

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 Lei n. 11.419/16 (eDoc. 30); iniciou-se a contagem do prazo, em dobro, em 22/11/17 (primeiro dia útil seguinte); e o 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 reforma, 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 FBB, impetrante, inserem-se aqueles provenientes do Banco do Brasil - a terceiros por meio de convênios.

Concedi, parcialmente, a ordem sob o fundamento, em suma, de que a FBB, por se tratar de 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

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 à AGU.

Isso porque esta Corte tem sustentado posicionamento no sentido de se reconhecer personalidade judiciária dos 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 n. 5182/MA, relatoria da Ministra Presidente, DJe de 2/8/17).

Trazendo esse entendimento ao caso concreto, em que se demanda por meio de recurso o TCU (destituído de representação), entendo por bem registrar a conclusão obtida pelo Tribunal Pleno - mais precisamente pelo e. Ministro **Marco Aurélio**, nos autos do MS n. 25.181-6/DF, de sua relatoria, e n. 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 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 n^{os} 23.627-2/DF e 23.875-5/DF" (MS n. 25181, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 16/6/06 – grifei).

Portanto, **in casu - especificamente**, 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 reparação, 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-

se, sob entendimento firmado nesta Corte - no julgamento do MS n. 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**

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 deve 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, a considerar sua origem, 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 e 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 n. 25092/DF, Tribunal Pleno, DJ de 17/3/2006). Hipótese diversa da presente, em que se questiona recursos de caráter

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 seria a necessidade de submissão aos postulados da Administração Pública quando do repasse dos referidos recursos.

Portanto, na espécie, e esteado nos fundamentos acima alinhados, concludo que não socorre razão à 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.