – grifos no original).

Preliminarmente, sustenta a União que os órgãos federais de quaisquer dos Poderes da República - quando não presentes as hipóteses de atuação institucional -, não obstante possuírem 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 no original).

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), cujos pedidos restaram, por este Julgador,

**MS 32703 AGR-TERCEIRO / DF**

deferidos (itens eletrônicos n.s 39, 42 e 43).

É o relatório.

Em revisão